



Università
Ca'Foscari
Venezia

**Scuola Dottorale di Ateneo
Graduate School**

**Dottorato di ricerca in Diritto, Mercato e Persona
Ciclo XXIX
Anno di discussione 2017**

TRASPARENZA BANCARIA E POTERI DELLE AUTORITÀ DI SETTORE

Settore scientifico disciplinare di afferenza: IUS/05

Tesi di Dottorato di Laura Pibiri, matricola 956060

Coordinatore del Dottorato

Tutore del Dottorando

Prof.ssa Carmelita Camardi

Prof. Alberto Urbani

SOMMARIO

RINGRAZIAMENTI	1
CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE	4

CAPITOLO PRIMO

DISCIPLINA E FINALITÀ DELLA TRASPARENZA BANCARIA

1. La trasparenza dei contratti bancari.....	12
2. Le norme sulla trasparenza bancaria	20
3. La finalità della disciplina di trasparenza	24
4. Trasparenza e contenuto dei contratti bancari: la disciplina previgente al t.u. banc.	39

CAPITOLO SECONDO

IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

1. Le norme bancarie uniformi	54
2. L'art. 117, co. 8, t.u. banc.: l'esegesi del potere attribuito alla Banca d'Italia	63
2.1 La collocazione sistematica della norma	66
2.2 L'interpretazione "debole"	70
2.3 L'interpretazione "forte"	73
3. I rimedi	83
3.1 Le sanzioni civilistiche: la nullità relativa	85
3.2 Gli effetti restitutori	102
3.3 Le sanzioni amministrative: le misure inibitorie	110
3.4 (<i>segue</i>) e le sanzioni pecuniarie	122

CAPITOLO TERZO

LE APPLICAZIONI CONCRETE DELL'ART. 117, CO. 8, T.U. BANC.

1. I titoli	125
1.1 La raccolta non bancaria del risparmio	128
1.1.1 Le cambiali finanziarie	145
1.1.2 I certificati di investimento	163
1.2 La raccolta bancaria del risparmio	173
1.2.1 Le obbligazioni	175
1.2.2 I "titoli di deposito": certificati di deposito e buoni fruttiferi	181
1.2.3 Gli «altri titoli»	193
2. I contratti	194
2.1 Il nuovo conto corrente: prima « <i>semplice</i> » poi « <i>di base</i> »	194
2.2 Il mutuo fondiario? La parola alla giurisprudenza	202

CAPITOLO QUARTO

PROFILI DI DIRITTO COMPARATO: IL SISTEMA STATUNITENSE

1. Il <i>Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act</i>	217
2. I poteri attribuiti al nuovo <i>Consumer Financial Protection Bureau</i>	224
2.1 Il potere normativo c.d. di <i>rule-making</i>	228
2.2 Il potere di vigilanza e il c.d. potere di <i>enforcement</i> : i rimedi	233
3. L'ambito di applicazione soggettiva dei poteri del <i>Consumer Financial Protection Bureau</i>	235
4. Disposizioni vincolanti il contenuto dei contratti che disciplinano i servizi delle carte di credito emanate dal <i>Federal Reserve Board</i> prima e dal <i>Consumer Financial Protection Bureau</i> poi.....	238
5. Dalla proposta di introdurre l'obbligo di offrire mutui "di base" (i c.d. <i>plain vanilla mortgages</i>) all'effettiva previsione dei c.d. <i>qualified residential mortgages</i>	245

NOTE CONCLUSIVE	248
BIBLIOGRAFIA	252
GIURISPRUDENZA	274

*A mamma e a mia sorella Sara,
con amore ed infinita gratitudine
per essere sempre con fiducia al mio fianco.*

*A Daniela,
amica e preziosa compagna di quest'avventura.*

*All'avvocato Carmine Oncia,
con profonda stima e riconoscenza
per il sostegno e la disponibilità.*

*To Judge Richard J. Sullivan,
with my deepest gratitude.*

RINGRAZIAMENTI

Questo lavoro è il frutto di un cammino di studi e di riflessioni che non avrei mai potuto percorrere senza la vicinanza di alcune persone cui vanno la mia profonda riconoscenza e gratitudine.

Ringrazio innanzitutto il Professor Alberto Urbani, supervisore della presente tesi, per avermi accompagnato con competenza, disponibilità e fiducia lungo la fase di studio e di redazione del presente lavoro.

Un sincero ringraziamento lo rivolgo anche alla Professoressa Carmelita Camardi per la saggezza, l'impegno e la grande passione con cui, instancabilmente, coordina il Dottorato di ricerca.

Un ringraziamento speciale lo rivolgo anche al Professor Arturo Maniaci che ha acceso in me la miccia per iniziare questo percorso, sostenendomi sempre con fiducia nelle mie capacità e trasmettendomi la sua forte passione per la ricerca giuridica.

La mia riconoscenza va anche al Professor Giorgio De Nova, luminosa guida durante gli studi universitari e nel periodo di redazione della tesi di laurea: i suoi insegnamenti di diritto civile sono i pilastri alla base del presente lavoro.

Desidero ringraziare anche la Professoressa Chiara Tenella Sillani e il Professor Paolo Duvia per la loro disponibilità e per i preziosi consigli di cui faccio tesoro.

I also wish to thank the Columbia University in the City of New York, a unique and amazing place to grow as a student, lawyer and person, surrounded by outstanding people. My greatest gratitude goes to Judge and Professor Richard J. Sullivan (and to his family that became also mine during my months in NYC) who has welcomed me, encouraged me and believed in my abilities.

A special thank also goes to Professor Georges Ugeux for all the support in the drafting of the comparative part of this dissertation and also for his classes, reflection of his fascinating passion for banking law and a source of inspiration for me.

La mia gratitudine va anche allo Studio Legale Grimaldi e, in particolare, all'avvocato Carmine Oncia perché credendo nel valore della formazione giuridica ha incoraggiato e sostenuto con pazienza e fiducia i miei studi accademici, anche nel periodo di ricerca che ho trascorso negli Stati Uniti.

Il ringraziamento più grande e affettuoso va a mia madre, per l'incondizionato affetto, per i preziosi e costanti consigli, per l'incrollabile sostegno morale ed economico e per la piena fiducia che ripone in tutte le mie scelte: dal tuo esempio, mamma, ho tratto la forza per perseguire i miei obiettivi senza arrendermi di fronte alle difficoltà. Spero di assomigliare sempre di più a te e di procedere sempre con grinta, determinazione e allegria, come fai tu. So che gioirai più di me per questo mio traguardo che è soprattutto a te dedicato. Grazie con tutto il cuore per quello che hai fatto, fai e so che farai per me. Ti adoro e ti stimo infinitamente!

Ringrazio tantissimo anche mia sorella Sara, la mia miglior amica e alleata di sempre: grazie Sister per tutte le risate che ci facciamo da sempre, per la nostra complicità e per la tua bontà e generosità. Solo noi sappiamo quanto bene ci vogliamo!

Grazie di cuore anche a Daniela, amica inseparabile di questi anni di studio, perché da quel giorno in cui ci siamo conosciute tra i corridoi della Statale non ci siamo più allontanate e abbiamo condiviso giornate e nottate (tra Milano, Venezia, San Francisco e New York) a lottare insieme per raggiungere i nostri obiettivi, a parlare della vita e a prenderci

affettuosamente in giro per i rispettivi difetti, aiutandoci, senza saperlo, a renderli bellissimi pregi. Sei speciale Dani!

Un grande grazie anche a tutti i miei amici perché anche loro, come la mia famiglia, hanno tutti pazientemente sopportato e compreso le grandi rinunce e i molti sacrifici che il tempo dedicato alla stesura del presente lavoro ha imposto.

Un affettuoso ringraziamento va anche a Oliver, scodinzolante compagno delle giornate trascorse a studiare e a scrivere le pagine che seguono.

Laura Pibiri

Milano, 2 ottobre 2016

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

In materia di contratti bancari, l'autonomia contrattuale delle parti, intesa come potere bilaterale di queste di definire il contenuto dei contratti, ha subito due principali ordini di restrizioni. Da una parte, è stata circoscritta all'interno dell'attività di predisposizione unilaterale di *standard* contrattuali da parte dei contraenti professionisti o delle loro associazioni di categoria; si pensi al riguardo alla standardizzazione dei contratti bancari operata un tempo per mezzo delle c.d. "norme bancarie uniformi", ovvero le norme e le convenzioni interbancarie emanate o promosse dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI)¹ con l'obiettivo di uniformare una molteplicità di schemi contrattuali tra le banche associate e i loro clienti². Dall'altra, l'autonomia privata è stata limitata dalle contromisure adottate dal legislatore proprio per fronteggiare il potere di predisposizione unilaterale della controparte professionale; tra tali iniziative, certamente le più importanti, vi rientrano i poteri normativi attribuiti alle autorità operanti nel settore bancario: Banca d'Italia, Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (in breve, CICR) e Ministero dell'economia e delle finanze.

¹ Associazione di categoria che raggruppa la quasi totalità delle banche operanti in Italia, avente il compito di tutelare, promuovere e rappresentare gli interessi degli istituti bancari aderenti. Si tratta di un'associazione cui le banche aderiscono su base volontaria all'associazione, priva di scopo di lucro, la quale svolge anche attività di consulenza e assistenza tecnica nei confronti delle banche associate e conduce studi su temi della materia bancaria e creditizia. Come finalità statutaria l'Associazione propone la promozione di valori positivi ispirati alla libera imprenditorialità e al rispetto dei principi di libera concorrenza.

² Nel 1994 queste norme sono state oggetto di un procedimento da parte della Banca d'Italia ai sensi della normativa a tutela della concorrenza. Il tema è stato affrontato da autorevole dottrina in occasione del convegno promosso dalla Banca d'Italia e parte degli atti dell'incontro promosso dalla Banca d'Italia a Roma il 31 gennaio 1997: AA. VV., *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, a cura della Consulenza legale della Banca d'Italia, n. 49, marzo 1999, ove, in relazione al tema specifico delle NUB si rinvia all'intervento di M. GRILLO e M. POLO, *La standardizzazione dei contratti bancari con particolare riferimento alle norme bancarie uniformi*.

La Banca d'Italia è senza dubbio quella, tra le Autorità amministrative indipendenti, con il profilo più complesso di attribuzioni di compiti e di funzioni: ciò sia per la varietà e l'ampiezza di questi ultimi sia per i diversi settori di mercato sui quali essa è chiamata a vigilare. La Banca d'Italia, infatti, è al contempo istituto di emissione ed autorità monetaria facente parte del Sistema Europeo di Banche Centrali³, autorità di vigilanza (insieme

³ L'argomento della presente analisi consente soltanto un cenno alla costituzione della Banca d'Italia con il R.D. 10 agosto 1893, n. 449, come società di diritto speciale risultante dalla fusione degli istituti di emissione degli Stati preunitari (Banca nazionale del regno, Banca nazionale toscana e Banca toscana di credito). Unitamente ad essa, il Banco di Napoli e il Banco di Sicilia erano concessionari dei diritti di emissione; ciò fino all'emanazione del R.D.L. 6 maggio 1926, n. 812, con il quale fu revocata la qualità di concessionari degli istituti da ultimo richiamati, rimanendo la Banca d'Italia l'unico istituto di emissione dello Stato italiano. Un decennio dopo, nel 1936, ad opera del R.D.L. 12 marzo 1936, n. 375, la Banca d'Italia fu dichiarata Istituto di diritto pubblico (art. 20, co. 1). Verso la metà degli anni '80, ulteriori sviluppi normativi hanno portato la Banca d'Italia a rivestire un ruolo di maggior autonomia nell'esercizio delle funzioni ad essa attribuite e come istituto di emissione, con possibilità di utilizzare nuovi strumenti di intervento. L'impulso in tal senso è sicuramente promanato dalla realizzazione da parte del legislatore (al tempo) comunitario della libera circolazione dei capitali e nella previsione di una rigida separazione tra politica monetaria e politica di bilancio degli Stati membri (cfr. artt. 104 e 105 del Trattato CE). La conseguenza del nuovo impianto fondato sui principi dell'Unione Europea è stato il trasferimento della funzione monetaria dalla sfera di sovranità dei singoli Stati a favore dell'Unione Europea medesima che la esercita attraverso il Sistema Europeo delle Banche centrali (SEBC) (di cui fanno parte la Banca Centrale Europea (BCE) e le banche centrali dei diversi Stati membri), per avviare il processo di integrazione finanziaria fra gli Stati nazionali e per aprire alla libera circolazione e alla concorrenza il mercato bancario europeo. Il quadro generale appena accennato è stato oggetto di ulteriori interventi da parte del legislatore dell'Unione Europea in conseguenza della crisi economica e finanziaria che, innescata negli Stati Uniti nella seconda metà del 2007 dalla vicenda dei mutui *subprime*, è poi esplosa con il successivo *default* della *Lehman Brothers*, il 15 settembre 2008, "contagiando" anche il sistema economico-finanziario europeo. Con la crisi, infatti, il processo di unificazione europea è stato messo in discussione e, per quanto concerne in particolare l'integrazione bancaria e finanziaria, ha fatto emergere l'inadeguatezza del modello di vigilanza armonizzata. Tale modello, infatti, sebbene inizialmente avesse dato risultati positivi (deve essergli riconosciuto, infatti, il merito di aver avvicinato sistemi bancari tra loro molto distanti) con il tempo ha visto emergere alcuni limiti. In particolare, la libertà di movimento dei capitali e l'adozione dell'Euro quale moneta unica hanno portato molto velocemente all'integrazione dei mercati finanziari europei. La conseguenza di ciò è stata la creazione di imprese bancarie sovranazionali, le cui dimensioni non permettono alle singole Autorità nazionali e ai Comitati delle Autorità Europee di Vigilanza di svolgere un'adeguata attività di vigilanza:

alla Consob) nel settore dell'intermediazione finanziaria⁴, nonché autorità di vigilanza sul settore creditizio⁵ (unitamente al CICR e al Ministero dell'economia e delle finanze)⁶.

da qui il superamento del modello della vigilanza nazionale armonizzata e la necessità di promuovere un modello europeo di vigilanza pienamente integrato. Il progetto per la creazione di quella che è stata battezzata «*banking union*» si fonda su tre pilastri: il meccanismo di Vigilanza unico (*Single Supervisory Mechanism, SSM*), il meccanismo di risoluzione delle crisi unico (*Single Resolution Mechanism, SRM*) e il sistema comune di garanzia dei depositi (*Deposit Guarantee Schemes, DGSs*). In generale, sulle funzioni della Banca d'Italia si rinvia a A. DE CHIARA, *La Banca d'Italia*, in *Le Autorità Indipendenti. Una ricognizione tra problemi e prospettive di sistemazione*, in *Quaderni dell'Istituto di diritto pubblico*, Facoltà di Giurisprudenza, Univ. Degli Studi di Urbino, a cura di G. Clemente di San Luca, Torino, 2002. In relazione al tema della «*banking union*» si veda, invece, S. PUGLIESE, *L'unione bancaria europea tra esigenze di coerenza interna e risposte alle sfide globali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2014, 4, p. 831 ss.; cfr. anche M.P. CHITI, *The new banking union. The passage from banking supervision to banking resolution*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 2, p. 607 ss.; S. ANTONIAZZI, *L'unione bancaria europea: i nuovi compiti della BCE di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e il meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 3-4, p. 717 ss.

⁴ Retto dal d.lgs. 24 febbraio 1988, n. 58, il c.d. Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (in breve, t.u. fin.). La l. 2 gennaio 1991, n. 1 recante «*Disciplina delle attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sulla organizzazione dei mercati mobiliari*» affidava alla Banca d'Italia compiti relativi alla tutela della stabilità del sistema i quali poi sono confluiti nel richiamato t.u. fin.

⁵ Con il R.D.L. 7 settembre 1926, n. 1511, recante «*Provvedimenti per la tutela del risparmio*» e con il relativo regolamento di esecuzione R.D.L. 6 novembre 1926, n. 1830, il settore bancario, fino a quel momento sottoposto alle norme generali del Codice del Commercio e caratterizzato dal regime di totale libertà nel quale le banche operavano fu sottoposto ad uno statuto speciale per mezzo del quale le banche, oltre all'attività di raccolta del risparmio, svolgevano attività di erogazione del credito e rivestivano il ruolo di azionisti di società industriali, secondo il modello della "banca mista". Le tre più grandi banche dell'epoca (Banca commerciale italiana, Credito italiano e Banco di Roma) detenevano, infatti, partecipazioni in società trainanti l'economia dell'epoca. Con la crisi del 1929, però, il modello della "banca mista" fu abbandonato e venne istituito l'Istituto ricostruzione industriale (IRI) e venne emanata la seconda legge bancaria, R.D.L. 12 marzo 1936, n. 375, recante «*Disposizioni per la difesa del risparmio e la disciplina della funzione creditizia*»; in forza di questa legge, la Banca d'Italia ha acquisito la denominazione di "Istituto di diritto pubblico" e la forma di società di capitali. A partire dagli anni '70, l'intera disciplina del settore bancario e creditizio subì una strutturale riforma, la cui disciplina è poi confluita nel t.u. banc. che ha definitivamente riconosciuto (art. 10) l'attività svolta dalle banche come attività imprenditoriale (non come servizio pubblico).

⁶ Disciplinato dal d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, il c.d. Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (di seguito, in breve, t.u. banc.).

Il legislatore del t.u. banc., in particolare, ha adottato una politica di parziale “delegificazione” della materia bancaria e creditizia a favore delle Autorità creditizie a cui è stato attribuito il compito, nelle diverse sfere di competenza, di integrare e attuare le previsioni legislative dettate dal legislatore nel medesimo t.u. banc., attraverso l’emanazione di una disciplina “di dettaglio”, nel rispetto dei principi e delle regole fondamentali dettate dal legislatore. L’insieme delle prerogative riconosciute alla Banca d’Italia riflette la scelta del legislatore di adottare un sistema di c.d. *market regulation*, basato sulla presenza e sul ruolo delle Autorità amministrative indipendenti cui, in forza della loro competenza, sono state attribuite diverse funzioni, anche normative, al fine di “governare” quei settori del mercato, caratterizzati da stringente tecnicismo (come quello bancario e finanziario)⁷.

⁷ Per una riflessione sul ruolo e sui poteri delle Autorità amministrative indipendenti si rinvia a G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *L’autonomia privata e le Autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006, p. 91 ss.; G. VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e controllo giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 4, p. 739 ss.; S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, 1996, p. 219 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 21-22, il quale ricostruisce la fase di sviluppo del ruolo delle Autorità in parola, a cui poi è seguita quella di declino, precisando come il punto più alto dell’ascesa sia stato «il tentativo di inserirle nella Costituzione. Si allude alla Commissione bicamerale per le riforme istituzionali che nel 1997 elaborò un progetto organico di riforma costituzionale rimasto poi senza seguito. L’art. 109 stabiliva anzitutto che le autorità potessero essere istituite per l’esercizio di funzioni di garanzia o di vigilanza in materia di diritti e libertà garantiti dalla Costituzione. Ne circoscriveva cioè l’ambito all’area dei diritti fondamentali. L’articolo disciplinava anche le modalità di nomina e i raccordi con il Parlamento. Attribuiva al Senato il potere di eleggere a maggioranza di tre quinti i componenti delle autorità, un metodo che tutela le minoranze parlamentari contro i rischi di abuso da parte della maggioranza di governo, accentuati dal sistema elettorale maggioritario. [...] Il progetto della Commissione bicamerale dedicava un articolo alla Banca d’Italia. L’art. 11 ne costituzionalizzava il doppio ruolo di banca centrale preposta alla stabilità monetaria e di autorità di vigilanza sul sistema creditizio, e garantiva lo svolgimento delle funzioni “in condizioni di autonomia e indipendenza”. Con questa disposizione, la Banca d’Italia avrebbe comunque trovato un ancoraggio costituzionale più preciso di quello offerto dall’art. 47 della Costituzione che assegna in modo generico alla Repubblica il compito di incoraggiare e tutelare il risparmio in tutte le sue forme».

Tuttavia, «dettare norme per la regolazione di un determinato settore di mercato può implicare che si dettino norme anche per regolare i contratti del settore medesimo»⁸; da qui il diverso livello di stratificazione della disciplina dei contratti bancari (e finanziari) che non è contenuta solo nel t.u. banc. (e nel t.u. fin.), ma anche in regolamenti o altri atti normativi della Banca d'Italia, della Consob, del CICR e del Ministro del Tesoro.

Il processo di delegificazione così avviato, di fatto, ha finito per trasformare il t.u. banc. in una sorta di legge quadro che rimette all'organo amministrativo la determinazione delle principali norme regolative dei contratti bancari e che riflette la sempre più marcata attenzione del legislatore verso la protezione della clientela e la correttezza del mercato creditizio al fine di accrescere la comparabilità dei prodotti agevolando l'esatta percezione del portato economico e giuridico dei contratti⁹.

In particolare, l'analisi che segue sarà volta ad indagare la portata e la natura dei poteri accordati dal nostro legislatore alla Banca d'Italia (e al CICR, per gli aspetti in cui le competenze tra le due autorità si intersecano) in materia di determinazione del contenuto dei contratti bancari e dei titoli e il rapporto tra siffatti poteri e le esigenze di trasparenza perseguite dal legislatore del t.u. banc.¹⁰.

La norma paradigmatica a tal fine è l'art. 117, co. 8, t.u. banc., secondo cui *«la Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati*

⁸ Parole di V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, Contr. e impr., 2001, p. 1094.

⁹ Così V. DESARIO, nel suo intervento presso l'Università degli Studi di Bari, Facoltà di Giurisprudenza, in occasione dell'inaugurazione del corso di Diritto Civile Europeo 1999-2000 Azione Robert Schuman "Carattere e finalità dell'azione della Banca d'Italia nella dinamica evolutiva del diritto dei contratti bancari e finanziari". Secondo alcuni, però, la scelta del legislatore è in grado di ledere il principio della certezza del diritto: in questo senso, C. SILVIETTI, *I contratti bancari. Parte generale*, in *Trattato dir. comm.*, diretto da G. Cottimo, vol. VI, Torino, 2001, p. 358.

¹⁰ Benché la sede consenta soltanto un cenno, al riguardo si ricorda che al Ministero dell'economia e delle finanze, ai sensi dell'art. 3, t.u. banc., è riconosciuta una potestà regolamentare da esercitarsi attraverso l'emanazione di decreti nelle materie espressamente precisate dal medesimo t.u. banc.

attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato». Si tratta di un'attribuzione che, potenzialmente, può risultare assai incisiva sulla struttura del mercato bancario e la cui vigenza sembra riflettere la fiducia riposta dal legislatore nel tradizionale senso di equilibrio con il quale la Banca d'Italia ha esercitato i poteri, soprattutto laddove questi siano in grado di incidere in senso restrittivo sull'autonomia imprenditoriale degli intermediari¹¹.

Al riguardo, si cercherà di comprendere se si tratta di veri e propri poteri di tipo regolamentare, che svolgono un ruolo attivo in funzione di propulsione e di specificazione delle finalità proprie della normativa di trasparenza, oppure di più limitati poteri di tipizzazione o di tipo connotativo¹², volti a far sì che a determinati *nomina* contrattuali corrisponda un certo contenuto del negozio giuridico rispetto al quale il cliente può fare affidamento, senza però incidere in modo diretto sul contenuto del contratto stesso.

Si tratta di una norma che, come sarà chiarito meglio nel prosieguo della trattazione, ha suscitato ampie critiche tra gli interpreti, essendo stata considerata poco chiara sia nel contenuto sia nella portata.

Certa però è la strumentalità di tale norma alle esigenze di tutela della trasparenza delle relazioni tra banche e clienti, la quale emerge innanzitutto dalla sua collocazione sistematica all'interno del Titolo VI, rubricato «*Trasparenza delle condizioni contrattuali*»¹³.

In forza del richiamato art. 117, co. 8, t.u. banc., alla Banca d'Italia è stata conferita una "delega di potestà normativa" - da esercitarsi con provvedimenti amministrativi di natura regolamentare - per la

¹¹ Sul punto si veda A. URBANI, *La "trasparenza" nello svolgimento dell'attività*, in *Manuale di diritto bancario e finanziario*, a cura di F. Capriglione, Padova, 2015, p. 505 ss.

¹² Queste sono le due sfumature che, come sarà meglio precisato oltre, rientrano nell'interpretazione c.d. "debole" della portata della norma.

¹³ Artt. 115-128.

determinazione del contenuto dei contratti (e, prima della riforma di cui si darà atto nel prosieguo, anche dei titoli) nonché per vietare o limitare altre operazioni finanziarie divenute tipiche¹⁴.

Ai fini dell'indagine prospettata saranno ricostruiti i mutamenti che la citata norma ha subito per effetto dei diversi interventi normativi che si sono susseguiti; dall'altra, si analizzeranno le applicazioni che la Banca d'Italia ha fatto dei poteri ad essa conferiti, i quali hanno interessato, da una parte, la materia dei titoli della raccolta bancaria del risparmio, con la descrizione, in modo vincolante, delle caratteristiche delle obbligazioni, dei certificati di deposito e dei buoni fruttiferi; dall'altra, gli strumenti della raccolta del risparmio ad opera di soggetti diversi dalle banche, con l'indicazione delle caratteristiche di cambiali finanziarie e certificati di investimento.

Oggetto di analisi sarà altresì la recente applicazione della norma richiamata anche in materia contrattuale, attraverso l'istituzione e la regolazione del contenuto minimo del c.d. *conto corrente semplice* che le banche sono ora tenute ad offrire alla clientela.

Pur nella consapevolezza della valenza prettamente "domestica" dei poteri attribuiti alla Banca d'Italia, a livello più generale, in un'ottica di analisi sistematica, è parsa particolarmente interessante l'indagine, all'interno dell'ordinamento statunitense, circa l'attribuzione alle autorità amministrative di poteri analoghi a quelli conferiti alla Banca d'Italia in relazione alla determinazione vincolante del contenuto dei titoli e dei contratti bancari; la disciplina dell'ordinamento bancario e finanziario statunitense, infatti, è stata oggetto di profonde riforme, confluite all'interno del c.d. *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, entrato in vigore (come misura di reazione alla crisi economica e finanziaria) nel 2010,

¹⁴ Questa è l'interpretazione offerta da V. BUONOCORE, *Riflessioni in margine al nuovo Testo Unico in materia bancaria e creditizia*, in *Banca, impresa, soc.*, 1994, p. 182. Sul punto si veda anche U.M. GIORDANO, *La trasparenza delle condizioni contrattuali nella nuova legge bancaria*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 1234 ss.

anno in cui anche la disciplina del t.u. banc. è stata ampiamente riformata da due interventi normativi: il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, in materia di servizi di pagamento e il d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141, che ha modificato la disciplina dei contratti bancari di cui a Capo I del Titolo VI, recante, oggi, «*Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*» (artt. 115-120).

Nella trattazione dei poteri attribuiti alle autorità statunitensi si farà riferimento soprattutto al *Consumer Financial Protection Bureau*, ponendo l'attenzione principalmente sui generali profili regolatori, con alcuni riferimenti, più limitati, anche a quelli di natura squisitamente contrattuale.

Ciò premesso, stante la richiamata strumentalità dei poteri in parola alle esigenze di trasparenza delle relazioni tra intermediari e clienti, il tentativo di individuare la portata e i limiti dei poteri attribuiti alla Banca d'Italia dall'art. 117, co. 8, t.u. banc., sarà preceduto da alcune premesse di carattere generale sul quadro normativo di riferimento in materia di trasparenza bancaria e sulle finalità perseguite da tale disciplina.

DISCIPLINA E FINALITÀ DELLA TRASPARENZA BANCARIA

SOMMARIO: 1. *La trasparenza dei contratti bancari.* - 2. *Le norme sulla trasparenza bancaria.* - 3. *La finalità della disciplina di trasparenza.* - 4. *Trasparenza e contenuto dei contratti bancari: la disciplina previgente al t.u. banc.*

1. La trasparenza dei contratti bancari

Il termine trasparenza¹⁵, benché oggi sia sempre più diffuso e per me i più diversi ambiti del diritto, non è caratterizzato da una chiara e univoca comprensione del suo significato.

Le accezioni semantiche, infatti, appaiono le più diverse, a seconda degli ambiti di incidenza¹⁶.

L'origine di tale termine per alcuni è riconducibile al termine "glasnost", che in slavo significa appunto trasparenza e indica il nuovo corso politico dell'ex Unione Sovietica degli anni '80, per altri, invece, è da ricondurre al vocabolo anglosassone "disclosure", proprio del diritto commerciale¹⁷.

I Paesi europei hanno fatto ricorso ad espressioni di chiara assonanza linguistica con il termine italiano: "transparence" in francese, "transparency" in inglese e "transparenz" in tedesco; tuttavia, nonostante l'affinità linguistica,

¹⁵ P. RESCIGNO, «Trasparenza» bancaria e diritto «comune» dei contratti, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, I, p. 297: «Nel vocabolario del nostro tempo la parola "trasparenza" ha una singolare fortuna, come se le si riconoscesse la capacità di investire ed illuminare settori che sembravano connotati da impenetrabilità e dal mistero».

¹⁶ Sottolinea questo aspetto G. ALPA, *Quando il segno diventa comando: la "trasparenza" dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 2, p. 465 ss.

¹⁷ E. CAPOBIANCO, F. LONGOBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 1142 ss.

rimangono imprecisati il significato e la valenza sistematica: da qui l'origine dell'equivocità del termine¹⁸.

Nonostante l'estrema duttilità di significato, ciò che è certo è che non si tratta né di un termine neutro o accessorio¹⁹, né di un sostantivo dai connotati meramente sociologici²⁰. Nel mondo del diritto detto termine ha una valenza tecnico-giuridica ormai indiscutibile, anche se di volta in volta occorre precisare e controllare la sua estensione semantica²¹.

Per quanto riguarda specificamente il nostro ordinamento giuridico, non è chiaro se con l'espressione trasparenza ci si riferisca ad un principio generale oppure ad una clausola generale al pari della correttezza e della buona fede, oppure ad una «*fonte privata*» del diritto bancario²². In ogni caso, occorre anticipare come alla violazione delle norme in materia di trasparenza sia connesso un ordine di sanzione che opera su un duplice piano: privatistico, attraverso il rimedio della nullità (di protezione) o il risarcimento del danno e pubblicistico, attraverso sanzioni quali la revoca di autorizzazione a svolgere l'attività, limiti alla diffusione del prodotto o

¹⁸ Sulla polisemia del termine si concentra G. ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, 2003, p. 1 ss., con la presentazione di V. Desario.

¹⁹ La trasparenza «non è un mero orpello», come precisa G. ALPA, *op. ult. cit.*, p. 7.

²⁰ V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 26 ss., secondo cui «trasparenza è un concetto che ha ormai assunto una valenza tecnico-giuridica precisa, onde la risibilità della posizione di chi si ostina a valutare ancora oggi il termine in un'accezione meramente sociologica [...]; la trasparenza implica l'indicazione non equivoca dei punti fondamentali e dei termini dell'accordo, dei suoi effetti giuridici e dei suoi plausibili esiti economici».

²¹ Cfr. G. ALPA, *Quando il segno diventa comando: la "trasparenza" dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria*, *cit.*, p. 465 ss. La medesima prospettiva è stata ripercorsa di recente da E. QUADRI, *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 90 ss.

²² Come suggerisce A. MIRONE, *Le "fonti private" del diritto bancario: trasparenza, concorrenza e autonomia privata nella (nuova) regolazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, p. 264 ss., nel contesto del più generale rafforzamento della "fonte pubblica" del diritto bancario, prodotta dalle istituzioni politiche.

servizio oppure veri e propri provvedimenti sanzionatori di natura amministrativa e penale.

Nel nostro ordinamento giuridico si è cominciato a parlare di trasparenza intorno alla metà degli anni '80²³, quando furono approvati i c.d. *Accordi interbancari*, dove il termine è stato ampiamente utilizzato anche in riferimento all'equilibrio contrattuale e, nella specie, alle condizioni generali di contratto e alle clausole abusive (artt. 33 ss. cod. cons.²⁴)²⁵.

Conseguentemente, la trasparenza ha cominciato ad avere incidenza sulle diverse fasi della stipulazione negoziale: quella iniziale della trattativa, quella della conclusione vera e propria e quella della redazione del testo contrattuale, come correttivo a fronte di alcune problematiche che andavano imponendosi nelle relazioni tra banche e clienti.

Nella sua accezione originaria, la trasparenza si presenta come un sistema di disciplina del rapporto tra banca e cliente "derogatorio" rispetto alla disciplina generale del codice civile, seppur recante punti di contatto con altri fenomeni già conosciuti quali le condizioni generali di contratto (artt. 1341 e 1342 c.c.) e la nuova disciplina dei contratti con il consumatore e delle clausole abusive²⁶. Da subito la trasparenza ha manifestato la tensione a penetrare anche nel campo limitrofo dell'equilibrio contrattuale²⁷.

Successivamente agli anni '80, il legislatore ha cominciato a farne un uso più generalizzato, impiegando il termine "trasparenza" in riferimento a

²³ Per una ricostruzione complessiva si rinvia a E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000, p. 20 ss.

²⁴ D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

²⁵ Sul punto si veda la ricostruzione di A. TIDU, *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari* (voce), in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994, p. 1 ss.; V. FARINA, *Brevi riflessioni sulla nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 843.

²⁶ P. FERRO LUZZI, *Introduzione*, in AA. VV. *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Torino, 2011, p. 10.

²⁷ Cfr. A. TIDU, *op. cit.*, p. 1 ss.; anche V. FARINA, *op. cit.*, p. 843.

tutti i momenti della relazione negoziale e a tutte le tipologie di contratti, purché fosse presupposta l'asimmetria informativa²⁸ o lo squilibrio contrattuale²⁹ a cui la trasparenza portava, direttamente o indirettamente, rimedio³⁰.

Oggi sono molti i rami del diritto, anche oltre la disciplina contrattuale, che valorizzano la trasparenza in modo strumentale agli obiettivi pubblicistici³¹ o privatistici propri della materia, tanto che ai nostri giorni è ormai considerata un mito socio politico di alto valore simbolico³².

Da queste considerazioni si colgono l'inevitabile polisemia e relatività del termine³³.

²⁸ Per ulteriori approfondimenti v. M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002.

²⁹ A. NIGRO, *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie e contenuto delle condizioni contrattuali: note esegetiche*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1998, I, p. 511 ss.

³⁰ E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 96; E. CAPOBIANCO, *I contratti delle banche: trasparenza ed equilibrio dei rapporti con la clientela*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2002, II, p. 198 ss.; ID., *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, cit., p. 66 ss.; A. MAISANO, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie. La difficile transizione dal diritto delle banche al diritto bancario*, Milano, 1993, p. 26 ss.; V. DESARIO, *La tutela del consumatore: il ruolo dell'autoregolamentazione*, in *Bancaria*, 1996, 3, p. 2 ss.; S. FORTUNATO, *I contratti bancari: dalla trasparenza delle condizioni contrattuali alla disciplina delle clausole abusive*; in *Dir. banca merc. fin.*, 1996, I, p. 27.

³¹ E. QUADRI, *Intervento*, in *Trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto*, a cura di A. Marini e C. Stolfi, Napoli, 1992, p. 112: «Sebbene sia naturalmente l'ambito commerciale e negoziale, quello maggiormente e direttamente interessato alla questione in esame, non è da sottovalutare come la richiesta di trasparenza provenga sempre più anche dal diritto pubblico. Nelle relazioni con i cittadini, alle istituzioni pubbliche è richiesta una maggiore garanzia di chiarezza nello svolgimento dei procedimenti attraverso cui esse amministrano la cosa pubblica».

³² A. NIGRO, *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1992, I, p. 422 ss.

³³ Sottolinea le diverse accezioni del termine "trasparenza" a seconda dei settori di incidenza G. ALPA, *op. ult. cit.*, p. 465 ss.

Con prima approssimazione possiamo dire che la “trasparenza” nasce come qualità contrapposta all’opacità e alla scarsa decifrabilità, ovvero come informazione contrapposta all’ignoranza.

In sé, però, non ha significato se non è posta in relazione a qualcosa che deve essere reso trasparente: un contratto, un bilancio, una situazione patrimoniale o gestionale di una società, un’operazione economica, un comportamento, un assetto proprietario. Si può cogliere la reale portata di significato solo individuando il settore dell’ordinamento giuridico interessato (diritto amministrativo, bancario, del mercato mobiliare): è il sostantivo associato a divenire connotato qualificante³⁴.

Anche se il termine non acquisisce inequivocabilmente un significato puntuale: la stessa locuzione può essere intesa, per esempio, come onere di forma o di contenuto minimo del contratto, come tecnica di redazione per garantire l’intellegibilità dell’informazione o come comportamento di una parte antecedente o susseguente alla conclusione del negozio³⁵; per definirne

³⁴ Si rinvia, in generale, a G. ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, cit, *ibidem*.

³⁵ G. ALPA, *op. ult. cit.*, p. 17 ss.: «Nel t.u. bancario la trasparenza contrattuale è posta in grande rilievo: conferisce addirittura denominazione ad un titolo (il sesto) del corpo normativo. Essa è intesa in senso di comunicazione “al pubblico” di informazioni riguardanti i tassi di interesse, i prezzi, le spese per le comunicazioni alla clientela e ogni altra condizione economica relativa alle operazioni e ai servizi offerti (art. 116), ed è quindi sinonimo di pubblicità, relativa a specifici contenuti dei rapporti istituendi o già istituiti; ma include anche l’obbligo di forma (scritta) dei contratti, e quindi allude agli effetti della conclusione mediante documento piuttosto che con accordo verbale; ed include anche un contenuto contrattuale obbligatorio (art. 117) circa il tasso di interesse, e ogni altro prezzo o onere; sicché trasparenza qui significa chiarezza del rapporto ottenuta mediante il complesso di informazioni offerte al contraente perché possa conoscere e valutare l’operazione economica al momento della conclusione, e, una volta concluso il contratto, posso controllare il comportamento della controparte; in più trasparenza significa conformità del contratto al contenuto tipico determinato in base alla denominazione e ai criteri specifici qualificativi dettati dalla Banca d’Italia; inoltre implica limitazioni alla modificazione unilaterale delle condizioni contrattuali ove non siano comunicate ai clienti (art. 118), ed infine implica l’obbligo di comunicazioni periodiche alla clientela»; si rinvia anche a G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2007.

il nucleo essenziale si possono riportare le parole di Enrico Minervini, il quale precisa che «*il termine trasparenza è un modo riassuntivo per esprimere il concetto di informazione completa ed adeguata e deve intendersi come chiarezza e comprensibilità del testo contrattuale: la trasparenza consiste allora nell'obbligo o dovere per l'imprenditore o per il professionista di far conoscere al cliente le condizioni contrattuali, (anche) prima del contratto stesso*»³⁶.

L'ambito in cui la nozione acquista rilevanza ai fini delle presente trattazione è quello delle relazioni negoziali tra banche e clienti, il quale da sempre presenta profili di particolarità che ne hanno fatto oggetto di una trattazione specifica.

In primo luogo, assume rilevanza l'imprenditorialità dell'attività bancaria, cui si riconnettono le esigenze della "produzione" che già a livello generale alterano le regole della contrattazione (ad esempio la predisposizione unilaterale dei contratti e la standardizzazione delle offerte) e la "atipicità" stessa dell'attività bancaria per la commistione d'interessi pubblici e privati.

In secondo luogo, occorre considerare la natura dei prodotti bancari, contraddistinti da un'intrinseca complessità e scarsa comprensibilità che li rende opachi agli occhi della clientela; si tratta, infatti, di contratti rispetto ai quali la possibilità di coglierne il contenuto non è paragonabile a quella di quei prodotti che hanno una percettibilità nell'esperienza empirica comune.

In tutti i contratti civilistici vi è sempre un bene o un servizio come realtà oggettiva esistente in sé, prima e fuori del contratto; nei contratti bancari, invece, il riferimento a un dato della realtà oggettiva può esserci, ma

³⁶ E. MINERVINI, *op. ult. cit.* p. 98; cfr. anche A. NIGRO, *op. ult. cit.*; M. PORZIO, *Note introduttive, Commentario alla legge 17 febbraio 1992, n. 154*, a cura di M. Porzio, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1124: «*piena conoscibilità delle condizioni contrattuali*»; M. MACELLO, *Problematiche in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *La nuova legge bancaria. Prime riflessioni sul testo unico in materia bancaria e creditizia*, a cura di M. Rispoli Farina, Napoli, 1995, p. 308.

quanto più il profilo finanziario è evoluto, tanto più è ridotto a un termine di riferimento, alla variazione del quale il contratto àncora variazioni di flussi di denaro tra le parti³⁷. Tali contratti, inoltre, per lo più, si traducono nello scambio di un bene presente con un bene futuro (generalmente denaro, verso la promessa di restituzione) senza che il soggetto che trasferisce il bene presente si veda attribuito un potere di gestione sul soggetto che si obbliga alla prestazione futura, per cui è più forte l'esigenza di trasparenza.

I contratti in parola poi sono prevalentemente atipici e la loro disciplina, in costante evoluzione, è estranea al codice civile; la base comune degli stessi è costituita, come anticipato, dai moduli e formulari predisposti dalle banche con un tecnicismo che li rende di scarsa comprensibilità per la clientela.

A ciò si aggiunga che le informazioni sono ripartite nei mercati in maniera asimmetrica tra gli operatori e i costi delle stesse e le possibilità di accedervi comportano uno squilibrio di potere negoziale in favore dei soggetti professionali; tale disparità tra le parti contrattuali è un tratto caratterizzante il ramo del diritto in analisi di cui occorre tener conto nel valutare la tensione tra contratto e legge che si ripropone nelle diverse fasi del rapporto contrattuale.

Le stesse finalità perseguite all'interno di questo settore creano un nesso imprescindibile con lo svolgimento di rapporti contrattuali che siano quanto più possibile corretti e trasparenti³⁸.

Prima di analizzare le finalità della disciplina relativa alla trasparenza bancaria, sembra opportuno ripercorre gli interventi legislativi che si sono

³⁷ P. FERRO LUZZI, *op. cit.*, p. 14.

³⁸ A. NIGRO, *op. ult. cit.*, *ibidem*, secondo il quale la trasparenza è «uno degli strumenti più idonei a garantire rapporti contrattuali più equilibrati e corretti».

susseguiti nel tempo e che hanno portato alla costituzione del quadro normativo odierno.

2. Le norme sulla trasparenza bancaria

La disciplina di trasparenza ha trovato un primo spazio all'interno del nostro ordinamento giuridico nella metà degli anni '80³⁹ quando, poco dopo l'emanazione della l. 1 marzo 1986, n. 64 sulla parità di trattamento nei confronti dei clienti, sono state avanzate numerose proposte di regolamentazione dei rapporti bancari finalizzate ad introdurre all'interno dell'ordinamento un livello minimo di trasparenza. Come risposta a tale esigenza, l'associazione bancaria di categoria nel 1987 approvò un *Accordo interbancario* per la pubblicità e la trasparenza delle condizioni alla clientela applicabile alle sole aziende di credito, al quale, l'anno successivo, seguì un analogo Accordo dedicato, questa volta, agli istituti di credito speciale⁴⁰.

Poco dopo, venne emanata la prima legge in materia di trasparenza, la l. 17 febbraio 1992, n. 154 recante «*Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari*», alla cui formulazione hanno concorso una pluralità di fattori: la Costituzione, la quale all'art. 47 dispone «*la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito*»; il susseguirsi di iniziative legislative (a partire dalla c.d. proposta Minervini del 1986⁴¹) che hanno trovato compimento solo con la legislatura successiva; ma anche la sensibilizzazione della giurisprudenza e della dottrina e l'autodisciplina predisposta dagli stessi istituti bancari attraverso la stipula e la firma di accordi interbancari; nonché le esperienze straniere, sia europee (dir. 1987/102/CEE in tema di credito al consumo) sia extraeuropee (*Credit Consumer Act* del 1984 e il *Truth in Lending Act* del 1968).

³⁹ Per una complessiva ricostruzione storica in materia si veda E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, cit., *ibidem*.

⁴⁰ Per ulteriori approfondimenti si veda A. MAISANO, *op. cit.*, p. 86 ss.

⁴¹ A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano, 2009, p. 283 ss.

Nel 1993, la disciplina contenuta nella l. n. 154/1992 e quella sul credito al consumo vennero fatte confluire all'interno del t.u. banc. in capi distinti, ma sotto l'unico titolo recante «*Trasparenza delle condizioni contrattuali*». Nel corso del 2010 tale disciplina è stata modificata da due interventi normativi di ampia portata sistematica. Il primo è rappresentato dal d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, di attuazione della dir. 2007/64/CE, relativa ai «*Servizi di pagamento nel mercato interno*», che ha introdotto nel richiamato Titolo VI il Capo II-bis (artt. da 126-bis a 126-octies) recante «*Servizi di pagamento*». Il secondo intervento è rappresentato dal d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141, di attuazione, per quanto in questa sede rileva, della dir. 2008/48/CE disciplinante i contratti di credito ai consumatori, attraverso il quale il t.u. banc. è stato sottoposto ad importanti modifiche che hanno introdotto delle novità proprio in tema di disciplina dei contratti bancari relativamente al Capo I del Titolo VI recante, oggi, «*Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*» (artt. 115-120); tale decreto ha inciso, in senso rafforzativo, anche sul sistema delle sanzioni inibitorie e amministrative di cui al nuovo art. 123-ter e ha modificato la disciplina dei contratti di credito ai consumatori (Capo II), abrogando gli artt. 40-42 cod. cons. e lasciando all'interno di questo soltanto la norma di rinvio di cui all'art. 43.

Il tentativo di fornire una panoramica esaustiva, seppur necessariamente per sommi capi, del quadro generale delle fonti normative in materia di trasparenza non può arrestarsi alle norme primarie, ma deve integrarsi e completarsi con gli interventi delle Autorità amministrative (Ministero dell'economia e delle finanze, Banca d'Italia, CICR, e, un tempo, Ufficio Italiano dei Cambi).

Le nuove *Istruzioni di Vigilanza* della Banca d'Italia, infatti, statuiscono apertamente che: «*nello svolgimento delle proprie attività gli intermediari*

considerano l'insieme delle varie discipline come complesso regolamentare integrato e curano il rispetto della regolamentazione nella sua globalità, adottando le misure necessarie»⁴².

Il CICR, con delibera del 4 marzo 2003, si è preoccupato di emanare la nuova disciplina della pubblicità e dei contratti relativi alle operazioni e ai servizi bancari sulla base dell'esperienza maturata in nove anni di applicazione del t.u. banc. Tale iniziativa veniva alla luce in un momento storico particolarmente delicato per il settore delle banche e degli intermediari finanziari, momento in cui si assisteva nei loro confronti al venir meno della fiducia da parte della clientela: il collocamento di prodotti, come i titoli del debito argentino e le obbligazioni "corporate" Cirio Holding, senza che all'occorrenza fosse stato prospettato ai risparmiatori il grado di rischiosità dell'investimento in siffatti titoli, aveva generato una sfiducia dei consumatori verso le proposte degli operatori bancari.

In questo contesto la delibera del CICR ha sollecitato l'emanazione di due importanti provvedimenti da parte della Banca d'Italia: il c.d. *Provvedimento Banche* (9° Aggiornamento del 25 luglio 2003 alla Circolare 21 aprile 1999, n. 229, «Istruzioni di Vigilanza per le banche. Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari»)⁴³ e il c.d. *Provvedimento Intermediari* (emanato con il Provvedimento del Governatore 15 luglio 2003⁴⁴, in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi degli intermediari finanziari).

Successivamente, le norme sulla trasparenza a tutela del consumatore bancario e finanziario (o, meglio, del cliente, secondo la nozione di "destinatario" più ampia che diviene ricorrente), sono state unificate in un

⁴² E. CAPOBIANCO, F. LONGOBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, cit., p. 1142 ss.

⁴³ Per un commento si veda V. FARINA, *op. cit.*, p. 845 ss.; A. MIRONE, *op. ult. cit.*, nt. 5, p. 296.

⁴⁴ In G.U. 19 agosto 2003, n. 191.

unico *corpus* organico: il 29 luglio del 2009⁴⁵ infatti, la Banca d'Italia ha emanato le nuove "Istruzioni di Vigilanza in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti", in vigore dal 1° gennaio 2010 (G.U. n. 210 del 10 settembre 2009)⁴⁶, poi sostituite e integrate il 15 febbraio 2010, in attuazione del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, di recepimento della dir. 2007/64/CE sui servizi di pagamento nel mercato interno.

Il 9 febbraio 2011 la Banca d'Italia, successivamente all'entrata in vigore del già richiamato d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, ha integrato, in conformità alle deliberazioni del CICR, le *Istruzioni di Vigilanza*, lasciando sostanzialmente inalterato il Provvedimento del 2009, ma modificando la Sezione VII, concernente specificatamente il credito ai consumatori.

Il nuovo panorama normativo sulla trasparenza bancaria e finanziaria si viene così a profilare come un insieme coordinato di regole e principi di comportamento, incidenti sia sul piano operativo sia su quello contrattuale.

⁴⁵ A seguito di un procedimento di consultazione pubblica iniziato nel marzo del 2009 che si trova pubblicato, oltre che nel sito della Banca d'Italia, in *Contr.*, 2009, p. 611 ss., con nota di P. CARRIÈRE, M. BASCELLI.

⁴⁶ A. MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 557 ss.

3. La finalità della disciplina di trasparenza

La trasparenza è stata introdotta nel nostro ordinamento non come finalità in sé, ma come uno strumento per conseguire quegli obiettivi a cui il legislatore ha deciso di accordare preminenza in un certo contesto socio-culturale.

Al fondo si situa una scelta politica tra opzioni diverse che spesso non si escludono reciprocamente, ma anzi si implementano l'un l'altra, per cui la scelta si risolve più in una graduazione gerarchica tra valori piuttosto che nell'esclusione di alcuni a favore di altri.

Il riferimento, in particolare, è alla prevalenza delle esigenze di tutela del mercato e della concorrenza oppure a quelle di tutela del contraente debole.

La prima di tali finalità è prevalsa nella fase iniziale dello sviluppo della normativa in analisi, orientata ad introdurre all'interno del sistema bancario principi concorrenziali⁴⁷.

L'obiettivo fondamentale era quello di obbligare le banche a dotarsi di offerte economiche che fossero preventivamente conoscibili dalla clientela ed espressamente riportate per iscritto in un testo contrattuale completo⁴⁸. Coerentemente ai principi di mercato, infatti, la normativa originaria del t.u. banc. non conteneva prescrizioni volte a limitare la conformazione dell'offerta economica delle banche, né in riferimento ai prezzi né in riferimento alla costruzione delle condizioni economiche dell'offerta nelle varie modalità in cui l'offerta può esplicarsi (capitalizzazione degli interessi,

⁴⁷ Sullo sfondo vi erano la prima e, soprattutto, la seconda direttiva dell'allora Comunità Europea comunitaria in materia creditizia (dir. 1977/780/CEE, attuata con il d.P.R. n. 27 giugno 1985, n. 350 e dir. 1989/646/CEE attuata con il d.lgs. 14 dicembre 1992, n. 481 poi trasfuso nel t.u. banc.).

⁴⁸ Si veda al riguardo E. BRODI, *Dal dovere di far conoscere al dovere di far "comprendere": l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, p. 248.

meccanismi di contabilizzazione delle valute e commissioni sugli affidamenti)⁴⁹.

L'intento, a livello più generale, è la salvaguardia dell'integrità del mercato che, in un'ottica di analisi economica, è lo strumento efficiente per massimizzare il benessere della collettività attraverso un'ottimale allocazione delle risorse mediante libere dinamiche contrattuali.

Il mercato ideale è quello in cui la piena comprensibilità e comparabilità dei prodotti è realizzata per mezzo della chiara e perfetta circolazione delle informazioni⁵⁰. La possibilità di compiere scelte ponderate e consapevoli incrementa la fiducia dei singoli nel mercato e un certo livello di concorrenzialità garantisce l'efficienza nell'allocazione. In tale logica di mercato, tuttavia, possono intervenire alcuni fattori che comportano i c.d. "*market failures*", ovvero costi transattivi e asimmetrie informative che impattano sulle scelte dei consumatori. Se da una parte i costi eccedenti i benefici non rendono più giustificato il ricorso al mercato, dall'altra, invece, l'asimmetrica ripartizione delle informazioni può impattare la capacità di selezionare offerte convenienti da quelle sconvenienti.

Mentre il primo problema, quello dei costi, sembra risolvibile con l'incremento delle economie di scala degli intermediari, il problema delle asimmetrie informative, invece, richiede l'introduzione di regole giuridiche che impongano la redistribuzione forzata e la circolazione delle notizie rilevanti: da qui i doveri informativi di trasparenza.

⁴⁹ In questo senso A. MIRONE, *La trasparenza bancaria*, Padova, 2012, p. 10 ss.

⁵⁰ E. GUERINONI, *I contratti del consumatore. Principi e regole*, Torino, 2011, p. 258: «La "trasparenza", più nello specifico, viene individuata come una delle caratteristiche tipiche di un mercato efficiente, perché è logico che la concorrenza possa svolgersi efficacemente e correttamente soltanto ove gli operatori possano attuare le proprie scelte economiche in base alla conoscenza di dati oggettivi e comparabili e non di sole suggestioni pubblicitarie o, ancor peggio, di uno spettro quasi inesistente di informazioni». V. anche A. TIDU, *op. cit.*, p. 1 ss.

Un altro dato da considerare al riguardo è il costo dell'informazione stessa⁵¹, tanto che l'imposizione di un obbligo informativo a carico di una parte nei confronti dell'altra risulterebbe del tutto privo di giustificazione in un mercato fondato sulla formale e sostanziale parità tra i contraenti: in tal modo, infatti, subirebbe un pregiudizio proprio il contraente più diligente e prudente che, a proprie spese, ha reperito le informazioni con cui sperava di ottenere una posizione di vantaggio nella relazione con la controparte contrattuale; l'obbligo informativo diverrebbe un ingiustificato svantaggio a beneficio della parte meno diligente che è così disincentivata alla responsabilizzazione, considerati i rimedi che le sono offerti dall'ordinamento giuridico.

Nel diritto comune dei contratti, invece, le parti hanno la piena disponibilità delle informazioni aggiuntive da cui dipende, per loro, la convenienza dell'affare e il mantenimento di quella posizione di forza contrattuale lecitamente acquisita. L'obbligo informativo assume i connotati di dovere generico, senza che debbano essere rese manifeste tutte le notizie che possano assumere rilevanza per la contrattazione. La trasparenza, come dovere di solidarietà, appare giustamente controbilanciata dal mantenimento di uno spazio di sana competitività e concorrenzialità. Il presupposto del diritto comune è la parità formale dei contraenti, anche nell'accesso alle informazioni.

Il richiamato fondamento paritario, invece, risulta assente nel mercato bancario e finanziario: i principi giuridici assumono connotati diversi a seconda del contesto di riferimento. Si tratta, infatti, di un mercato

⁵¹ E. GUERINONI, *op. cit.*, p. 261: «Laddove il costo di acquisizione dell'informazione necessaria ecceda il beneficio che si possa trarre da una migliore consapevolezza delle condizioni, il consumatore non sarà disponibile ad approfondire le proprie conoscenze. Il tempo da destinare allo studio delle clausole e la necessità di acquisire competenze tecniche sufficienti a consentire un esame attento delle stesse, comportano dei costi elevati che il consumatore medio non è disposto a sostenere».

caratterizzato da una strutturale asimmetria informativa, dove solo gli operatori professionali possiedono gli strumenti (conoscenze e risorse) necessari per accedere alle informazioni rilevanti e comprenderle adeguatamente. I costi stessi del reperimento, decodificazione ed elaborazione dei dati comunicati, non potrebbero essere agevolmente sostenuti dall'investitore o risparmiatore che all'intermediario si rivolge⁵².

La conseguenza inevitabile di ciò è l'emersione di una posizione di debolezza informativa ed economica e l'insorgere, in caso di sensibile squilibrio delle posizioni di partenza dei soggetti coinvolti, dell'interesse allo sfruttamento del vantaggio informativo ad esclusivo beneficio del soggetto che lo detiene (che entra in conflitto con l'esigenza di protezione che la controparte manifesta). Nel corso dell'ultimo decennio, in risposta a questi particolari fallimenti di mercato emersi nella relazione banca-cliente (le già ricordate rilevanti asimmetrie informative tra gli intermediari e la generalità dei clienti e la difficoltà dei clienti a valutare prima della stipula del contratto il livello di qualità dei servizi e dei prodotti), si è assistito ad un'evoluzione del sistema, caratterizzato da una progressiva accentuazione del carattere "eteronomo" della normativa sulla trasparenza bancaria⁵³.

La normativa di trasparenza appare, quindi, orientata non tanto ad instaurare meccanismi concorrenziali di base nel mercato bancario, quanto piuttosto ad una duplice funzione: la promozione di dinamiche

⁵² R. PARDOLESI, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.*, V, 1994, p. 137 ss.: «Sprovvista di competenza specifica sull'affare che conclude, disarmato rispetto all'agguerrita esperienza di chi è attivo stabilmente nel settore, pressato dal bisogno, ma nella pratica impossibilità di acquisire il bagaglio di dati necessari a orientare la sua decisione, intrappolato in un traffico di massa che toglie il respiro».

⁵³ A. MIRONE, *Le "fonti private" del diritto bancario: trasparenza, concorrenza e autonomia privata nella (nuova) regolazione dei contratti bancari*, cit., p. 290 ss. ID., *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, cit., p. 557 ss.

concorrenziali effettive e, contemporaneamente, la tutela della clientela dal potere di mercato delle banche⁵⁴. La tutela della “parte debole”, del “consumatore”, si affianca alla tutela del mercato in quanto tale. Il fondamento della disciplina di trasparenza è stato individuato, infatti, nella «volontà legislativa di tutelare il cliente dall'“eccesso” di potere contrattuale della banca», non rientrando, invece, nella finalità di tale disciplina «la volontà di garantire la parità di trattamento dei clienti della banca»: anzi, la scelta legislativa sembra andare nella direzione opposta: «data adeguata “trasparenza” alle condizioni generali di contratto delle banche, i terzi sono posti in grado di scegliere l'ente creditizio che preferiscono»⁵⁵.

L'esigenza di tutela della parte contrattualmente più debole potrebbe essere considerata un ulteriore fallimento del mercato, ovvero una situazione di debolezza e squilibrio che deve essere rimossa per salvaguardare la regolarità delle dinamiche di mercato; in tale ottica, l'obiettivo finale, l'integrità del mercato, rimarrebbe immutato.

Alternativamente, la tutela accordata ai clienti potrebbe essere presa in considerazione come una nuova esigenza a sé stante, ovvero come un valore finale da perseguire in autonomia, in un'ottica di solidarietà che privilegia la sostanziale equità dei rapporti economici.

Mentre in un caso la micro-protezione del contraente su base individuale è funzionale al più ampio interesse di efficienza e integrità del mercato, mediante la correzione di quelle imperfezioni che possono portare un pregiudizio per gli investitori, un limite alla competizione e all'inefficiente allocazione delle risorse; nell'altro, invece, tutta l'attenzione è posta sulla protezione del soggetto in quanto contraente debole, a

⁵⁴ Ancora A. MIRONE, *La trasparenza bancaria, cit.*, p. 11.

⁵⁵ R. LENER, *Il controllo amministrativo sulla correttezza dei comportamenti degli intermediari nei rapporti contrattuali con la clientela*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1997, I, p. 544.

prescindere dal conseguimento di un'efficienza di sistema, fino al punto di ingerirsi nelle scelte di merito del singolo con un'invasività legislativa che circoscrive i contorni dell'autonomia contrattuale⁵⁶. Se in un primo momento l'esigenza di protezione nasce anch'essa per l'avvertita necessità di eliminare un fattore di fallimento nel mercato⁵⁷ (e quindi il legislatore se ne interessa in un'ottica strumentale al preminente interesse alla concorrenzialità dei mercati), a partire dal Trattato di Maastricht del 1992 la politica di protezione dei consumatori non è più solo attenta ai profili economici, ma anche a sociali.

L'art. 153 del Trattato sancisce, infatti, che *«la Comunità potrà agire mediante azioni specifiche di sostegno e di integrazione della politica svolta dagli Stati Membri al fine di tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori e di garantire loro una informazione adeguata»*.

Le norme di trasparenza interagiscono nel sistema sempre allo stesso modo indipendentemente dall'obiettivo: a prescindere che la finalità ultima sia quella di riequilibrare i rapporti contrattuali oppure favorire la concorrenza, il ricorso da parte del legislatore alla trasparenza ha inevitabili ripercussioni sulla capacità di scelta del singolo.

Una scelta ponderata e consapevole rappresenta, in ogni caso, il baricentro della disciplina che in prima battuta e in modo diretto interviene sulle asimmetrie di tipo informativo⁵⁸.

⁵⁶ A. PERRONE, *Gli obblighi di informazione nella prestazione dei servizi di investimento, in Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, p. 372 ss.

⁵⁷ E. GABRIELLI, *Contratto e contratti: scritti*, Torino, 2011, p. 445: *«Tale divario [...] ostacola il raggiungimento di risultati (almeno prossimi a quelli ottimali) impedendo la valutazione del rischio contrattuale e inducendo la parte meno informata ad accettare un contratto inefficiente, in quanto caratterizzato da un prezzo relativamente basso, ma, al contempo, da costi impliciti derivanti dall'eventuale manifestarsi dei rischi contrattuali non proporzionati al prezzo pagato»*.

⁵⁸ *«La scelta dei consumatori è l'architrave di una qualsiasi economia di mercato, e senza un mercato trasparente non è possibile compiere scelte consapevoli»*: così il Comitato economico e sociale

Un conto, infatti, è perseguire la trasparenza, un conto, invece, l'equilibrio delle prestazioni. Tanto è vero che la prima non può divenire occasione per un intervento dirigistico e paternalistico del legislatore nella relazione contrattuale⁵⁹: la trasparenza in sé non è diretta a realizzare una tutela sostanziale degli interessi in gioco, ma semplicemente a definire in modo chiaro "le regole del gioco". L'esempio illustrato da Alessandro Nigro permette di comprendere più agevolmente la differenza: a nessuno viene impedito di vendere "uova marce", ma si impone di dichiarare che le uova sono tali. Si tratta di una regola formale che dovrebbe avere risvolti sostanziali: se è vero che un consumatore non dovrebbe voler acquistare le uova una volta saputo che sono marce, è altrettanto vero che nessun imprenditore dovrebbe essere tentato di venderle.

In quest'ottica, la funzione della trasparenza non sembra arrestarsi alla possibilità, per il potenziale acquirente, di scegliere consapevolmente se acquistare o meno, ma pare andare oltre.

europeo che si esprime in favore di una politica che favorisca la diffusione delle informazioni per tutelare il consumatore, nel parere pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee (in sigla G.U.C.E.), 7 ottobre 1996, C 295, in merito alla "Comunicazione della Commissione sulle priorità della politica a favore dei consumatori (1996-1998)".

⁵⁹ G. DE NOVA, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, I, p. 708: «Altro è perseguire la trasparenza, altro è perseguire l'equilibrio delle prestazioni. Nel corso del dibattito che ha preceduto il più importante intervento legislativo in materia, la legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari (l. 17 febbraio 1992, n. 154) è stato denunciato che i progetti in discussione "traducono il dovere di trasparenza in un prezzo d'imperio delle prestazioni e dei servizi, fissato attraverso la riduzione o la sostituzione delle clausole negoziali", sicché "il risultato ultimo dell'iniziativa di legge andrebbe a collocarsi al di là dell'obiettivo della chiara conoscenza delle condizioni e dei costi delle operazioni bancarie da parte del cliente, per incidere in maniera autoritativa sulla determinazione dei prezzi"; ed è stato scritto, senza tanti giri di parole, che "l'esigenza di accordare tutela alla clientela contro i rischi di "opacità" dell'azione delle banche non deve trasformarsi in un'occasione per "amministrativizzare" il credito attraverso interventi di autentico dirigismo economico », ove si rinvia a P. SCHLESINGER, *Problemi relativi alla c.d. «trasparenza bancaria»*, in *Corr. giur.*, 1989, p. 230 ss.

Questi consequenziali effetti di natura sostanziale sono ipotizzabili con facilità in un mercato libero e concorrenziale; in caso di posizioni monopolistiche o oligopolistiche con possibilità di pratiche collusive e allineamenti di posizione che frustrano le legittime aspettative dei consumatori, invece, il raggiungimento dei menzionati risultati non è altrettanto facile⁶⁰.

In questo scenario, non molto diverso da quello attuale dei mercati bancari e finanziari, il legislatore è tentato di integrare le regole di trasparenza con qualche norma che si spinge oltre la mera definizione delle regole del gioco, per realizzare direttamente obiettivi di tutela sostanziale. Da qui la trasparenza finisce per riflettere esigenze diverse: non solo quelle di chiarezza, correttezza e certezza, ma anche quelle di equità. Al riguardo è stata prospettata l'opportunità di attribuire il compito di integrare il riequilibrio sostanziale alle norme in tema di clausole abusive, piuttosto che a quelle che impongono la trasparenza delle condizioni contrattuali⁶¹.

Anche se non costituisce l'obiettivo primario, sarebbe comunque ingenuo negare che l'innalzamento della qualità delle informazioni è strumento attraverso cui tendere al riavvicinamento delle posizioni sostanziali, seppur da solo non sarà mai in grado di conseguire tale risultato. Tuttavia, neppure la semplice eliminazione delle clausole abusive nei contratti con una parte debole, in sé, è in grado di ristabilire un pieno equilibrio contrattuale. Dove permangono spazi di autonomia contrattuale, infatti, rivivono i medesimi problemi di disparità di forza. Sembra allora che

⁶⁰ A. TIDU, *op. cit.*, p. 1 ss.

⁶¹ E. GUERINONI, *op. cit.*, p. 262: «Parte della dottrina ha evidenziato un collegamento fra le disposizioni dell'art. 1341 c.c. con il problema della trasparenza».

solo un'adeguata disciplina di trasparenza sia in grado di completare l'opera primariamente affidata alla disciplina delle clausole abusive⁶².

La prospettiva economica dell'efficienza del mercato e la prospettiva giuridica dell'equità del rapporto contrattuale si intrecciano e si saldano tra loro come precondizioni necessarie all'utilità sociale, ovvero lo sviluppo virtuoso del mercato e la tutela del risparmio in tutte le sue forme (finalità indicate nel richiamato art. 47 Cost.)⁶³. Utile al conseguimento di questa finalità ultima è il raggiungimento della simmetria informativa attraverso specifici obblighi informativi, nati dai generali principi di buona fede oggettiva e correttezza e poi eretti a corpo di norme speciali.

Per rendersi conto di ciò è necessario approfondire le scelte concrete che sono state attuate nel settore bancario, per verificare come la scelta politica di fondo possa condizionare la necessità di una disciplina sulla trasparenza e le modalità con cui essa opera. La concorrenzialità invero non è un valore da sempre accolto in questo ambito come strumento per conseguire l'utilità sociale. La legge bancaria del 1936, attenta soprattutto alla stabilità delle banche, considerava la concorrenza come un fattore di instabilità, per cui non si interessava alla predisposizione di regole di trasparenza che agevolassero il grado di comprensibilità e di comparabilità dei prodotti per i clienti. Solo con il t.u. banc. del 1993 la concorrenzialità del mercato diviene un obiettivo da perseguire accanto alla stabilità, per cui si è sentita la necessità di prevedere disposizioni che eliminassero l'opacità dei

⁶² P. CARRIERE, M. BASCELLI, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: le nuove regole della Banca d'Italia*, in *Contratti*, 2009, p. 619 ss.

⁶³ Cfr. F. SARTORI, *Autodeterminazione e formazione eteronoma del regolamento negoziale. Il problema dell'effettività delle regole di condotta*, consultabile sul sito www.ilcaso.it, doc. n. 159/2009.

prodotti, con emersione vigorosa dello stretto legame tra concorrenza e trasparenza, ove per incoraggiare l'una si avverte la necessità dell'altra⁶⁴.

Da un lato si assiste ad una valorizzazione delle potenzialità del singolo che viene posto nelle condizioni di rendere effettiva la sua capacità di autodeterminazione: tutelando il potere di autodeterminazione privata viene tutelato il contratto, ma è una tutela del contratto perché «*funzioni come contratto*»⁶⁵, mezzo di scambio negoziato e dunque, in ultima istanza, tutela dell'effettivo ed efficiente funzionamento del mercato; una disciplina che guarda al «*soggetto per il mercato*»⁶⁶.

La scelta di fondo è la stessa che si scorge a livello europeo nelle varie direttive che regolamentano i mercati finanziari⁶⁷. Anche qui, però, la natura dei prodotti, la ripartizione asimmetrica delle informazioni, l'elevato grado di tecnicismo, il ricorso frequente nella contrattazione agli usi bancari, la predisposizione unilaterale delle condizioni contrattuali da parte del soggetto forte, fanno sorgere un'esigenza di protezione del singolo accanto a quella di stabilità e concorrenzialità che riguarda il sistema.

⁶⁴ Sul punto si rinvia a R. COSTI, *L'ordinamento bancario*⁵, Bologna, 2012.

⁶⁵ G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore ed autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, I, p. 19.

⁶⁶ S. MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 45.

⁶⁷ Si è espresso in termini espliciti il legislatore nella direttiva dell'allora Comunità Europea nella direttiva richiamata secondo cui la disciplina della trasparenza si inserisce nell'alveo di una politica economica condotta conformemente al principio di economia di mercato aperta e in libera concorrenza: v. art. 19, co. 3, secondo cui «*ai clienti o potenziali clienti vengono fornite [...] informazioni appropriate sull'impresa di investimento e sui relativi servizi, sugli strumenti finanziari e sulle strategie di investimento proposte compresi opportuni orientamenti e avvertenze sui rischi associati agli investimenti relativi a tali strumenti o a determinate strategie di investimento, sulle sedi di esecuzione, e sui costi di oneri connessi, cosicché essi potranno ragionevolmente comprendere la natura del servizio di investimento nonché i rischi ad essi connessi e, di conseguenza, possono prendere le decisioni in materia di investimenti con cognizione di causa*».

Il legislatore si trova a dover sciogliere la dialettica esprimendo una preferenza di ordine gerarchico tra gli obiettivi che costituisca criterio ordinante nell'interpretazione delle norme. Se nel mercato mobiliare, come anche in materia di pratiche commerciali scorrette, la volontà legislativa è di servirsi della trasparenza per intervenire nel mercato anche alla luce degli indici univoci provenienti dalla lettura delle direttive europee, la recente modifica del Titolo VI del t.u. banc. sembra affinare ulteriormente il principio di trasparenza.

L'impressione è quella di trovarsi di fronte ad una svolta privatistica della materia di cui occorre chiarire significato e portata.

Lo spunto di riflessione viene dal nuovo art. 127, co. 01, t.u. banc. che sancisce che *«le Autorità creditizie esercitano i poteri previsti dal presente titolo avendo riguardo, oltre che alle finalità indicate nell'art. 5, alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza delle relazioni tra gli intermediari e la clientela»* precisando altresì che a tali fini possono essere dettate anche disposizioni in materia di organizzazione e controlli interni degli intermediari.

Tale modifica, secondo gli interpreti, non comporta una equiparazione del principio di trasparenza con le finalità generali della vigilanza, ovvero la sana e prudente gestione, la stabilità complessiva e l'efficienza e la competitività del sistema finanziario. Ciò per due ordini di motivazioni: da un lato, per la strumentalità del principio di trasparenza rispetto alle finalità generali della vigilanza e, dall'altro, per la limitazione settoriale della finalità di trasparenza all'applicazione del Titolo VI. Si tratta senza dubbio di un principio che conferisce espressa valenza pubblicistica alla trasparenza

bancaria⁶⁸, tanto che in caso di violazione operano i rafforzati poteri inibitori previsti dall'art. 128-ter, t.u. banc.

Ai tradizionali obiettivi pubblicistici di mercato vediamo con forza accostata una nuova finalità: la trasparenza in sé e la correttezza dei rapporti contrattuali. Lo spessore di tale novità emerge ancor più dalla stessa collocazione sistematica della disposizione, che non si situa all'interno dell'art. 5, immaginabile quale sua sede naturale, bensì nel Titolo VI, dedicato alle norme di trasparenza; corollario di questa disposizione è il riconoscimento di un'autonomia della trasparenza e della correttezza delle relazioni tra clienti e intermediari rispetto agli scopi enucleati dall'art. 5, con una demarcazione più netta tra l'ambito pubblico (e gli obiettivi ad esso correlati) e la dimensione privata dei rapporti.

La formulazione letterale dell'articolo richiamato sembra svincolare la trasparenza e la tutela della clientela dalla concorrenza nel sistema e con ciò, implicitamente, si ribadisce che la *consumer protection* e la competitività sono valori distinti, non necessariamente legati da un vincolo di strumentalità e interdipendenza: seppur talvolta sovrapponibili, non mancano le ipotesi di contrasto tra dette finalità, da cui ne emerge il discrimine⁶⁹; ciò riflette una

⁶⁸ A. ZOPPINI, *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, p. 27, che da' prevalenza all'obiettivo generale di tutela dell'integrità del mercato.

⁶⁹ E. BRODI, *op. cit.*: «Nonostante vi siano condotte che, calate nel contesto concreto, favoriscano - o viceversa, ostacolino - solo uno tra i due obiettivi di concorrenza e di consumer welfare, si è discusso per lungo tempo, come già ricordato, sulla possibilità di ritenere la protezione del consumatore automaticamente garantita dall'applicazione delle norme antitrust. [...] Tuttavia, come osservato dalla dottrina, l'applicazione della normativa antitrust richiede di porre l'attenzione all'incidenza delle condotte sul benessere dei consumatori, solo nella misura in cui ciò significhi, più in generale, tenere conto dell'impatto dei comportamenti dell'impresa sul mercato. Questo infatti, è l'approccio attualmente adottato, detto anche "approccio economico".

L'attenzione per le conseguenze prodotte sul versante consumatori, non conduce, tuttavia, la normativa antitrust ad assumere quale proprio fine ultimo la tutela dell'interlocutore dell'impresa.

presa di posizione consapevole del legislatore sulla scissione e autonomia delle finalità, con la conseguente opportunità che una scelta in merito venga compiuta.

Considerate tali premesse, le nuove regole di trasparenza valorizzate in sé stesse, come obiettivo da perseguire, e poste in rapporto più stretto con la dimensione privata della materia.

Sotto la spinta di tendenze differenti, nel settore bancario il legislatore sembra aver deciso di percorrere la strada della tutela del consumatore⁷⁰. Al riguardo, tuttavia, occorre svolgere alcune precisazioni in quanto nella stessa nozione di consumatore si riscontra un processo evolutivo. Il consumatore non deve essere inteso come soggetto necessariamente debole, ma come un operatore che si pone in un rapporto di tendenziale parità con l'operatore professionale⁷¹; il presupposto di questa impostazione è proprio la

Ciò significa, anzi, che obiettivo della disciplina in parola è quello di garantire la concorrenza come processo dinamico, in fieri, che ove raggiunto si ritiene possa portare benefici anche per l'utenza del professionista».

⁷⁰ E. MINERVINI, *La trasparenza contrattuale*, in *Contratti*, 2011, p. 977: «[...] si ritiene in dottrina che il nuovo art. 127, t.u. banc., segni lo sganciamento definitivo della trasparenza dalla tutela della concorrenzialità del mercato, con la conseguenza che la trasparenza avrebbe la sola funzione di protezione dei clienti e dei consumatori»; A. NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla "consulenza" nell'erogazione del credito?*, in *Atti del Convegno "Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?"* (San Miniato, 22-23 ottobre 2010), Torino, 2010: «Tradizionalmente alla trasparenza si assegna un ruolo sia di protezione di chi contrae con l'impresa sia di innalzamento del tasso di concorrenzialità del mercato. Orbene, l'aver collocato ora la tutela della trasparenza in posizione distinta rispetto alla tutela dell'efficienza e competitività del mercato bancario potrebbe intendersi nel senso di uno "sganciamento" fra i due obiettivi e quindi nel senso dell'assunzione della tutela della trasparenza (e della correttezza) in funzione esclusivamente della protezione della clientela in quanto tale».

⁷¹ «La questione della presunta "debolezza" del consumatore, in realtà, dovrebbe essere affrontata mediante la distinzione tra la debolezza socio-economica, che caratterizza strutturalmente un soggetto o una classe di soggetti, e la debolezza contrattuale, soprattutto sotto il profilo dell'asimmetria informativa, in cui può trovarsi qualsiasi soggetto relativamente a certi atti e rispetto a determinate controparti, a prescindere dal proprio status socio-economico», così E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1151. Sul punto si rinvia anche a A.M.

predisposizione di un insieme di norme di trasparenza (e non solo) volte ad appianare l'asimmetria informativa che altrimenti sarebbe strutturale. Al ripristino postumo dell'equilibrio contrattuale violato a causa della congenita posizione d'inferiorità del consumatore, la nuova disciplina predilige la preventiva rimozione delle condizioni strutturali di debolezza anche informativa, nella fase antecedente la conclusione del contratto perché le parti possano consapevolmente concordare un regolamento di interessi equilibrato.

Non mancano, come vedremo, gli interventi legislativi eteronomi nel contenuto del contratto, oggetto specifico della presente trattazione, né il ripristino *ex post* delle condizioni violate, ma il perno della disciplina di trasparenza punta sulla consapevolezza e sulla libertà del contraente, ponendolo in una posizione di sovranità nell'ambito del mercato, secondo l'inclinazione europea.

Nel nostro ordinamento nazionale questa prospettiva è più una linea di tendenza che una prassi consolidata. Certo, però, ne troviamo traccia proprio nel Titolo VI, Capo I, dedicato alla disciplina di trasparenza in generale per tutte le operazioni e i servizi bancari. La nozione di "destinatario" di tali norme è andata ampliandosi e svincolandosi dalla definizione di consumatore in senso stretto⁷², per assumere contorni più sfumati che lo portano a ricomprendere, in maniera più generica, il "soggetto di mercato": si assiste al passaggio dalla tutela del «consumatore» alla tutela della «clientela».

AZZARO, *Tutela del «consumatore» e regolazione del mercato*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 237 ss. e P. BONOFILIO, *L'ambito di applicazione dell'art. 1469-bis c.c.*, in *Nuova giur. civ.*, 2003, I, p. 178 ss.

⁷² Consumatore come: «persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta».

La nuova disciplina, quindi, si rivolge indistintamente alla clientela bancaria⁷³. Il legislatore, tuttavia, nella consapevolezza che un eccesso di omogeneizzazione negli adempimenti può risolversi in un aggravio ingiustificato di costi della contrattazione per quelle fasce di clientela che già detengono determinate competenze o un presumibile livello di esperienza, ha reintrodotto un certo grado di differenziazione tra i destinatari, con correlativi obblighi di trasparenza, sulla base del principio di proporzionalità. È in quest'ottica che, sull'esempio della disciplina dei servizi di investimento, si trovano accanto a "clienti", i "clienti al dettaglio" e i "consumatori" in senso stretto.

La nozione di consumatore in senso stretto come destinatario delle regole di trasparenza viene preservato nel Capo II del Titolo VI, rubricato "*Il credito ai consumatori*".

In questo settore più specifico⁷⁴, l'esigenza di protezione della parte strutturalmente debole, sia sul piano economico sia su quello informativo viene avvertita con maggior pregnanza, tanto che la normativa specifica è da sempre più focalizzata su interventi legislativi di riequilibrio sostanziale delle parti contraenti, andando oltre la mera definizione delle regole del gioco o la preventiva valorizzazione della capacità di scelta del singolo.

⁷³ U. MORERA, *Sulla nozione di "cliente della banca"*, in *Vita not.*, 1995, p. 590 ss.; P. GAGGERO, *A proposito della definizione del "cliente della banca"*, in *Econ. e dir. terz.*, 1996, p. 771 ss.; V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, p. 115 ss.; G. ALPA, *La riformulazione delle condizioni generali dei contratti delle banche*, in *Contratti*, 1996, p. 5 ss.

⁷⁴ G. CARRIERO, *op. cit.*, *ibidem*; A. SOMMA, *Autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 597 ss.; G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, p. 110; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 229 ss.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss.; G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002.

In considerazione delle precisazioni che precedono, sembra dunque potersi concludere che la disciplina della trasparenza bancaria antepone la tutela della clientela alla tutela dell'efficienza di mercato e si spinge un poco oltre nella direzione di valorizzare la trasparenza come bene in sé, come valore-fine e non solo come mezzo per la realizzazione di uno scopo ulteriore.

4. Trasparenza e contenuto dei contratti bancari: la disciplina previgente al t.u. banc.

In materia di contratti bancari, l'accoglimento del richiamato principio di trasparenza ha rappresentato «*l'occasione per operare radicali trasformazioni*»⁷⁵, come già aveva intuito Pietro Rescigno riconoscendo la «*singolare fortuna*» del termine cui attribuiva la «*capacità di investire ed illuminare settori che sembravano connotati dalla impenetrabilità e dal mistero*»⁷⁶. Nel settore dei contratti bancari l'originaria disciplina che esaltava le regole del libero mercato (a discapito della protezione dei risparmiatori), è stata lentamente sostituita da quella contenuta nella legge bancaria del 1938⁷⁷, anch'essa per la verità risultata scarsamente protettiva nei confronti della clientela.

Ciò probabilmente è dovuto al contesto storico-sociale in cui è stata emanata: il clima politico del tempo aveva fatto sì che le attenzioni del legislatore fossero rivolte principalmente alla garanzia della stabilità del mercato, anche a costo di sacrificare gli interessi del singolo⁷⁸.

Di particolare interesse per l'oggetto della presente indagine è una norma contenuta in tale legge - l'art. 32⁷⁹ - considerata «*il precedente storico*

⁷⁵ Così G. TUCCI, *Verso la tipizzazione dei contratti bancari*, in *Contratti*, 1995, p. 325.

⁷⁶ P. RESCIGNO, *op. cit.* p. 297 ss.

⁷⁷ L. 7 marzo 1938, n. 141, in *Suppl.* n. 61 alla G.U. 15 marzo 1938.

⁷⁸ G. TUCCI, *op. cit.*, p. 325.

⁷⁹ Co. 1, lett. b) e c), l. 7 marzo 1938, n. 141.

probabilmente più immediato»⁸⁰ dell'art. 117, co. 8, e «una delle rare ipotesi previste nel nostro ordinamento di controllo amministrativo dei contratti»⁸¹.

Secondo tale disposizione infatti *«le aziende di credito devono attenersi alle istruzioni che la Banca d'Italia comunicherà, conformemente alle deliberazioni del comitato interministeriale del credito e del risparmio, relativamente:*

a)...

b) ai limiti dei tassi attivi e passivi ed alle condizioni delle operazioni di deposito e di conto corrente;

c)...».

In relazione all'ambito di applicazione oggettivo della norma, ciò che emergeva dalla lettura di essa era il riferimento espresso a soltanto due delle diverse operazioni bancarie note alla prassi. Tale restrizione era stata giustificata intravedendo in essa proprio la finalità di tutela dei risparmiatori: era stato ritenuto, infatti, coerente con tale *ratio* il fatto che il potere di intervento della Banca d'Italia riguardasse esclusivamente le due operazioni fondamentali passive di raccolta (il deposito e il conto corrente) e «*significativo*» il fatto che non fosse «*contemplato simmetricamente un controllo sulle condizioni delle principali operazioni attive, come l'apertura di credito o l'anticipazione o lo sconto*»⁸². Tale giustificazione, però, era stata contestata da

⁸⁰ Così A. NERVI, *Autorità amministrative e potere autoregolamentare nella predisposizione dei contratti. Riflessioni sull'art. 117, 8 co., T.U. banc.*, in *Banca e finanza tra imprese e consumatori*, a cura di A. Guaccero e A. Urbani, Bologna, 1999, p. 240.

⁸¹ Parole di M. PORZIO, *Il controllo amministrativo sulle condizioni dei contratti bancari*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, I, p. 141 ss., in cui si dà atto di come il tema fosse stato oggetto di particolare attenzione in occasione del convegno di studi organizzato dal Banco di Chiavari e dalla Riviera Ligure, con la collaborazione scientifica di CIDIS, tenutosi a Camogli il 12, 13 e 14 maggio 1977, i cui atti sono poi stati pubblicati con titolo *Controlli Bancari*, Napoli, 1978. In generale, sull'interpretazione dell'espressione «*controllo amministrativo*», si veda anche C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977.

⁸² Così G. GABRIELLI, *Controllo pubblico e norme bancarie uniformi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1977, I, p. 257 ss.

chi, invece, non sembrava persuaso dal considerare il conto corrente come un'operazione esclusivamente passiva⁸³; ed infatti, nel contesto storico contemporaneo alla legge bancaria, era già ben nota la distinzione tra conti correnti attivi e passivi⁸⁴ e l'esistenza dei conti correnti di corrispondenza, tanto che alcuni interpreti avevano già dedicato ampi approfondimenti alla figura dell'apertura di credito in conto corrente⁸⁵. Conseguentemente, pareva che alla norma potesse darsi un'interpretazione estensiva, nel senso di considerare il riferimento al conto corrente come inclusivo anche dei conti attivi e di quelli di corrispondenza. Permaneva, invece, la limitazione rispetto alla quale alcuni interpreti si sono detti «*sorpresi*»⁸⁶: l'impossibilità di ricondurre nell'alveo dei poteri in parola anche lo sconto e le anticipazioni. Le ragioni del mancato riferimento a tali figure contrattuali non sono note e il tentativo di ricercarle sarebbe stato «*probabilmente un'impresa destinata all'insuccesso e forse inutile*»⁸⁷.

Era apparsa, invece, più opportuna l'indagine sulla portata dei poteri attribuiti alla Banca d'Italia derivanti dalla lettura congiunta della lett. b) e

⁸³ Così M. PORZIO, *op. ult. cit.*, p. 143, secondo cui «*l'affermazione che il conto corrente bancario sia da catalogare tra le operazioni passive della banca, infatti, non è certamente vera oggi che il conto corrente tende a diventare forma generalizzata di tutti i rapporti bancari, ma non è sostenibile neanche se volessimo interpretare la norma tenendo presente la prassi e il linguaggio dell'epoca*».

⁸⁴ Si vedano, ad esempio, P. D'ANGELO, *Trattato di tecnica bancaria*, II, Milano, 1917; U. CAPRARA, *Le banche commerciali, aspetti formali di tipiche operazioni*, Milano, 1939.

⁸⁵ Si consideri al riguardo la monografia di J. REZZARA, *Dell'apertura di credito in conto corrente*, Torino, 1926 e gli approfondimenti di F. CARNELUTTI, *Note sulla funzione del conto corrente*, in *Studi di diritto commerciale*, Roma, 1917. Secondo M. PORZIO, *op. ult. cit.*, p. 144, infatti, «*Sarebbe, quindi, far torto alla cultura dei compilatori della legge bancaria ritenere che con l'espressione "deposito e conto corrente" volessero solo indicare "il deposito a risparmio e in conto corrente (o conto corrente passivo)". Del resto, basterà guardare la soluzione adottata dal codice civile (testo quasi contemporaneo alla legge bancaria) in tema di conto corrente bancario, per rendersi conto della insostenibilità della tesi proposta, anche alla luce di una interpretazione storica della disposizione*».

⁸⁶ M. PORZIO, *op. ult. cit.*, p. 145.

⁸⁷ Continua così M. PORZIO, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

della successiva lett. c) ove il potere di intervento dell’Autorità veniva esteso anche «*alle provvigioni per i diversi servizi bancari*».

Da ciò emergeva un duplice snodo dei poteri attribuiti all’Autorità di vigilanza: un potere di intervento relativamente alle «*provvigioni*» e dunque al prezzo che si riferiva in generale ai «*diversi servizi bancari*», di portata più ampia rispetto all’altro, relativo ai «*tassi attivi e passivi*» e alle altre «*condizioni*», riferito soltanto alle figure del deposito e del conto corrente. Al riguardo, era stato messo in luce, in particolare, come il potere di intervento relativo al prezzo, se interpretato letteralmente, e quindi come riferito soltanto ai servizi bancari, avrebbe portato a dei risultati inidonei a giustificare i poteri attribuiti alla Banca d’Italia, la quale sarebbe risultata legittimata ad intervenire su qualsiasi servizio bancario, quindi anche su «*servizi di scarso rilievo*», ma non invece «*per operazioni fondamentali come lo sconto*»⁸⁸ in quanto non «*servizi*». In aggiunta a ciò, era stato messo in luce altresì come le *Istruzioni* della Banca d’Italia emanate ai sensi della lett. b), relativamente alle singole operazioni, avrebbero potuto essere facilmente eluse, privando così del suo significato la disposizione medesima, attraverso l’eliminazione dal contratto del regolamento in conto corrente; ed è così che dei poteri relativi alle provvigioni era stata data una lettura estensiva che affermava il potere del CICR e della Banca d’Italia «*su tutta l’attività contrattuale tipica delle aziende di credito*»⁸⁹.

Il dettato della lett. b), inoltre, nella parte in cui contemplava i «*tassi*», ovvero gli interessi, conteneva anch’esso un riferimento ad un aspetto remuneratorio del contratto, circoscritto però ai contratti di credito, tipici contratti di durata, e non in generale a ogni servizio offerto dalle banche, come invece accadeva per le «*provvigioni*». Le previsioni di cui alle lett. b) e c)

⁸⁸ M. PORZIO, *op. ult. cit.*, p. 146.

⁸⁹ M. PORZIO, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

erano state dunque interpretate nel senso dell'attribuzione alla Banca d'Italia di poteri diversi a seconda che essa intendesse emanare istruzioni relative ai contratti bancari di credito (attivi o passivi che fossero) oppure istruzioni relative agli altri servizi della banca: relativamente alla prima ipotesi, si era ritenuto che i poteri dell'Autorità inerissero a tutto il contenuto dei contratti.

Al riguardo, è l'interpretazione data alle «*condizioni*» di contratto ad assumere particolare importanza per un confronto tra la disciplina previgente e quella attuale in relazione ai poteri attribuiti all'Autorità: secondo gli interpreti, infatti, all'Autorità di vigilanza era stato attribuito il potere di «*vietare la conclusione di determinati tipi contrattuali, imporre o vietare l'inserimento di determinate clausole e nulla esclude che le istruzioni possano anche consistere nel dettare un completo regolamento contrattuale tipo, direttamente, o attraverso l'approvazione di schemi contrattuali predisposti dalle aziende di credito o dalle loro associazioni di categoria*»⁹⁰. Si è ritenuto, infatti, che l'art. 32 consentisse «*un controllo amministrativo preventivo sul contenuto dei contratti*»⁹¹.

I poteri derivanti dalla lett. c), invece, erano da ritenersi limitati alla determinazione delle provvigioni e tale interpretazione appariva «*coerente con l'impianto generale della legge che le operazioni bancarie di credito (essenziali) possono essere soggette ad una più diffusa disciplina rispetto ai servizi (accessori)*»⁹².

Un altro aspetto da considerare è quello dei rimedi ritenuti applicabili alla violazione delle *Istruzioni* dettate dalla Banca d'Italia. Secondo alcuni, potevano essere inflitte (a carico degli istituti di credito e dei loro dipendenti)

⁹⁰ M. PORZIO, *op. ult. cit.*, p. 148, ove si fa riferimento anche all'utilizzo che della lett. b) dell'art. 32 ha fatto l'Ispettorato del credito al fine di proibire alle banche il c.d. «*concordato bancario di titoli di credito*» (Disposizione 3 giugno 1936, G.U. 26 giugno 1936). Per ulteriori approfondimenti si veda F. MESSINEO, *Il comodato bancario (prestito di titoli al portatore)*, in *Operazioni di banca e borsa*³, Milano, 1966, p. 277 ss. e M. PORZIO, *L'anticipazione bancaria*, Napoli, 1964, p. 136 ss.

⁹¹ M. PORZIO, *Il controllo amministrativo sulle condizioni dei contratti bancari, cit.*, p. 149.

⁹² M. PORZIO, *op. ult. cit.*, p. 147.

soltanto sanzioni, non trovando applicazione, invece, i rimedi incidenti sulla regolazione dei rapporti tra banca e cliente (con conseguente scarso vantaggio per il consumatore); secondo altri, invece, la difformità delle clausole contrattuali rispetto alle previsioni dettate dalla Banca d'Italia incideva sulla validità dei contratti.

Altra questione affrontata dagli interpreti era stata quella dell'applicabilità o meno, ai contratti oggetto di determinazione contenutistica da parte della Banca d'Italia ai sensi dell'art. 32 in analisi, dell'art. 1339 c.c., rubricato «*Inserzione automatica di clausole*». Come noto, quest'ultima, è una norma di riferimento per la conformazione dei contratti con quanto imposto in via autoritativa, la quale, nella sua vecchia formulazione, sanciva che «*le clausole, i prezzi di beni o di servizi imposti dalla legge⁹³ sono di diritto inseriti nel contratto anche in sostituzione delle clausole difformi disposte dalle parti*».

In particolare, l'applicabilità di tale norma sembrava doversi escludere per due ordini di ragioni. In primo luogo poiché si riteneva che l'art. 1339 c.c. fosse una norma applicabile soltanto ad ipotesi di leggi speciali contenenti una previsione espressa della nullità quale rimedio alla loro violazione (previsione che, invece, difettava nel testo della legge bancaria⁹⁴). A tale obiezione, tuttavia, è stata contrapposta la considerazione, fondata sulla *ratio* della norma, secondo cui la necessità della previsione espressa della nullità da parte di leggi speciali, quale presupposto per l'applicabilità dell'art. 1339 c.c., svuoterebbe di significato l'esistenza stessa di questa previsione quale norma generale del codice civile⁹⁵.

⁹³ Nel testo vigente, il riferimento è anche alle norme corporative.

⁹⁴ Cfr. M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974, p. 222 ss.

⁹⁵ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 34 ss.

Neppure l'esistenza di altre sanzioni era sembrata idonea a fondare l'esclusione della nullità, laddove già sotto il vigore del codice civile del 1965 - in cui per di più non era rintracciabile una norma simile all'art. 1339 - era stata sostenuta la piena conciliabilità delle sanzioni amministrative o penali con quella civilistica della nullità la quale, si era sostenuto, «avrebbe dovuto essere esclusa dalla norma stessa ove il legislatore avesse avuto tale intendimento»⁹⁶.

La seconda obiezione, invece, è stata fondata sul dato letterale dell'art. 1339 c.c. che fa riferimento soltanto alle disposizioni di legge e non anche a disposizioni di carattere amministrativo: anche tale obiezione è parsa superabile da chi ha ritenuto l'estensione della previsione di cui all'art. 1339 «ad ogni atto diverso dalla legge, purché però ad esso rinvii una legge formale»⁹⁷.

Le considerazioni ostative all'applicabilità dell'art. 1339 c.c. alle clausole contrattuali in contrasto con le indicazioni di contenuto dettate dalla Banca d'Italia sembravano dunque fragili e sembrava invece ammissibile la soluzione per cui le *Istruzioni* dettate dalla Banca d'Italia si sarebbero inserite di diritto nel contenuto del contratto stipulato tra la banca e il cliente, anche in sostituzione di quelle difformi o incompatibili con esse.

Al riguardo, tuttavia, era già stato prospettato il forte timore che una siffatta soluzione avrebbe attribuito all'Autorità di vigilanza un potere che sarebbe andato ben al di là del semplice controllo sul contenuto dei contratti stipulati dalle banche: «lo stesso contenuto del contratto sarebbe imposto alle parti in nome dell'interesse generale che presiede al governo del credito»⁹⁸; e ciò a discapito del «sacrificio eventuale o alla soddisfazione indiretta che l'interesse del

⁹⁶ In questo senso A. GRAZIANI, *Disciplina legislativa del fido bancario*, nota a Trib. Perugia, 16 aprile 1929, in *Foro it.*, 1939, I, p. 215 ss.

⁹⁷ È questa l'opinione di R. SACCO, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1975, p. 795.

⁹⁸ M. PORZIO, *op. ult. cit.*, p. 155.

cliente potrebbe conseguire»⁹⁹. Anche se, in considerazione della molteplicità e diversità degli elementi contenutistici dei contratti che l’Autorità avrebbe potuto indicare, era stata auspicata «una indagine caso per caso per stabilire se le singole istruzioni comportano effettivamente “condizioni o prezzi imposti” e non si limitino a dare direttive alle aziende di credito circa i comportamenti da tenere nella gestione dei contratti»¹⁰⁰.

Per quanto riguarda poi le finalità della norma in analisi, da una parte, vi era chi riteneva che le attribuzioni di potere a favore della Banca d’Italia rispondessero alla necessità di attribuire alla Banca d’Italia strumenti per la regolazione del mercato del credito¹⁰¹; d’altra parte, invece, vi era chi interpretava la disposizione come volta soltanto a regolare la concorrenza tra le aziende di credito¹⁰². Si noti, però, che nessuna di queste due finalità contemplava, in modo espresso, esigenze di protezione del consumatore, i cui interessi erano considerati subordinati alla preminente necessità di governo della liquidità e del credito. Si riteneva, infatti, che soltanto la tutela di tali interessi primari avrebbe potuto spingere l’Autorità di vigilanza all’esercizio dei poteri discrezionali ad essa attribuiti, non già l’interesse del consumatore in sé e per sé considerato, riflesso dei più ampi obiettivi di politica economica generale.

Tra gli interpreti dunque non sembravano esserci dubbi circa il fatto che le attribuzioni conferite alla Banca d’Italia dall’art. 32 rispondessero a finalità generali di protezione del mercato senza considerare, almeno non in via principale, esigenze di tutela della clientela. Si è trattato, in particolare, di

⁹⁹ M. PORZIO, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

¹⁰⁰ M. PORZIO, *op. ult. cit.*, p. 155.

¹⁰¹ In questo senso F. MERUSI, *Problemi pubblicistici della legislazione bancaria*, in *L’ordinamento del credito fra due crisi*, a cura di P. Vitale, Bologna, 1977, p. 132; E. MONTANARO, *La disciplina dei saggi bancari*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 1671.

¹⁰² Così G. MOLLE, *Considerazioni sulle norme bancarie uniformi*, in *Bancaria*, 1979, p. 237.

un orientamento il cui fondamento è stato rinvenuto nella diversa funzione che le norme della legge bancaria sarebbero chiamate a svolgere: attribuire alle autorità di settore strumenti di governo della stabilità del sistema creditizio e del mercato del credito, a fronte del quale *«l'interesse del consumatore...in concreto troverà soddisfazione solo se strumentale o coincidente con l'interesse al governo della liquidità e del credito»*¹⁰³.

Tale interpretazione è stata anche sostenuta dalla Suprema Corte di Cassazione¹⁰⁴, la quale ha posto a fondamento della propria decisione la considerazione per cui la finalità primaria dei poteri di cui alla norma in esame non era la tutela del contraente debole, riguardando l'istruzione emanata dalla Banca d'Italia *«esclusivamente i rapporti tra Ispettorato e l'azienda di credito»*, il che *«comporta cioè un obbligo al quale deve sottostare quest'ultima, ma non spiega di per sé effetti nel confronto di privati contraenti che la ignorano»*¹⁰⁵.

Probabilmente sono state proprio le convinzioni richiamate a determinare l'inattuazione della disposizione in parola. Al riguardo, però, occorre richiamare anche l'opinione di chi metteva in luce come fosse *«noto»* che la legge bancaria fosse *«avara di spunti teleologici, essendo impostata secondo un'articolazione per poteri piuttosto che espressamente per funzioni»*, fino a ritenere che il governo del credito e della liquidità non fosse perciò in linea di principio *«incompatibile con la tutela del "contraente debole" dei contratti bancari»*¹⁰⁶.

Tale rilievo critico ha generato il *«sospetto che non la ritenuta estraneità ai fini perseguiti dal legislatore del '36 abbia costituito componente essenziale del*

¹⁰³ M. PORZIO, *loc. ult. cit, ibidem*.

¹⁰⁴ Cass., 17 dicembre 1951, n. 2836, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1952, II, p. 367 ss., con nota di A. DE MARTINI, *Condizioni generali di contratto imposte o approvate dall'autorità e disciplina delle clausole vessatorie nei contratti per adesione*.

¹⁰⁵ P. 375 della sentenza citata nella nota che precede.

¹⁰⁶ V. MEZZACAPO, *Commenti sub art. 32 l.b.*, in *Codice commentato della banca*, a cura di F. Capriglione e V. Mezzacapo, Milano, 1990, I, p. 336.

cennato giudizio valutativo delle autorità, quanto piuttosto il timore che l'attuazione dell'art. 32 potesse alterare una delle fondamentali regole del gioco sottese ai meccanismi di controllo sul sistema bancario: quella che esclude interventi limitativi dell'autonomia negoziale in quanto capaci di incidere, direttamente o indirettamente, sullo statuto di impresa che caratterizza, in ogni latitudine, l'attività bancaria. Ora, se così è, appare evidente il mutamento culturale sotteso al superamento di tale indirizzo da parte dell'autorità»¹⁰⁷.

Dal rilievo per cui «con il promuovere maggior informazione vengono insieme perseguiti il fine di equità, che richiede la protezione del contraente "debole", e il fine di efficienza del sistema bancario e finanziario»¹⁰⁸ emerge, in via autentica, l'assenza di ogni contrasto tra tutela della parte più debole del contratto e regime dell'impresa.

Si è ritenuto, dunque, che l'art. 32, l.b., attribuisse all'Autorità di vigilanza un potere conformativo in materia di contratti bancari¹⁰⁹.

Ciononostante, risulta invariato il dato sostanziale per cui siffatto potere è risultato non solo poco incisivo (prestando il fianco alla sempre più diffusa standardizzazione dei contratti bancari), ma soprattutto sorretto da finalità molto diverse da quelle che sarebbero alla base dell'art. 117, co. 8, t.u. banc.

Ciò, in primo luogo, emerge con evidenza dal contesto in cui le due norme sono state concepite. È stato precisato, infatti, che la "vecchia" legge del 1938 perseguiva «l'obiettivo di disciplinare il settore bancario e creditizio in un'ottica di tipo dirigistico alla quale erano del tutto estranei i profili della tutela del consumatore e, meno che mai, della creazione di un assetto concorrenziale

¹⁰⁷ G. CARRIERO, *Trasparenza bancaria, credito al consumo e tutela del contraente debole*, in *Foro it.*, 1992, V, p. 354 ss.

¹⁰⁸ C.A. CIAMPI, *Intervento dell'associazione bancaria italiana*, in *Banca d'Italia, Documenti*, n. 370, Roma, 1992, p. 2.

¹⁰⁹ G. CARRIERO, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

competitivo»¹¹⁰; al contrario, la finalità perseguita sembrava essere la creazione di un «*oligopolio amministrato*»¹¹¹ nel settore creditizio che si ponesse in rapporto di strumentalità con il raggiungimento degli obiettivi di politica economica. Ciò trova conferma nella circostanza per cui alla Banca d'Italia era attribuito il potere di imporre una conformazione anche in termini quantitativi, in relazione al *quantum* delle condizioni economiche praticate dagli operatori.

Nel 1965 Pietro Barcellona, con delle parole la cui attualità sembra essere rimasta invariata, commentava che «*se esiste un tempo propizio alla proposizione di determinati problemi giuridici, si può ben dire, senza tema di amplificazioni eccessive, che questo è il momento delle indagini sull'ammissibilità e il modo del controllo della libertà contrattuale*»¹¹²; da allora, infatti, si è assistito a un continuo susseguirsi di interventi normativi sulle condizioni generali di contratto, sul disequilibrio delle posizioni contrattuali delle parti, nonché sugli strumenti per proteggere il contraente debole dalla controparte imprenditoriale forte¹¹³.

Un primo tentativo di prestare una tutela più concreta ai risparmiatori fu compiuto dalla l. 1 marzo 1986, n. 64 sull'intervento straordinario del Mezzogiorno ¹¹⁴ che considerava necessario il raggiungimento della «*uniformità del trattamento praticato da aziende e istituti di credito*»¹¹⁵; benché l'uniformità di trattamento fosse un principio ancora lontano e diverso da

¹¹⁰ A. NERVI, *op. cit.*, p. 240.

¹¹¹ Così R. COSTI, *L'ordinamento bancario*⁵, Bologna, 1994, p. 59.

¹¹² P. BARCELLONA, *Sui controlli della libertà contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 580 ss.

¹¹³ Queste, le principali monografie pubblicate sul tema negli anni '70: V. ROPPO, *Contratti standard*, Milano, 1975; C. M. MAZZONI, *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Napoli, 1975; G. ALPA, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1977; C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977.

¹¹⁴ In G. U. del 14 marzo 1986, n. 61.

¹¹⁵ Art. 8 della richiamata l. 64/1986.

quello di trasparenza, in dottrina era stato saggiamente messo in luce come la norma abbia rappresentato «il primo impulso verso la completa trasformazione del sistema creditizio e, di riflesso verso il riconoscimento del principio di trasparenza»¹¹⁶.

È soltanto con la l. 17 febbraio 1992, n. 154 recante, appunto, «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari»¹¹⁷ che all'interno del nostro ordinamento si è assistito, sulla scia del legislatore dell'Unione Europea, alla piena affermazione del principio di trasparenza, sull'assunto che soltanto il cliente adeguatamente informato è in grado di scegliere in modo consapevole la banca cui rivolgersi e di valutare le condizioni e il contenuto del negozio giuridico che intende sottoscrivere. Per fornire al risparmiatore tali informazioni, è necessaria non solo la previsione di specifici doveri di informazione, ma anche la predeterminazione di alcuni particolari requisiti di forma e di contenuto del contratto. Tuttavia, le disposizioni dedicate al «contenuto dei contratti bancari» dell'art. 4, l. 154/1992 si limitavano soltanto ad elencare gli elementi che il testo contrattuale doveva obbligatoriamente contenere e quelli che, invece, non potevano essere presenti¹¹⁸; il legislatore del 1992, infatti, non si era spinto fino al punto di disciplinare i termini delle condizioni contrattuali praticate, avendo

¹¹⁶ G. TUCCI, *op. cit.*, p. 325. Sul punto si è soffermato anche F. MARTORANO, *Trasparenza e parità di trattamento nelle operazioni bancarie*, Banca, borsa, tit. cred., 1991, I, p. 703, che precisa come in realtà l'obbligo di trasparenza abbia valore strumentale rispetto al principio di parità di trattamento in quanto soltanto rendendo note al cliente le condizioni praticate è possibile assicurare il rispetto del richiamato principio.

¹¹⁷ In G.U. 24 febbraio 1992, n. 45.

¹¹⁸ Art. 4, l. 154/1992: «1. I contratti devono indicare il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora.
2. L'eventuale possibilità di variare in senso favorevole al cliente il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione deve essere espressamente indicata nel contratto con la clausola approvata specificamente dal cliente.
3. Le clausole contrattuali di rinvio agli usi sono nulle e si considerano non apposte.
4. Le clausole che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli resi pubblici sono nulle».

soltanto stabilito che «esse, qualunque cosa prevedessero, non potevano avere efficacia se non erano espressamente indicate nel contratto». Stante tale formulazione, per di più, appariva verosimile che i contratti bancari avrebbero potuto anche essere «*variati in senso sfavorevole al cliente*»¹¹⁹ purché ne fosse data a quest'ultimo, a pena di inefficacia, «*comunicazione scritta presso l'ultimo domicilio notificato*»¹²⁰. Si trattava, dunque, di norme che incidevano soltanto sui profili formali dei contratti e non sul loro contenuto sostanziale: il risultato raggiunto era al più quello di rendere conoscibili al cliente le condizioni applicategli, tanto favorevoli quanto sfavorevoli (richiamando il noto esempio di Alessandro Nigro già riportato¹²¹, non si impediva che uova marce fossero vendute, ma si imponeva soltanto di renderne edotto il cliente). Per di più, anche la stessa garanzia di forma risultava temperata dalla previsione secondo cui le comunicazioni aventi ad oggetto in modo generalizzato la struttura dei tassi potevano avvenire anche «*in modo impersonale tramite inserzione di appositi avvisi nella Gazzetta Ufficiale*»¹²². In ogni caso, soprattutto da un confronto con la disciplina previgente, il nuovo quadro legislativo risultava senz'altro in grado di offrire un livello maggiore di tutela ai risparmiatori.

Con il t.u. banc., invece, «*la trasparenza è perseguita non solo attraverso l'imposizione di obblighi di pubblicità e del rispetto di una forma contrattuale*

¹¹⁹ Art. 5, co. 1, della l. 154/1992. Tale disposizione era stata integralmente trasfusa nell'art. 117, co. 5, t.u. banc., comma che poi è stato soppresso dall'art. 3.1, d.lgs. 14 dicembre 2010, n. 218.

¹²⁰ Art. 5, co. 1, l. n. 154/1992.

¹²¹ Cfr. *supra* paragrafo 3.

¹²² Art. 5, co. 2, l. 154/1992.

predeterminata, ma anche e soprattutto con la previsione di una definizione in via amministrativa del contenuto dei contratti e dei titoli bancari»¹²³.

Il principio di trasparenza ha subito un'evoluzione che sembra riflettere il tentativo del legislatore di garantire la conoscenza effettiva da parte del cliente delle informazioni a questo fornite¹²⁴. Si è tentato, infatti, di andare oltre la semplice trasmissione di informazioni, intervenendo anche sul contenuto delle informazioni stesse, ovvero delle condizioni contrattuali: il principio di trasparenza è stato applicato all'oggetto dell'informazione andando oltre il semplice obbligo di comunicazione.

La conseguenza di ciò è stata l'estensione dell'ambito di intervento dell'autorità amministrativa fino al punto di disciplinare il contenuto delle clausole contrattuali, potendo avere incidenza anche su aspetti diversi dalle condizioni economiche praticate. Subito dopo l'entrata in vigore del t.u. banc., si era sostenuto che la nuova disciplina fosse destinata a «*modificare profondamente il quadro dei contratti bancari, sia favorendo la comparsa di tipi non adeguati ai principi espressi dall'organo di vigilanza, sia incidendo sul contenuto dei modelli in uso*»¹²⁵.

Un altro dato merita attenzione. Benché, come precisato, il termine "trasparenza" possa assumere una duplice e diversa valenza (trasparenza in senso stretto e trasparenza come riequilibrio del contenuto del contratto¹²⁶), la

¹²³ Così G. TUCCI, *op. cit.*, p. 326, che prosegue affermando nella nt. 13 che tale soluzione «*rappresenta forse la novità più interessante in materia di trasparenza offerta dal nuovo Testo Unico*».

¹²⁴ È stato osservato da P. VALENTINO, *Commento sub art. 115*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, Padova, 1994, p. 581, come tale principio nasca «*come esigenza di informare di far conoscere ai terzi quello che prima non appare. Il passo ulteriore consiste nell'indagine sull'oggetto di tale informazione*».

¹²⁵ Parole di G. TUCCI, *op. cit.*, p. 327.

¹²⁶ Cfr. A.A. DOLMETTA, *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia*, in *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*,

differenza non deve essere sopravvalutata, perché anche l'informazione veritiera e corretta è di per sé un fattore di riequilibrio ed «anzi è proprio in questa logica che si spiega e si giustifica la sempre più estesa diffusione, in tutti i campi, di obblighi di informazione» anche se, in ogni caso, nell'ambito delle normative di trasparenza, è possibile distinguere tra le disposizioni che «per regolare solo la comunicazione di dati da un soggetto ad altro o altri soggetti, hanno come obiettivo diretto la informazione veritiera e completa ed indiretto il riequilibrio; e le disposizioni che, per incidere sull'assetto concreto del rapporto – limitando, circoscrivendo o conformando le scelte di merito di una delle parti – perseguono direttamente l'obiettivo di riequilibrio»¹²⁷: l'art. 117, co. 8, t.u. banc. appartiene a questa seconda categoria.

L'intento della presente analisi è quello di esaminare, in chiave sistematica, la disciplina relativa ai poteri di incidenza sul contenuto del contratto attribuiti alla Banca d'Italia, al fine di valutare se la scelta compiuta dal legislatore risulti effettivamente in grado di garantire un adeguato livello di tutela dei risparmiatori.

cit., p. 13 ss.; anche A. NIGRO, *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie e contenuto delle condizioni contrattuali: note esegetiche*, cit., p. 511 ss.

¹²⁷ A. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 511 ss.; per ulteriori approfondimenti cfr. anche ID, *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, cit., *ibidem*.

IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

SOMMARIO: 1. *Le norme bancarie uniformi.* - 2. *L'art. 117, co. 8, t.u. banc.: l'esegesi del potere attribuito alla Banca d'Italia* - 2.1 *La collocazione sistematica della norma.* - 2.2. *L'interpretazione "debole".* - 2.3. *L'interpretazione "forte".* - 3. *I rimedi.* - 3.1 *Le sanzioni civilistiche: la nullità relativa.* - 3.2 *Gli effetti restitutori.* - 3.3 *Le sanzioni amministrative: le misure inibitorie.* - 3.4 *(segue) e le sanzioni pecuniarie.*

1. Le norme bancarie uniformi

La presente indagine, come accennato, ha ad oggetto i poteri conferiti dal legislatore alla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 117, co. 8, t.u. banc. che attribuisce all'Autorità di vigilanza la facoltà di incidere sul contenuto dei contratti bancari.

Di seguito, si analizzerà la norma richiamata anche alla luce della sua collocazione sistematica, nel tentativo di definire la portata e gli eventuali limiti di tale potere che, come visto, in parte era già emerso dalla disciplina previgente l'entrata in vigore del t.u. banc., tanto che l'Autorità, alla vigilia dell'entrata in vigore del t.u. banc., ha posto in essere alcuni interventi proprio sul contenuto dei contratti bancari (come sarà oggetto di analisi nel prosieguo della trattazione).

Al riguardo, occorre innanzitutto premettere che, nel settore bancario, il fenomeno della standardizzazione contrattuale ha avuto sviluppi peculiari in quanto, fin dalla sua origine col codice civile del 1942, la disciplina dei contratti bancari si è presentata estremamente incompleta e lacunosa¹²⁸.

¹²⁸ Affermava, infatti, L.C. UBERTAZZI, *Ancora su Norme Bancarie Uniformi e diritto antitrust*, in *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari*

Conseguenza inevitabile di tali carenze legislative è stato il tentativo di colmarle attraverso il ricorso all'autonomia negoziale; rimedio che, in verità, è stato lo stesso legislatore ad incentivare, ponendo troppo spesso norme meramente dispositive. Benché, apparentemente, il ricorso all'autonomia privata possa far pensare ad una situazione paritetica di equilibrio tra le posizioni dei due contraenti, nel settore bancario, il potere delle banche ha, di fatto, comportato l'imposizione da parte di queste ultime di loro modelli contrattuali, col tempo consacrati nelle norme bancarie uniformi (NUB), poi rinominate dall'ABI «*Condizioni generali relative al rapporto banca cliente*», per dare maggior enfasi alla natura non vincolante delle stesse. Si tratta, in particolare, di un fenomeno tipico della materia bancaria, secondo cui la maggior parte dei contratti utilizzati per la contrattazione di massa è stipulata attraverso l'impiego di schemi contrattuali elaborati dall'ABI e applicati poi dalla generalità delle banche ai rapporti con la clientela. Nonostante il termine "norme", infatti, si tratta di schemi contrattuali aventi natura prettamente privatistica, che gli interpreti hanno ricondotto all'interno della categoria delle condizioni generali di contratto unilateralmente predisposte, sottoponendole conseguentemente all'applicazione delle norme codicistiche (artt. 1341, 1342, 1370 c.c.). Fin da subito, però, era stata sentita l'esigenza di proteggere il contraente debole di fronte al potere di predisposizione unilaterale esercitato dalle banche le quali,

finanziari e clientela, cit., p. 49: «il carattere tipicamente di massa proprio della maggior parte delle operazioni bancarie ha come conseguenza naturale la tendenza della banca a standardizzare il regolamento contrattuale della propria attività, uniformando quello di tutte le operazioni del medesimo tipo ed approntando per esse a questo fine un testo di condizioni generali di contratto»; per ulteriori approfondimenti in riferimento all'applicazione del diritto *antitrust* ai contratti bancari ID., *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, Milano, 1986, p. 115 ss.; ID *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, a cura di A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L.C. Ubetazzi, II, Bologna, 1993, p. 1053 ss. e D. SARTI, *Presupposti e poteri di intervento antitrust sulle concentrazioni bancarie nazionali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, II, p. 483 ss.

sempre più spesso, avevano cominciato a presentare ai loro clienti clausole contrattuali dal contenuto uniforme e «*ispirate, inevitabilmente, ad una logica di [auto]protezione, talvolta esasperata*»¹²⁹. Le banche aderenti all'ABI (la maggior parte) avevano a disposizione modelli contrattuali che erano espressione dei loro interessi, con la conseguenza che «*la regolamentazione concreta dei rapporti bancari è, dunque, rimasta affidata prevalentemente ad una "normazione" secondaria rispetto alla legge; una normazione unilaterale e decisamente, per un verso, elastica ed oscura, e, per altro verso, vessatoria*»¹³⁰ che ha portato ad un eccesso di tutela degli interessi bancari che, del resto, costituiva «*la stessa ragione d'essere della normativa uniforme*»¹³¹.

In conseguenza di ciò, la clientela si trovava di fronte all'alternativa di accettare l'adozione dei modelli contrattuali utilizzati dalla banca oppure no, rinunciando così all'operazione bancaria, stante la generale applicazione delle NUB¹³²: per lungo tempo, infatti, «*le banche hanno dominato la scena contrattuale, modificando ed integrando a loro piacimento l'evanescente apparato codicistico attraverso numerosi modelli standardizzati di contratto; talvolta addirittura giungendo ad alterare le stesse strutture di alcuni contratti legalmente tipizzati e finanche a crearne di nuovi*»¹³³.

A partire dagli anni '70, però, si è tentato di arginare il potere sempre più ampio esercitato dalle banche attraverso le NUB, facendo ricorso ad uno

¹²⁹ Parole di A. NIGRO, *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, cit., p. 421.

¹³⁰ A. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 422.

¹³¹ E. CAVALLI, *Norme bancarie uniformi ed accordi interbancari* (voce), in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, X, Torino, 1994, p. 267.

¹³² Le NUB, infatti, hanno costituito «*un unicum nel panorama italiano, ove nessun'altra associazione imprenditoriale di categoria aveva mai puntato con tale sistematicità alla predisposizione di questi tipi di contratto e alla loro adozione generalizzata da parte degli associati*» come precisato da L.C. UBERTAZZI, *Ancora su norme bancarie uniformi e diritto antitrust*, cit., p. 52.

¹³³ Così U. MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, p. 164.

strumento offerto dal diritto civile: la disciplina prevista dai contratti *standard* dagli artt. 1341 e 1342 c.c. (benché da subito poi tale disciplina sia apparsa «largamente insufficiente, se non addirittura inutile»¹³⁴).

In conseguenza dell'insufficienza di tutela riscontrata nei rimedi civilistici, a partire dalla metà degli anni '90 del secolo scorso, la portata delle NUB è stata oggetto di analisi alla luce del diritto *antitrust* in seguito alla quale il ruolo delle NUB ne è uscito fortemente ridimensionato¹³⁵.

Nel periodo richiamato, infatti, la Banca d'Italia ha fatto ricorso alla disciplina *antitrust* per restringere l'ampia portata delle NUB nella regolazione dei contratti bancari. Al riguardo, assume rilevanza quanto disposto dalla l. 10 ottobre 1990, n. 287, la quale ha introdotto in Italia norme volte alla tutela della concorrenza e del mercato, finalizzate alla repressione delle intese restrittive della libertà di concorrenza, dell'abuso di posizione dominante, delle operazioni di concentrazione restrittive della libertà di concorrenza. A presidio della vigilanza è stato istituito un apposito organismo, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), cui sono stati attribuiti ampi poteri di vigilanza e sanzionatori. Tale disciplina assume rilevanza per il tema in discussione in quanto trova applicazione anche nei confronti del settore bancario, tanto che in un primo tempo i poteri

¹³⁴ L.C. UBERTAZZI, *Concorrenza e norme bancarie uniformi, cit.*, p. 4.

¹³⁵ Per lungo tempo le NUB hanno trovato applicazione dalla maggior parte degli istituti di credito italiani, come emergeva già dalla decisione con cui è stata avviata l'istruttoria (decisione 23 novembre 1993, in *Bollettino* 36/1993 p. 41) in cui si precisava che «di fatto, sul terreno della prassi negoziale, i moduli contrattuali diffusi dall'ABI formano oggetto di una generale, costante e uniforme applicazione da parte delle banche associate». Si ricorda al riguardo quanto affermava L.C. UBERTAZZI, *op. ult. cit.*, p. 104, secondo il quale «l'applicazione del diritto antitrust alle condizioni generali di contratto ne consente un qualche controllo, ancora tuttavia largamente limitato: e reciprocamente convince ancora una volta dell'opportunità di seguire in materia di contratti standard gli esempi di ordinamenti giuridici più evoluti, che per controllare questi contratti attivano la normativa generale antitrust e ad un tempo e specialmente una disciplina specialistica (e progredita) delle condizioni generali di contratto. Normative, queste, che entrambe sono ancora ignote all'ordinamento nazionale italiano».

di controllo in materia erano stati attribuiti alla Banca d'Italia che doveva soltanto "sentire" l'AGCM prima di emanare i propri provvedimenti¹³⁶.

La Banca d'Italia, dunque, nel 1994, in veste di autorità *antitrust* nel settore bancario, portò a termine un'istruttoria avente ad oggetto l'idoneità delle NUB a risultare lesive della concorrenza, la quale, senza dubbio, ha costituito «un'importante occasione di riflessione congiunta sulle connessioni concettuali e pratiche tra concorrenza e contenuto del contratto, il quale assume grande rilievo per la definizione del prodotto nel mercato dei servizi bancari e finanziari»¹³⁷. Particolarmente rilevante per l'applicazione del diritto *antitrust* sono state le decisioni della Banca d'Italia n. 10¹³⁸, 11¹³⁹ e 12¹⁴⁰ del 1994 (soprattutto la n. 12, sia per la quantità di contratti passati in rassegna sia perché con essa, per la prima volta, un'intesa bancaria è stata "accusata" di ledere il libero gioco della concorrenza.

¹³⁶ Ciò suscitò fin da subito un ampio dibattito, in sede non solo dottrinale ma anche politica, caratterizzato da criticismo verso l'opportunità di accordare siffatte competenze in capo alla Banca d'Italia stante la ritenuta incompatibilità tra il ruolo di quest'ultima come autorità preposta alla stabilità del sistema creditizio e quello di tutela della libertà di concorrenza.

¹³⁷ Così V. DESARIO introduceva la giornata di studio Banca d'Italia dedicata al tema «Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela», i cui interventi sono stati trascritti nei richiamati *Quaderni di ricerca giuridica*, n. 49 del marzo 1999.

¹³⁸ Decisione della Banca d'Italia 8 agosto 1994, in *Bollettino* 32-33/1994, p. 109 ss., nella quale l'Autorità di vigilanza si è pronunciata sulle NUB in senso conforme al parere dell'AGCM.

¹³⁹ Decisione della Banca d'Italia 10 ottobre 1994, in *Bollettino* 40/1994, p. 50 ss., anch'essa ha pronunciato in senso conforme al parere dell'AGCM.

¹⁴⁰ Decisione della Banca d'Italia 3 dicembre 1994, in *Bollettino* 48/1994, p. 75 ss., con cui l'Autorità di vigilanza si è discostata dal parere dell'AGCM del 6 ottobre 1994, in *Bollettino dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, 1994, n. 48, rispettivamente p. 75 ss. e 57 ss. I documenti possono leggersi anche in: *Dir. banc.*, 1995, 2, p. 88 ss., con commento di E. CAVALLI, *Norme bancarie uniformi e concorrenza*, *ivi*, p. 85 ss.; *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, II, p. 393 ss., con nota di N. SALANITRO, *Disciplina antitrust e contratti bancari*. Si vedano anche le osservazioni di A. FRIGNANI, *Le regole di concorrenza ed i contratti bancari: maggiori libertà o maggiori costrizioni*, in *Dir. banc.*, 2000, 1, p. 173 ss.

La Banca d'Italia, in particolare, ha ritenuto che le NUB non avessero natura "strettamente vincolante", benché ciò non valesse a sottrarle al controllo *antitrust*. L'Autorità ha infatti messo in luce alcuni aspetti positivi derivanti dall'utilizzo delle NUB, svolgendo innanzitutto alcune considerazioni sul fenomeno dell'uniformità dei contratti stipulati dalle imprese operanti in un determinato settore economico che costituisce una prassi ricorrente e da valutare in modo positivo in quanto permette il confronto tra i contenuti delle diverse offerte e permette al consumatore di comprendere più facilmente quale sia l'impresa bancaria che offre le condizioni economiche più favorevoli. Un altro aspetto positivo messo in luce dalla Banca d'Italia consiste nel fatto che gli schemi negoziali redatti dall'ABI possono essere fatti propri da qualsiasi banca, anche se di piccole dimensioni, che così sarà in grado di offrire un servizio equivalente a quello degli istituti di credito aventi la struttura idonea per elaborare autonomamente i propri schemi contrattuali, concorrendo così ad aumentare il numero dei potenziali concorrenti sul mercato; a ciò, però, si può obiettare che un'eccessiva uniformità contrattuale, soprattutto se realizzata attraverso l'imposizione di vincoli¹⁴¹ da parte di un'associazione, può costituire una battuta d'arresto per la concorrenza, almeno per quanto riguarda gli elementi contrattuali diversi dal prezzo, perché impedisce la differenziazione del prodotto che, di per sé, è uno degli elementi (probabilmente il principale) rispetto al quale si dispiega il gioco della concorrenza.

In particolare, perché la concorrenza non risulti falsata, è necessario, in primo luogo, che le NUB siano presentate alle associate come semplici

¹⁴¹ L'Autorità garante ha ritenuto la natura vincolante delle NUB per le banche associate all'ABI, fondandola sulle numerose circolari che l'ABI rivolge loro e richiamando quali evidenze di ciò, ad esempio, la richiesta di restituzione di copia del contratto-tipo firmata per adesione e l'espressa concessione della facoltà di modificare alcune determinate clausole.

«*indicazioni*» che riflettono la consulenza tecnica svolta dall'ABI a beneficio delle associate medesime; in secondo luogo, le NUB non devono fornire indicazioni sul contenuto economico dei contratti: né mediante clausole relative ai prezzi (quali, ad esempio, i tassi, i canoni, le valute, le commissioni) né attraverso clausole che, pur disciplinando profili diversi dal prezzo, hanno anch'esse incidenza economica.

La competenza della Banca d'Italia però è venuta meno in seguito all'entrata in vigore della c.d. *legge per la tutela del risparmio* del 28 dicembre 2005, n. 262, la quale ha integralmente ricondotto alla generale disciplina *antitrust* e quindi al controllo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato le competenze sulle intese bancarie. Anche a livello europeo la materia è stata interessata da alcune novità derivanti dall'azione *antitrust* svolta dall'Unione Europea che ha messo in luce¹⁴² «*vari e gravi problemi di concorrenza*» derivanti da frantumazioni nazionali che si intrecciano con significativi livelli di uniformità di prezzi e condizioni contrattuali all'interno dei diversi segmenti nazionali.

Ciò premesso, occorre interrogarsi sugli effetti che le pronunce di anticoncorrenzialità possono riversare sui contratti stipulati tra le banche e la clientela.

In particolare, il diritto *antitrust* è stato applicato alle NUB con le citate decisioni n. 10, 11 e 12 del 1994 della Banca d'Italia con le quali quest'ultima ha valutato le clausole contenute nelle NUB e, con particolare riferimento alla decisione n. 12, alcune di queste, in considerazione del fatto che le banche facenti parte dell'ABI dovessero necessariamente applicarle come condizioni

¹⁴² Nel giugno del 2005 la Commissione ha intrapreso un'indagine conoscitiva del settore principalmente incentrata sul mercato dei conti correnti e delle carte di pagamento, le cui conclusioni sono contenute nella comunicazione della Commissione COM(2007)33 del 31 gennaio 2007.

generali dei loro contratti, sono state ritenute sì restrittive della concorrenza, ma dichiarate comunque legittime ove di applicazione non necessaria, con possibilità per le banche associate all'ABI di utilizzarle stante l'obbligo dell'ABI di «comunicare alle associate che le NUB costituiscono una mera traccia priva di ogni valore vincolante e di raccomandazione e, quindi, ogni associato ha la facoltà di avvalersene o meno, nonché di apportare tutte le modifiche ritenute opportune»¹⁴³ dal singolo istituto di credito.

Ma vi è di più.

Oltre a sottolineare l'esigenza che le clausole generali redatte dall'ABI fossero presentate agli istituti di credito associati come raccomandazioni non vincolanti, l'indagine sulla portata delle NUB è stata l'occasione per svolgere un'indagine sul contenuto di tali schemi. Ed è sotto tale profilo che l'attività svolta dalla Banca d'Italia può essere posta in confronto con i poteri derivanti dall'art. 117, co. 8, t.u. banc. In particolare, l'Autorità di vigilanza ha manifestato la necessità che siffatte condizioni generali non presentassero clausole contenenti condizioni economiche, sia in termini di prezzo sia di altri oneri, tali da incidere in termini di disequilibrio nel rapporto contrattuale¹⁴⁴. Alcuni autori avevano avanzato come possibile soluzione l'attivazione dei poteri attribuiti al CICR e alla Banca d'Italia dalla norma dell'art. 32 lett. b) dell'allora vigente legge bancaria¹⁴⁵.

¹⁴³ Come si legge nella decisione di avvio dell'istruttoria n. 23 novembre 1993, *Bollettino* 36/1993, p. 41; decisione che poi è stata eseguita dall'ABI con la circolare 28 dicembre 1994.

¹⁴⁴ Al riguardo cfr. G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, cit., p. 97, ove l'Aut. ha messo in luce come il legislatore abbia fatto «di più» in quanto «l'intento non è stato più semplicemente quello di limitare l'efficacia normativa delle NUB a beneficio della mera informazione degli aderenti, ma è apparso quello ben più radicale di fronteggiare [...] l'invasività e l'unilateralità della disciplina dei contratti bancari e finanziari di fonte privata, prevedendone una concorrente di fonte amministrativa».

¹⁴⁵ Si tratta in particolare della soluzione suggerita da G. FLORIDIA, *Condizioni bancarie uniformi e tutela del consumatore*, in AA. VV., *La concorrenza bancaria*, Milano, 1985, p. 36 ss., il quale interpretava l'art. 32, l.b., come una «misura di concentrazione funzionale del sistema

Sono poi seguiti alcuni interventi legislativi che hanno introdotto alcune norme specifiche relativamente ai contratti standard, orientate in senso del riequilibrio dell'assetto di interessi tra banche e clienti¹⁴⁶

In particolare, si è ritenuto che tali decisioni, le quali hanno applicato il diritto italiano *antitrust* alle NUB, abbiano avuto effetti positivi sul piano dell'informazione e della trasparenza nei rapporti tra banche e clienti¹⁴⁷, sul piano della concorrenza¹⁴⁸ e anche sul piano del riequilibrio dei rapporti contrattuali tra banca e clienti; sotto quest'ultimo profilo si consideri che con tali decisioni la Banca d'Italia ha imposto all'ABI di eliminare o modificare alcune delle clausole contenute nelle NUB¹⁴⁹. Ciononostante, tale controllo va tenuto distinto da quello che la stessa Banca d'Italia potrebbe esercitare ai sensi dell'art. 117, co. 8, t.u. banc., in quanto si è trattato comunque di una verifica svolta sì sul contenuto delle condizioni generali di contratto, ma *ex post*, laddove invece i poteri di cui alla norma da ultimo richiamata, indipendentemente dalla interpretazione più o meno forte data agli stessi, si proiettano senza dubbio in un momento antecedente la stipula del contratto,

bancario al fine di ottenere che questo operasse non come una pluralità di imprese ma come un'unica grande impresa capace di imporre al pubblico condizioni economiche e normative predeterminate».

¹⁴⁶ Ci si riferisce, in particolare, alla l. 19 febbraio 1992, n. 142 sul credito al consumo che ha dato attuazione alle direttive 1987/102/CE e 1990/88/CE; alla richiamata l. 154/1992 sulla trasparenza bancaria; agli artt. 115-128, t.u. banc., ove le leggi appena richiamate hanno trovato unitaria disciplina.

¹⁴⁷ Il riferimento, in particolare, è alla decisione della Banca d'Italia 3 dicembre 1994, n. 12, con cui l'Autorità di vigilanza ha imposto all'ABI di «rendere accessibile su semplice domanda a chiunque sia interessato i contratti bancari tipo da essa predisposti e comunicare alle proprie associate di attenersi ai medesimi criteri». A tale decisione ha fatto seguito la risposta dell'ABI che ha diffuso tra le associate la circolare 28 dicembre 1994.

¹⁴⁸ Ciò per il fatto che soltanto le NUB non vincolati sono state ritenute lecite.

¹⁴⁹ Poco dopo, l'ABI ha emanato le circolari 28 dicembre 1994 e 3 febbraio 1995.

risultando idonei, almeno in astratto, a prevenire la stipulazione di contratti con determinati regolamenti negoziali¹⁵⁰.

2. L'art. 117, co. 8, t.u. banc.: l'esegesi del potere attribuito alla Banca d'Italia

Nella sua formulazione attuale, frutto di diversi interventi normativi succedutisi nel tempo, l'art. 117, co. 8, t.u. banc., consente alla Banca d'Italia di «prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualitativi, abbiano un contenuto tipico determinato»¹⁵¹.

Prima di ricostruire le interpretazioni che di tale norma sono state avanzate dagli studiosi, occorre svolgere un'analisi sul contenuto e sull'ambito di applicazione di essa.

Sotto il profilo soggettivo della legittimazione all'esercizio dei poteri in analisi, si noti innanzitutto che con il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 attuativo della dir. 2008/48/CE, il legislatore ha fatto un passo indietro e ha attribuito le competenze in parola alla sola Banca d'Italia, revocando la prescrizione introdotta dalla richiamata l. 28 dicembre 2005, n. 262, la quale imponeva alla Banca d'Italia di agire «*d'intesa con la Consob*»¹⁵².

¹⁵⁰ Così R. LENER, *Il controllo amministrativo sulla correttezza dei comportamenti degli intermediari nei rapporti con la clientela*, in *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, cit., p. 84.

¹⁵¹ In riferimento a tale norma sono anche stati sollevati dubbi circa la sua costituzionalità, ritenendo che essa desse vita ad un eccesso di delega. Sul punto, però, si condivide la posizione di chi al riguardo ha ritenuto non fosse opportuno indugiare più di tanto in quanto, «*di fronte al persistere nella realtà del diritto vivente di una norma, il trascorrere del tempo non può non stemperare il rilievo del suo essere frutto di un eccesso di delega*»: così A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, p. 20 ss. Sul punto si veda anche V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, cit., p. 1094.

¹⁵² Alla luce dei lavori preparatori, la modifica sembrava seguire la logica ispiratrice del t.u. fin., di ripartizione dei controlli per funzioni, e sembrava esprimere la tendenza ad attribuire alla Consob i controlli di trasparenza anche delle condizioni contrattuali delle operazioni

Per quanto riguarda poi l'ambito oggettivo di operatività, la norma attribuisce alla Banca d'Italia il potere di prescrivere che un contratto abbia un «*contenuto tipico determinato*», le cui caratteristiche possono essere stabilite dalla richiamata Autorità direttamente oppure indirettamente, *per relationem*, rinviando, ad esempio, alle clausole elaborate dall'ABI¹⁵³; ciò, in quanto il testo entrato in vigore non riporta la precisazione contenuta, invece, nel testo presentato al Governo il 2 luglio 1993, ai sensi del quale il suddetto «*contenuto tipico*» avrebbe dovuto essere «*determinato dalla Banca d'Italia medesima*».

Ciò premesso, l'innovazione più rilevante sembra riguardare la restrizione della portata della norma in analisi, la quale a seguito dell'intervento del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 risulta ora circoscritta ai soli «*contratti*», mentre in precedenza il potere di intervento comprendeva anche i «*titoli*». L'impatto di tale restrizione risulta amplificato dall'utilizzo che la Banca d'Italia ha fatto dei poteri ad essa attribuiti: per molti anni dopo l'introduzione della norma con il t.u. banc., infatti, la Banca d'Italia l'ha concretamente applicata solo con riferimento ai «*titoli*»¹⁵⁴, in un primo tempo, solamente quelli della raccolta non bancaria del risparmio. Si noti poi che, ad

bancarie e finanziarie. Con la legge richiamata, infatti, sono stati modificati anche gli artt. 116, co. 2, e 127, co. 3, t.u. banc., attribuendo anche alla Consob funzioni che prima erano di competenza della sola Banca d'Italia.

¹⁵³ Come precisa G. DE NOVA, *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, p. 213.

¹⁵⁴ È stato osservato, tuttavia, che il mancato riferimento ai titoli, da parte del nuovo testo dell'art. 117, co. 8, non sembra rivestire particolare significato, presupponendo, l'emissione di titoli un'operazione contrattuale con il cliente che sottostà nella sua interezza (per ciò che concerne sia il contenuto delle prestazioni sia le caratteristiche del titolo in sé) al potere di intervento attribuito alla Banca d'Italia dalla norma in analisi: v. G. DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 214.

opera della delibera CICR del 3 marzo 1994¹⁵⁵ la possibilità, per i soggetti diversi dalle banche, di svolgere l'attività di raccolta del risparmio tra il pubblico fu circoscritta alla sola emissione di obbligazioni, certificati di investimento e cambiali finanziarie, risultando, in un primo momento, tipizzata¹⁵⁶. Successivamente, però, con l'emanazione della vigente delibera del CICR del 4 marzo 2003 e dell'attuale testo delle citate *Istruzioni di vigilanza per le banche* riveniente dal 15° aggiornamento del 17 dicembre 2013, tale vincolo è venuto meno.

Ciò fino a tempi abbastanza recenti quando, per la prima volta, la Banca d'Italia, ha esercitato siffatti poteri anche in relazione ai «*contratti*», in occasione della statuizione delle nuove disposizioni della Banca d'Italia del 29 luglio 2009¹⁵⁷ che prescrivono un contenuto tipico determinato per il nuovo contratto di conto corrente «*semplice*», facendo espresso richiamo all'art. 117, co. 8, t.u. banc.

Per l'individuazione poi dei soggetti passivi dei poteri attribuiti all'Autorità, occorre fare riferimento all'art. 115, co. 1, t.u. banc., ai sensi del quale «*le norme del presente Capo si applicano alle attività svolte nel territorio della Repubblica dalle banche e dagli intermediari finanziari*», e di ciò si trova conferma nello stesso art. 117, co. 8, ove si prevede che «*la responsabilità della banca e dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia*».

¹⁵⁵ Seguita da altri provvedimenti di rango subordinato, tra cui in particolare il 115° aggiornamento delle allora vigenti *Istruzioni di vigilanza per gli enti creditizi* (Capitolo LX) del 2 dicembre 1994, poi confluite nel Titolo IX, Capitolo 2, delle *Istruzioni di vigilanza per le banche*, Circolare 21 aprile 1999, n. 229.

¹⁵⁶ Per ulteriori approfondimenti si rinvia ad A. URBANI, *Attività bancaria, finanziaria e d'investimento: caratteri, contenuti e tecniche di prevenzione degli abusi*, in *Diritto delle Banche, degli Intermediari finanziari e dei Mercati*, a cura di F. Capriglione, Bari, 2003, p. 139; ID A. URBANI, *La "trasparenza" nello svolgimento dell'attività*, cit., *ibidem*.

¹⁵⁷ *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, cit., Sezione III, § 4.

Ciò chiarito, altrettanto rilevante appare l'analisi di tale norma alla luce della sua collocazione sistematica.

2.1 La collocazione sistematica della norma

A livello sistematico, la norma, coeva all'entrata in vigore del t.u. banc.¹⁵⁸, è collocata nel Capo I «Operazioni e servizi bancari e finanziari» del Titolo VI rubricato «Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti», in cui sono rifluite le norme introdotte dalla l. 142/1992, relativa al credito al consumo, e dalla l. 154/1992, in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Più in generale, quella del Titolo VI è una normativa di diretta ispirazione europea¹⁵⁹ che però presenta diversi tratti di "originalità" risultando perciò a sua volta fonte di ispirazione per lo stesso legislatore sovranazionale. In particolare, il riflesso dei principi europei emerge in diverse norme contenute nel Titolo VI, come, ad esempio, gli obblighi informativi di cui sono gravati i c.d. contraenti "forti" che si sostanziano nella prescrizione di ben individuati requisiti formali che divengono condizioni di efficacia dei contratti o, perlomeno, delle singole clausole¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Anche se, come meglio precisato *supra* nel paragrafo 4 del precedente capitolo, una previsione per alcuni aspetti analoga era già stata prevista nell'art. 32, l. 141/1938.

¹⁵⁹ Il riferimento è alle direttive 1987/102/CEE, 1989/646/CEE e 1990/88/CEE.

¹⁶⁰ Si tratta di principi che permeano anche la materia dell'intermediazione finanziaria; cfr. art. 23 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, rubricato «Contratti», già, in precedenza, art. 18, d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415:

«1. I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, escluso il servizio di cui all'articolo 1, comma 5, lettera f), e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. La Consob, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo.

2. È nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico. In tali casi nulla è dovuto.

Il legislatore dell'Unione Europea, nel prevedere la richiamata disciplina, sembra aver perseguito due obiettivi tra loro convergenti. In primo luogo, in un'ottica viceversa "microeconomica", l'eliminazione, o comunque la correzione, dello squilibrio contrattuale delle parti per mezzo di interventi sulle asimmetrie informative aventi ad oggetto il trattamento giuridico ed economico delle singole operazioni; in secondo luogo, in un'ottica "macroeconomica", la definizione dei comportamenti che devono essere tenuti dalle imprese bancarie che operano sul mercato, in una prospettiva, seppur embrionale, di libertà di concorrenza.

Ciò premesso, si intuisce l'importanza che assume la collocazione sistematica della norma in parola all'interno del Titolo VI, che riflette la strumentalità di essa rispetto all'esigenza di trasparenza dei contratti bancari. Ulteriore conseguenza di ciò, poi, è la sottoposizione dei contratti stipulati in violazione delle disposizioni dell'Autorità alla nullità di cui all'art. 127, t.u. banc., il quale, come sarà approfondito nel prosieguo, attribuisce al solo cliente la legittimazione attiva per far valere la nullità¹⁶¹ e comporta la derogabilità della previsione solo in senso più favorevole per il cliente.

3. *Nei casi previsti dai commi 1 e 2 la nullità può essere fatta valere solo dal cliente.*

4. *Le disposizioni del titolo VI, capo I, del T.U. bancario non si applicano ai servizi e attività di investimento, al collocamento di prodotti finanziari nonché alle operazioni e ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell'articolo 25-bis ovvero della parte IV, titolo II, capo I. In ogni caso, alle operazioni di credito al consumo si applicano le pertinenti disposizioni del titolo VI del T.U. bancario.*

5. *Nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera a), non si applica l'articolo 1933 del codice civile.*

6. *Nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta».*

¹⁶¹ In considerazione dell'applicabilità dell'art. 127, t.u. banc., dottrina autorevole ha sottolineato come i poteri conferiti all'Autorità non perseguano «finalità di interesse generale e di ordine pubblico, bensì di tutela del cliente»: G. DE NOVA, *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., p. 210.

Alla luce del contesto storico in cui la previsione in analisi è stata concepita, la presente indagine cercherà di delineare gli effetti che il potere attribuito alla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 117, co. 8, t.u. banc., può produrre, da un lato, nei confronti dell'autonomia privata e, dall'altro, del principio di libera concorrenza cui le banche, in quanto imprese, beneficiano.

In relazione al primo di tali aspetti, occorre innanzitutto indagare se il potere attribuito dalla norma in analisi alla Banca d'Italia rifletta la volontà del legislatore di sancire la tipicità dei contratti bancari (e, almeno, in origine anche dei titoli). Al riguardo, si consideri che il testo presentato al Governo il 2 luglio 1993 conteneva un espresso riferimento all'art. 1322 c.c. che però è venuto meno nella formulazione della norma accolta in Parlamento. Ciononostante, si ritiene che la prescrizione di un «*contenuto tipico determinato*» per «*determinati contratti o titoli*», di fatto, non escluda la facoltà delle parti di ricorrere, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, a strumenti diversi¹⁶² tanto che, nelle prime applicazioni della norma in analisi, la Banca d'Italia, nel dettare le «*caratteristiche tipiche minime*» di obbligazioni bancarie, certificati di deposito e buoni fruttiferi, ha dichiarato espressamente che «*la "tipizzazione" dei menzionati strumenti non preclude, ovviamente, l'emissione di altri titoli di raccolta*»¹⁶³.

Posta, dunque, l'inalterata facoltà delle parti di ricorrere a strumenti diversi rispetto a quelli il cui contenuto è stato definito dall'Autorità, occorre ad ogni modo indagare la portata dei poteri attribuiti alla Banca d'Italia, tentando di delineare, più nello specifico, il ruolo che, nel sistema vigente, essa è chiamata a svolgere in relazione alla trasparenza dei contratti bancari;

¹⁶² Come sostenuto da G. DE NOVA, *Contratti bancari Doc, Contratti*, 1993, p. 525; cfr. anche R. COSTI, *L'ordinamento bancario*², *op. cit.*, p. 481 ss.

¹⁶³ Banca d'Italia, *Vigilanza*, 31 gennaio 1994, circolare n. 4 del 29 marzo 1983, 106° aggiornamento, operatività a medio e lungo termine e raccolta in titoli delle banche, Capo LVII, Sezione I, § 1.

nella consapevolezza che l'analisi del potere attribuito all'Autorità pone questioni tanto di ordine dogmatico quanto di carattere più strettamente pratico¹⁶⁴.

La portata della norma citata, soprattutto per quanto attiene alla natura e al contenuto del potere normativo attribuito alla Banca d'Italia¹⁶⁵ è stata oggetto di ampio dibattito in dottrina¹⁶⁶.

Di seguito si procederà con la ricostruzione delle diverse interpretazioni che, sul punto, sono state avanzate, trattandosi di una norma che presenta alcuni profili di incertezza normativa e che sembra tradire la consapevolezza del legislatore circa i profili d'ombra che sono insiti nella scelta di rimettere all'autoregolamentazione la determinazione delle condizioni generali di contratto, soprattutto in un settore, come quello bancario e finanziario, soggetto a continue spinte di innovazione; tale norma, infatti, «risponde alla finalità di presidiare la correttezza contrattuale sancendo regole di cornice entro le quali si dovrà svolgere l'autonomia contrattuale degli operatori»¹⁶⁷.

¹⁶⁴ A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, p. 23, ha messo in luce come la norma presenti «una certa carica di (opacità, se non meglio di) ambiguità»; cfr. anche A. TIDU, *op. cit.*, p. 1 ss.

¹⁶⁵ Per la rilevazione che la norma rientra nell'ambito degli atti di vigilanza regolamentare, tutti propriamente tesi a realizzare i fini di cui all'art. 5, t.u. banc., v. V. CERULLI IRELLI, *La vigilanza "regolamentare"*, in *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, a cura di U. Morera e A. Nuzzo, Milano, 1996, I, p. 47 ss.

¹⁶⁶ A. TIDU, *op. cit.*, p. 6; A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, p. 29 ss.; A. NIGRO, *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie e contenuto delle condizioni contrattuali: note esegetiche*, *cit.*, p. 520; R. LENER, *op. ult. cit.*, p. 83.

¹⁶⁷ V. TROIANO, *Commento sub art. 11*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 1994, p. 76.

2.2 L'interpretazione "debole"

In conseguenza dell'ambiguità della norma in analisi sono state prospettate due diverse interpretazioni, definite¹⁶⁸, rispettivamente, "debole" e "forte"¹⁶⁹.

I primi interpreti della norma, avendo come dati disponibili gli utilizzi originari che la Banca d'Italia aveva fatto dei poteri in analisi¹⁷⁰, erano apparsi propensi ad una lettura restrittiva dei medesimi.

Secondo la lettura "debole", dunque, quella in origine maggiormente accolta in dottrina¹⁷¹, il potere riconosciuto alla Banca d'Italia dall'art. 117, co. 8, del t.u. banc., non sarebbe quello di disciplinare in via eteronoma i contratti bancari, bensì solo quello di instaurare una corrispondenza necessaria tra nome e contenuto di tali contratti: sarebbe dunque un potere di «tipizzazione»¹⁷² unicamente in funzione della «protezione dell'uniformità del linguaggio informativo»¹⁷³. Secondo questa lettura, il legislatore avrebbe

¹⁶⁸ Da A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, p. 42.

¹⁶⁹ Si è occupato diffusamente del tema anche A. NERVI, *op. cit.*, p. 247.

¹⁷⁰ Quando ancora la Banca d'Italia era ricorsa soltanto una volta all'esercizio dei poteri in parola al fine di determinare il contenuto tipico delle cambiali finanziarie e dei certificati di investimento (*Istruzioni di vigilanza* del 2 dicembre 1994, Capitolo LX).

¹⁷¹ R. COSTI, *L'ordinamento bancario*⁵, *op. cit.*, p. 686; A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, *ibidem*; V. BUONOCORE, *Riflessioni in margine al nuovo testo unico in materia bancaria e creditizia*, *cit.*, p. 182; G. AGRESTI, *Trasparenza delle condizioni contrattuali. Le norme sui contratti*, in *La nuova legge bancaria. Commentario*, a cura di P. Ferro Luzzi e F. Castaldi, III, Milano, 1996, p. 1843 ss.; in un primo tempo ha condiviso l'interpretazione "debole" dei poteri attribuiti all'Autorità anche G. DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, I, p. 395 ss., il quale precisava come il potere «di connotazione della Banca d'Italia dovrà essere esercitato nei limiti ed al solo scopo di evitare che il cliente sia vittima della falsa informazione che potrebbe derivare da una dissociazione tra nomen e contenuto. Questa è la ratio del riconoscimento di tale potere alla Banca d'Italia, e non altra: non meno di imporre alle parti modelli di nuovo conio».

¹⁷² Espressione di R. COSTI, *L'ordinamento bancario*², *op. cit.*, p. 481, ma accolta anche da V. BUONOCORE, *Riflessioni in margine al nuovo testo unico in materia bancaria e creditizia*, *cit.*, p. 182 e da A. TIDU, *op. cit.*, p. 6.

¹⁷³ R. COSTI, *L'ordinamento bancario*⁵, *op. cit.*, *ibidem*, secondo il quale la norma «introduce certamente un limite all'autonomia contrattuale, ma non nel senso di precludere la stipulazione di

investito l’Autorità di vigilanza dei poteri in parola al fine di garantire che ad un determinato *nomen* di un contratto corrisponda una determinata disciplina contrattuale. Lo scopo, allora, sarebbe quello di evitare che il mercato bancario e creditizio offra in circolazione modelli contrattuali che si presentano all’esterno con una determinata denominazione, mentre la relativa disciplina è diversa rispetto a quella che abitualmente caratterizza il contratto generalmente noto con quel determinato *nomen*.

La conseguenza di tale interpretazione è che oggetto di questo potere di mera connotazione sarebbero soltanto i contratti legalmente o socialmente tipici, sicché la Banca d’Italia potrebbe determinare direttamente il contenuto tipico di tali contratti oppure farlo *per relationem*, ad esempio, rinviando a quanto elaborato dall’ABI¹⁷⁴, fatta salva, però, la libertà delle parti di “creare” nuovi tipi contrattuali diversi da quelli tipizzati dalla Banca d’Italia. In altre parole, alla Banca d’Italia non sarebbe stato attribuito il potere di creare nuovi tipi contrattuali, bensì soltanto di quello di adottare provvedimenti ricognitivi di tipi già affermatasi nella prassi¹⁷⁵.

Al riguardo è stato precisato che «non siamo neppure in presenza di un procedimento di tipizzazione», in quanto «non siamo di fronte né ad una riconduzione dei casi presenti nella prassi a tipi legali noti, né alla recezione mediante una disciplina legislativa o di fonte secondaria di casi offerti dalla prassi e non ancora regolati. Né siamo in presenza di un controllo preventivo da parte della Banca d’Italia e delle condizioni generali di contratto predisposte o utilizzate dalle

contratti atipici o di emettere titoli non tipizzati, ma più semplicemente impedendo che certi contratti o titoli, espressamente e normalmente individuati con un nome o con un contenuto consolidato, presentino contenuti diversi da quelli che, prima la prassi e poi l’autorità creditizia hanno determinato. In altri termini, il bene protetto è la uniformità dei linguaggi informativi».

¹⁷⁴ G. DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, cit., p. 399.

¹⁷⁵ Conferma la lettura richiamata anche G. AGRESTI, *op. cit.*, p. 1837.

banche»¹⁷⁶. Diversamente, secondo la dottrina richiamata, poiché si è di fronte alla «*prescrizione delle caratteristiche che un titolo o un contratto devono possedere per poter essere indicati con un determinato nomen*», sarebbe più appropriato parlare di «*connotazione*»¹⁷⁷, limitandosi la norma a condizionare l'utilizzo di un determinato *nomen* in presenza di specifici vincoli contenutistici predeterminati dall'Autorità amministrativa, lasciando invece inalterata, come accennato, la libertà di stipulare contratti non appartenenti ad alcuno dei tipi disciplinati dal legislatore.

La lettura "connotativa" della norma, rispetto a quella "tipizzante", forse vale a rendere meno oscura la scelta del legislatore di accordare alla violazione delle prescrizioni di contenuto dell'Autorità la sanzione della nullità, posto che, se di "tipizzazione" si fosse trattato, in applicazione delle regole comuni, il rimedio più idoneo sarebbe apparso la riconduzione ad opera del giudice del contratto al tipo di cui presenti le caratteristiche, in virtù del riconoscimento della sua natura atipica, non certo l'invalidità dello stesso¹⁷⁸.

Pur nell'ambito di tale lettura restrittiva della norma, da alcuni era stata intravista una portata più ampia di essa, ritenendosi che i poteri attribuiti alla Banca d'Italia, in astratto, potessero assumere grande rilevanza, «*consentendo all'autorità amministrativa di procedere alla "normalizzazione" dei contratti bancari – quanto meno di quelli più comuni e "tipici" nell'apprezzamento*

¹⁷⁶ G. DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 398.

¹⁷⁷ G. DE NOVA, *op. ult. cit.*, *ibidem*; ID., *La tipizzazione amministrativa dei titoli e dei contratti prevista dall'art. 117, comma 8 del Testo unico bancario*, in *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, *cit.*, p. 67 ss. e R. LENER, *op. ult. cit.*, p. 83.

¹⁷⁸ Come precisa L. DE ANGELIS, *Commento all'art. 117. Contratti (bancari)*, in AA. VV., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, Milano, III, 2012, p. 1701. Sul tema della nullità, si rimanda alle considerazioni che saranno svolte nel successivo paragrafo 3.1.

*sociale – apre potenzialmente la strada anche alla costruzione di veri e propri contratti modello, secondo l'esempio francese»¹⁷⁹. Si tratta, infatti, di un potere che va ben oltre il controllo minimo e che soltanto *ex post* la Banca d'Italia poteva esercitare in relazione alle condizioni generali di contratto elaborate dall'ABI¹⁸⁰.*

2.3 L'interpretazione "forte"

Secondo la lettura «forte»¹⁸¹ della norma, invece, alla Banca d'Italia spetterebbe il potere di individuare *nomen* e contenuto dei contratti bancari, allo scopo di renderli conformi alle norme di trasparenza.

Alcuni dei sostenitori dell'interpretazione «debole», illustrata nel paragrafo precedente, hanno mosso aspre critiche a tale interpretazione del potere attribuito all'Autorità in senso "conformativo"¹⁸².

In primo luogo è stato sostenuto che un simile meccanismo di controllo sulle condizioni generali di contratto, che si spinge sino al punto di determinare in modo inderogabile il contenuto delle diverse clausole, può essere previsto solo dal legislatore ordinario «*alla sola condizione di stabilire i criteri che ne*

¹⁷⁹ R. LENER, *Il controllo amministrativo sulla correttezza dei comportamenti degli intermediari nei rapporti contrattuali con la clientela*, cit., p. 560.

¹⁸⁰ Provvedimento 3 dicembre 1994, n. 12, consultabile su *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, II, p. 393.

¹⁸¹ Prospettata, ad esempio, da A. NIGRO, *La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1993, I, p. 583; cfr. anche U.M. GIORDANO *La trasparenza delle condizioni contrattuali nella nuova legge bancaria. Commentario*, cit., p. 1254. Secondo A. TIDU, *op. ult. cit.*, p. 6, l'art. 117, co. 8, rappresenta «*in potenza ... lo strumento per una "amministrativizzazione" dei contratti bancari tale da sottrarre pressoché integralmente il contenuto degli stessi all'esplicazione dell'autonomia contrattuale*»; ma «*peraltro tale disposizione potrà essere compiutamente valutata solo sulla base degli eventuali provvedimenti adottati in base ad essa*». Si veda, altresì, l'approccio alla norma di R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, Milano, 1996, p. 223.

¹⁸² A. MIRONE, *Le "Fonti Private" del diritto bancario: trasparenza, concorrenza e autonomia privata nella (nuova) regolazione dei contratti bancari*, cit., p. 264 ss. In senso conforme anche M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Catania, 2003, p. 168.

legittimano l'utilizzo nel caso concreto»¹⁸³, come avviene nel settore energetico in cui l'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico (AEEGSI), a norma dell'art. 6, d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, può prescrivere l'introduzione di «clausole negoziali e di regolamentazione tecniche» che risultino, è questo il punto, «indispensabili al corretto funzionamento dell'intero sistema elettrico».

Tale approccio rigido rispetto ai poteri attribuiti all'Autorità è stato criticato da chi sostiene, invece, l'inesistenza di particolari limiti all'intervento delle autorità di settore nella regolazione dei mercati dei servizi di massa, che sono caratterizzati dal fatto di essere “mercati degli scambi”, nei quali sarebbe ormai permesso di operare direttamente per mezzo di una regolamentazione attraverso fonti “sub-legislative”, anche oltre i limiti intrinseci dell'attività delle pubbliche amministrazioni (eccesso di potere e tipicità degli atti amministrativi). Tuttavia, chi sostiene questa tesi ritiene pur sempre necessaria la sussistenza, a monte, di una norma delegante che autorizzi l'esercizio del potere regolamentare che sia di pari rango rispetto a quella civilistica che pone il principio dell'autonomia negoziale delle parti¹⁸⁴. Ancora più forte è l'opinione di chi ritiene che alla materia della regolazione affidata alle autorità amministrative indipendenti non sia più da applicarsi la garanzia della riserva di legge¹⁸⁵.

La seconda critica mossa all'interpretazione “forte” dei poteri conferiti all'Autorità mette in luce come i meccanismi della conformazione e della conseguente sostituzione automatica delle clausole difformi sarebbero già preclusi dallo stesso art. 117, co. 8, t.u. banc., il quale sancisce la nullità dei «contratti difformi», da intendersi in senso totale, come nullità dell'intero

¹⁸³ A. MIRONE, *op. ult. cit.*, p. 110.

¹⁸⁴ M. ORLANDI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 278 ss.

¹⁸⁵ F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *Dir. econ.*, 2003, p. 585 ss.

contratto, e non già parziale, come nullità delle sole clausole difformi¹⁸⁶, «con ciò configurando un eccezionale diritto di “pentimento” del cliente, che si giustifica per il fatto che il prodotto acquistato non corrisponde alle sue legittime aspettative»¹⁸⁷.

Vi è anche chi ha osservato come le due interpretazioni «non si escludono a vicenda né sul piano logico né sul piano giuridico», in quanto la portata della norma in analisi sarebbe così generale da non limitare il potere normativo riconosciuto alla Banca d'Italia «alla sola tipizzazione dei nuovi titoli o contratti né alla semplice connotazione di quelli legalmente o socialmente tipici»¹⁸⁸.

È vero, infatti, che la distinzione in astratto tra pura e semplice connotazione e vera e propria conformazione o tipizzazione «se può (forse) essere nitida in principio ed in astratto, lo è assai meno, e rischia anzi addirittura di scomparire, quando si scenda sul piano concreto. La stessa selezione, sia pure, in partenza, in chiave di connotazione, degli elementi da ricondurre ad un “contenuto tipico” fra quelli offerti dalla prassi finisce inevitabilmente, a ben vedere, col comportare una vera e propria conformazione o tipizzazione»¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Anche se sul punto, come precisato nel paragrafo 3 del presente capitolo, le opinioni degli interpreti non convergono.

¹⁸⁷ Così prosegue A. MIRONE, *op. ult. cit.* p. 264 ss. Un'ulteriore critica che veniva mossa all'interpretazione “forte”, a favore della finalità di uniformazione dei linguaggi, era tratta dalla convinzione che la “collaborazione” tra Consob e Banca d'Italia fosse espressione dell'esigenza di garantire la c.d. trasparenza dei prodotti offerti dalle banche nel mercato finanziario: tale critica, invero, ha perduto il proprio fondamento a seguito dell'intervenuta modifica del testo della norma in analisi.

¹⁸⁸ Parole di G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti, cit.*, p. 98, il quale ritiene che il potere normativo delegato alla Banca d'Italia possa essere esercitato in tre modi: «1. come tipizzazione in senso tecnico di nuovi titoli o contratti, senza preclusione ovviamente per le parti di ricorrere a strumenti diversi; 2. come connotazione o predisposizione del contenuto non solo economico (art. 117, comma 4, del t.u.b.) ma anche giuridico dei contratti legalmente tipici, senza preclusione per e parti, se immuni da intenti elusivi, di inserire clausole che “aggiungono qualcosa”; 3. come controllo, necessariamente successivo, e quindi come eventuale modifica dei formulari redatti unilateralmente dall'ABI».

¹⁸⁹ A. NIGRO, *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie e contenuto delle condizioni contrattuali: note esegetiche, cit.*, p.521.

Al riguardo vi è chi ha precisato come il bene protetto dal legislatore consista nell'«uniformità dei linguaggi informativi» e come la finalità perseguita dal legislatore risieda nel prevenire ogni possibile abuso, evitando che la clientela possa cadere in inganno circa la natura del contratto che intende concludere in violazione delle finalità di trasparenza¹⁹⁰. La Banca d'Italia sarebbe dunque chiamata a far sì che i contratti con analogo contenuto abbiano tutti nome e disciplina uniformi, risultando così attribuito alla stessa un mero potere di connotazione, e non già quello di vera e propria tipizzazione¹⁹¹, che si attua con l'indicazione delle caratteristiche necessarie per poter qualificare un contratto con un certo nome. In tal modo, anche in ragione della nullità che colpirebbe il contratto difforme rispetto alle previsioni dell'Autorità, come sarà meglio precisato nel paragrafo che segue, vi è chi ha sostenuto come nei contratti bancari sia consacrata la formula del contratto predeterminato¹⁹²; la tipizzazione amministrativa, infatti, se da una parte comporta una limitazione della concorrenza nelle modalità di svolgimento dei servizi, d'altra parte, permette senza dubbio alla stessa clientela la comparabilità dei servizi¹⁹³, riducendo la richiamata asimmetria informativa che caratterizza le negoziazioni dei contratti bancari¹⁹⁴.

¹⁹⁰ R. COSTI, *L'ordinamento bancario*⁵, op. cit., p. 481.

¹⁹¹ C. SIVIETTI, op. cit., p. 370.

¹⁹² Ben nota nella teoria dell'etero determinazione delle fonti del contratto. Cfr. V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, cit., p. 1095, secondo cui proprio la circostanza che le «regole del contratto scaturiscano da atti di Autorità amministrative (ancorché "indipendenti") può sollevare l'interrogativo se tali fonti subprimarie per avventura invadano un campo riservato alla competenza esclusiva delle leggi o degli atti aventi forza di legge», «un interrogativo siffatto può forse restituire attualità al problema della tutela costituzionale del contratto» e «può tornare di attualità il dibattito sulla tutela costituzionale "indiretta" del contratto e della libertà contrattuale».

¹⁹³ R. LENER, op. ult. cit., p. 224.

¹⁹⁴ «Competition in a market can also affect the design of the products and contracts sold in the market. In the years before the subprime crisis, the loan origination market appeared to be fairly competitive. In 2006, the top fifteen subprime lenders accounted for 80.5 percent of the market, with no lender holding more than a 13-percent share. The Department of Housing and Urban Development's (HUD)

Del resto, l'attribuzione del potere di prescrivere che a determinati contratti, individuati attraverso un determinato "nomen" o per "categorie", corrisponda un contenuto tipico (pre)determinato, non è una prerogativa della materia dei contratti bancari, ma è già stata sperimentata anche in altri ambiti della legislazione finanziaria. Il riferimento, infatti, è a quelle norme che prevedono un controllo amministrativo sulle polizze assicurative e quelle relative alla prestazione dei servizi di investimento e accessori¹⁹⁵. Tuttavia, è stato osservato come nell'ipotesi di cui all'art. 117, co. 8, «l'intervento della Banca d'Italia risulti in qualche modo caratterizzato da una maggiore "incisività", posto che il controllo su schemi di contratto già utilizzati e quello ex ante su schemi

*list of lenders that specialize in subprime lending named 210 lenders (although not all of these lenders offer loans nationally). Barriers to entry in this industry were substantially lowered with the growth in securitization, which enables entry by new, small lenders. The internet enhanced competition by reducing shopping costs. For these reasons, the FRB characterized this market as competitive. Nevertheless, because many consumers engage in limited shopping, several observers have expressed concerns about the level of competition in the subprime market [...] the increasing complexity of mortgage products renders comparison shopping more difficult and limits the efficacy of the shopping that does take place. This limited shopping may be a rational response to its reduced efficacy. The result: imperfect information and imperfect competition. HUD's amendments to its Real Estate Settlement Procedures Act (RESPA) regulations were intended to enhance competition in the mortgage market [...] contractual design is not determined solely by the loan originator. Thus, competition (or lack thereof) in other markets may have influenced the design of mortgage contracts. In particular, securitization enhanced competition in the loan-origination market but simultaneously transferred some control over contractual design away from the originators and into the hands of securitizers», così O. BAR-GILL, *Seduction by contract, Law, Economics, and Psychology in consumer markets*, cit., pp. 131-133.*

¹⁹⁵ Si tratta, in particolare, dell'affermazione di A.M. CARRIERO, *Commento sub art. 117, in Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³, cit., p. 599, secondo cui la facoltà attribuita alla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 32 in analisi «è in linea con altre esperienze in materia finanziaria, tra cui quella che prevede un controllo amministrativo sulle polizze assicurative e [...] quella che sottopone i regolamenti dei fondi comuni di investimento all'autorizzazione della Banca d'Italia» riflette la convinzione che alla Banca d'Italia sia stato attribuito «il controllo ex ante su schemi e progetti di contratti futuri» non condivisa però da chi, come P.G. MARCHETTI, *Le obbligazioni nel testo unico delle leggi bancarie e creditizie*, in *Banc. borsa tit. cred.*, 1994, I, p. 487, ritiene invece che i poteri dell'Autorità debbano limitarsi al «monitoraggio sulla creazione di nuovi strumenti finanziari».

di contratti futuri, interviene specificamente sull'autonomia contrattuale e non solo sui profili organizzativi dell'intermediario, con ciò assicurando la rispondenza di particolari denominazioni contrattuali a contenuti prefissati»¹⁹⁶, tanto che «l'esame dei contratti bancari aiuta a comprendere la vera e propria inversione di tendenza maturata con il t.u., che non si affida soltanto al superamento del binomio regole autoritative-regole persuasive oppure a quello tradizionale autonomia negoziale-eteronomia normativa, ma individua strumenti di difficile sistemazione teorica, quali l'intervento di soggetti regolatori terzi – rispetto al legislatore o al giudice – oppure l'introduzione di regole sempre più puntuali sulla condotta, piuttosto che sul rapporto contrattuale in quanto tale»¹⁹⁷.

Più in generale, il potere di intervento attribuito alla Banca d'Italia rispetto al contenuto dei contratti può, ove considerato in una prospettiva estranea alla tutela dei clienti¹⁹⁸, «addirittura riproporre il problema della espropriazione della libertà economica privata»¹⁹⁹ e «non può sfuggire come rispetto al c.d. diritto privato comune, qual è quello consegnato al Codice civile, le leggi speciali regolatrici dei singoli mercati, possono caratterizzare micro-sistemi, ciascuno dotato di propria logica e proprio linguaggio»²⁰⁰; ed invero, appare del tutto improbabile che la libera autonomia negoziale delle parti, soprattutto in relazione ai contratti che maggiormente impattano sul mercato, sia immune

¹⁹⁶ Così G. FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, in *Trattato di diritto commerciale*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2005, p. 107.

¹⁹⁷ G. FAUCEGLIA, *op. ult. cit.* p. 108.

¹⁹⁸ D. RUFINI, *Banche (trasparenza delle condizioni contrattuali)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm., Agg.*, Torino, 2000, p. 95.

¹⁹⁹ G. FAUCEGLIA, *op. ult. cit.* p. 110.

²⁰⁰ N. IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 25. ID., *L'era della decodificazione*, Milano, 1989, p. 65 ss.

da «*interferenze esterne*»²⁰¹, specie ove si considerino le esigenze di tutela della clientela e del corretto funzionamento del mercato creditizio²⁰².

Il tentativo compiuto dal legislatore del t.u. banc., infatti, sembra essere andato nella direzione di riequilibrare lo scambio informativo tra le parti al fine di rendere l'esercizio dell'autonomia contrattuale della clientela bancaria più consapevole²⁰³. Il risvolto pratico di tale intento emerge nella «*trasposizione di norme dettate per il riequilibrio eteronomo del rapporto*»²⁰⁴, sullo sfondo della generale crisi che il sistema delle fonti del diritto ha subito; ciò in quanto, in primo luogo, il legislatore ha cominciato a delegificare ambiti oggettivi sempre più estesi e ad attribuire alle autorità amministrative poteri normativi sempre più ampi attraverso lo strumento delle "clausole generali" o "clausole in bianco", tanto che i poteri attribuiti alle Autorità indipendenti²⁰⁵ sono stati definiti «*poteri normativi paralegislativi*»; in secondo luogo, sono sfumati i contorni della categoria delle fonti sublegislative, a favore dell'emersione di poteri «*paranormativi*»²⁰⁶. Al riguardo è stato osservato, tuttavia, come se è vero che tale tecnica legislativa che rimette alla

²⁰¹ A. DI MAJO, *Libertà contrattuali e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 5 ss.

²⁰² G. FAUCEGLIA, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

²⁰³ Si rinvia, in generale, a V. BUONOCORE, *op. ult. cit.*, p. 147 ss.

²⁰⁴ G. FAUCEGLIA, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

²⁰⁵ Il riferimento è anche ai poteri attribuiti al CICR di emanare disposizioni attuative in materia di individuazione delle operazioni e dei servizi da sottoporre a pubblicità e disposizioni integrative sulla forma, sul contenuto e sulle modalità della pubblicità, nonché sulla conservazione dei relativi documenti, sui criteri uniformi per l'indicazione e il calcolo delle condizioni economiche e sugli annunci pubblicitari (art. 116, co. 3, t.u. banc.). Il CICR, inoltre, può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma (art. 117, co. 2, t.u. banc.). Nei rapporti al portatore, poi, il CICR stabilisce le modalità di comunicazione della modifica unilaterale, i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo (art. 118, co. 2, t.u. banc.). Al CICR, inoltre, è riconosciuto il potere di indicare il contenuto e le modalità delle comunicazioni periodiche alla clientela (art. 119, co. 1).

²⁰⁶ M. CLARICH, *L'attività normativa della p.a. I poteri della Banca d'Italia*, in *Le fonti del diritto bancario*, a cura di A. Spina e G. Gimigliano, Milano, 2003, p. 57.

normativa amministrativa la determinazione della disciplina di dettaglio, permette un più veloce adeguamento delle previsioni normative alle (rapide) evoluzioni delle esigenze della prassi, è ancor più vero che l'imposizione di schemi uniformi, permette alla clientela di comparare le condizioni praticate dalle diverse banche e di valutare quale tra quelle sia la più conveniente²⁰⁷. In tale contesto, la Banca d'Italia ha emanato la Circolare 21 aprile 1999, n. 229, nella cui premessa, al Titolo X, dedicato alla «*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari*», della versione attualmente in vigore²⁰⁸ si legge che «*la disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari persegue gli obiettivi, nel rispetto dell'autonomia negoziale, di rendere noti ai clienti gli elementi essenziali del rapporto contrattuale e le loro variazioni e di promuovere e salvaguardare la concorrenza nei mercati bancario e finanziario*». Al riguardo, è da notarsi il riferimento espresso all'autonomia negoziale delle parti del rapporto, assente nella versione originaria della richiamata circolare.

Per tentare una delineazione dei poteri attribuiti all'Autorità di vigilanza dalla norma in analisi, occorre, come accennato, tentare di interpretare quest'ultima altresì alla luce del sistema in cui è inserita, facendo particolare riferimento ad altri settori dell'ordinamento il cui richiamo è imprescindibile.

Dalla disciplina generale dei contratti contenuta nel codice civile, infatti, emerge il principio secondo cui le parti private di un determinato rapporto contrattuale possono liberamente determinare il contenuto dei

²⁰⁷ A.M. CARRIERO, G. CASTALDI, *Il processo di formazione della disciplina*, in AA. VV., *La nuova legge bancaria. Commentario*, a cura di P. Ferro Luzzi, G. Castaldi, III, p. 1788 ss. Secondo M. CLARICH, *op. ult. cit.*, p. 61, ciò ha portato al superamento della distinzione tra eteronormazione pubblica ed autonomia privata.

²⁰⁸ *Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia*, Aggiornamento del 10 aprile 2007, Titolo X, Capo I, «*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari*».

contratti entro i limiti previsti dalla legge²⁰⁹. I privati, poi, come noto, possono anche creare nuove tipologie contrattuali diverse da quelle tipiche espressamente disciplinate dal legislatore, purché si tratti di schemi negoziali volti a regolare interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico²¹⁰.

Il riferimento alla meritevolezza degli interessi perseguiti è stato, in via interpretativa, ristretto alla conformità ai parametri di cui all'art. 1343 c.c., ovvero al rispetto delle norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume; eventuali figure contrattuali atipiche potranno essere considerate meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico nella misura in cui nessun contrasto sia ravvisabile con i parametri richiamati.

Conseguentemente, *«l'unico vero interlocutore dell'autonomia privata è costituito dal legislatore»*²¹¹, il solo a poter *«porre dei limiti, speciali o generali, alla libera manifestazione della volontà dei privati»*²¹².

In tale contesto, si rende evidente la specificità della previsione di cui all'art. 117, co. 8, la cui formulazione così come entrata in vigore non ha recepito il riferimento contenuto nel testo presentato al Governo, in cui si faceva espresso riferimento all'art. 1322 c.c.

In primo luogo, tale specificità sembra risiedere nella circostanza per cui il potere di tipizzare gli schemi contrattuali conosciuti dalla prassi è attribuito ad un'autorità amministrativa e non già al legislatore. La tipizzazione qui non è normativa, bensì amministrativa, caratterizzata da *«una maggior agilità e da un maggiore tempismo, ed è quindi in grado di orientare l'esplicazione dell'autonomia privata in maniera più adeguata alle caratteristiche del*

²⁰⁹ Art. 1322, co. 1, c.c.

²¹⁰ Art. 1322, co. 2, c.c.

²¹¹ Così A. NERVI, *op. cit.*, p. 246.

²¹² Ancora A. NERVI, *op. cit.*, *ibidem*.

*mercato bancario e creditizio»*²¹³, le cui caratteristiche sono la continua evoluzione e il rapido sviluppo. In tale contesto, dunque, la scelta del legislatore di affidare ad un'autorità amministrativa il compito di tipizzare (ma non solo) i contratti bancari, anziché lasciarla al legislatore appare giustificata dalla rapida evoluzione del mercato di riferimento.

In secondo luogo, occorre anche ricordare come la norma in analisi si collochi all'interno del Titolo VI del t.u. banc., il quale, in generale, persegue l'obiettivo di predisporre strumenti di tutela per il contraente "debole". In conseguenza dell'esercizio dei poteri attribuiti alla Banca d'Italia, infatti, il cliente dovrebbe essere garantito in astratto dal rischio che dietro ad un certo *nomen* si celino un contenuto e una disciplina contrattuali non corrispondenti al tipo cui il contratto è ricondotto. Per di più, la Banca d'Italia, quale autorità di vigilanza del mercato bancario e creditizio, appare senza dubbio particolarmente indicata a controllarne gli sviluppi ed orientarne l'evoluzione²¹⁴.

Tale potere, dunque, si pone in rapporto di strumentalità con la disciplina di trasparenza, caratterizzata dalla previsione di obblighi informativi che la controparte bancaria deve fornire, come emerge dalla circostanza per cui la previsione di obblighi informativi non è di per sé sufficiente a scongiurare il rischio che il contraente "debole", pur avendo ricevuto tutte le informazioni richieste dalla legge, di fatto si accinga a sottoscrivere un contratto senza concretamente aver contezza del contenuto di questo e, soprattutto, dei suoi effetti. Circostanza che appare aggravata laddove si consideri il dato, quasi ovvio, per cui l'eccesso di informazioni precontrattuali rischia addirittura di provocare gli stessi effetti della carenza di informazioni in quanto non sempre il cliente che riceve dati e notizie in

²¹³ Continua così A. NERVI, *op. cit.*, *ibidem*.

²¹⁴ Ancora A. NERVI, *op. cit.*, p. 249.

gran quantità è poi in grado di comprendere l'insieme delle prestazioni reciproche scaturenti dal contratto, ovvero l'operazione economica nel suo complesso.

L'esercizio dei poteri di cui la Banca d'Italia è stata investita, allora, potrebbe essere in grado di attenuare i suddetti rischi e svolgere, attraverso la schematizzazione e tipizzazione delle operazioni contrattuali, un ruolo attivo di ausilio del cliente nella comprensione degli effetti dei contratti che abbiano un determinato *nomen*.

Ma vi è di più. I provvedimenti dell'autorità amministrativa sono a tal punto vincolanti che, come accennato, eventuali schemi contrattuali difformi dai provvedimenti amministrativi di definizione del loro contenuto sono addirittura nulli. La nullità, per di più, non è l'unico rimedio attraverso cui il legislatore ha voluto presidiare le indicazioni di contenuto prescritte dalla Banca d'Italia: l'esame di tali sanzioni, civili e amministrative, sarà oggetto di analisi nei paragrafi che seguono.

3. I rimedi

Dall'inosservanza, da parte delle banche e degli altri intermediari, delle previsioni contenutistiche dettate dalla Banca d'Italia, conseguono sanzioni di diritto civile e amministrativo.

Sul piano del diritto civile, l'art. 117, co. 8, t.u. banc., sanziona con la nullità i contratti posti in essere in violazione delle previsioni di contenuto dettate dalla Banca d'Italia; come sarà precisato a breve, si tratta di una nullità che, ai sensi della previsione di cui al secondo comma dell'art. 127, opera «*soltanto a vantaggio del cliente*» e che può essere rilevata d'ufficio dal giudice. L'art. 117, co. 8, poi, prevede anche la responsabilità di banche e

intermediari per le conseguenze dannose che dovessero derivare dalla «violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia».

Sul piano del diritto amministrativo, invece, ai sensi dell'art. 128-ter, t.u. banc., qualora nell'esercizio dei controlli di cui all'art. 128 dovessero emergere delle «irregolarità», la Banca d'Italia può adottare misure inibitorie sia definitive sia cautelari²¹⁵.

Ai sensi dell'art. 144, co. 1, lett. d), t.u. banc., infine, l'offerta di contratti in violazione della tipizzazione amministrativa in parola rientra tra le violazioni a cui il legislatore ha ricondotto l'irrogazione di sanzioni amministrative da parte della Banca d'Italia.

²¹⁵ La possibilità, riconosciuta dalla norma in analisi, di adottare misure inibitorie non è una prerogativa esclusiva della norma richiamata che - questo è certo - risulta comunque caratterizzata da rilevanti profili innovativi. L'art. 78, inserito all'interno del Titolo IV la cui attuale rubrica («Misure preparatorie, di intervento precoce e liquidazione coatta amministrativa»), è stata sostituita alla precedente («Disciplina delle crisi») dall'art. 1, co. 10, d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181, conferisce alla Banca d'Italia il potere di «imporre il divieto di intraprendere nuove operazioni oppure ordinare la chiusura di succursali alle banche autorizzate in Italia, per violazione di disposizioni legislative, amministrative o statutarie che ne regolano l'attività, per irregolarità di gestione ovvero, nel caso di succursali di banche extracomunitarie, anche per insufficienza di fondi». In aggiunta, il successivo art. 79 conferisce alla Banca d'Italia i medesimi poteri anche nei confronti delle banche europee, in via provvisoria, in attesa dell'intervento dell'autorità competente potendo, in tal caso, l'Autorità di vigilanza «adottare le misure provvisorie necessarie per la tutela delle ragioni dei depositanti, dei risparmiatori e degli altri soggetti ai quali sono prestati, comprese l'imposizione del divieto di intraprendere nuove operazioni e la sospensione dei pagamenti»; ma anche in via principale, in sostituzione o ad integrazione dell'intervento dell'autorità competente qualora questo sia mancato o sia risultato inadeguato. Un riferimento deve essere fatto anche agli artt. 51 e 52, t.u. fin., rubricati, rispettivamente, «Provvedimenti ingiuntivi nei confronti di intermediari nazionali ed extracomunitari» e «Provvedimenti ingiuntivi nei confronti di intermediari comunitari» che attribuiscono alla Banca d'Italia e alla Consob, nell'ambito delle rispettive sfere di competenza, tra gli altri, il potere di ordinare a Sim, imprese di investimento e di banche extraeuropee, società di gestione del risparmio, Sicav, Sicaf, GEFIA non UE autorizzati in Italia e banche autorizzate alla prestazione di servizi e attività di investimento aventi sede in Italia, in caso di violazione delle disposizioni loro applicabili in base allo stesso t.u. fin., di «porre termine a tali irregolarità».

Nei paragrafi seguenti si procederà all'analisi delle singole sanzioni appena richiamate.

3.1 Le sanzioni civilistiche: la nullità relativa

L'art. 117, co. 8, stabilisce che «*i contratti difformi [dal modello introdotto dalla Banca d'Italia] sono nulli*». Il seguente art. 127²¹⁶, collocato idealmente alla fine della disciplina sulla trasparenza contenuta nel Titolo VI dello stesso t.u. banc., prevede ora in generale che tutte le ipotesi di nullità contemplate nel richiamato Titolo VI «*operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice*» e che le disposizioni sulla trasparenza «*sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente*». Stante la formulazione della norma in vigore prima della riforma operata dal richiamato d.lgs. 141/2010²¹⁷, invece, le nullità in parola potevano «*essere fatte valere solo dal cliente*».

Il t.u. banc. prevede variegata ipotesi di nullità che in taluni casi colpiscono soltanto singole clausole del contratto, in altri, invece, l'intero contratto. L'analisi di tali nullità deve essere condotta nella consapevolezza che il cliente a cui fa riferimento il legislatore è la parte debole del rapporto contrattuale ed è perciò ragionevole aspettarsi che la sua competenza nel settore del credito e del risparmio non sia pari a quella della controparte bancaria, né potrebbe esserlo (almeno nella maggior parte dei casi); ed è così che si comprende allora come la norma in analisi tenti di fornire al cliente – controparte debole - una normativa di protezione, benché questa non sembri

²¹⁶ Articolo così sostituito dall'art. 4, co. 3, d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, come modificato dall'art. 3 d.lgs. 14 dicembre 2010, n. 218 e dall'art. 2, co. 1, lett. a), d.lgs. 19 settembre 2012, n. 169.

²¹⁷ Disposizione che a sua volta aveva innovato rispetto alla disciplina previgente delle leggi 19 febbraio 1992, n. 142 e 17 febbraio 1992, n. 154, in cui non era presente un principio analogo.

essere volta tanto a colmare le “lacune” di quest’ultimo, bensì ad evitare che la banca – controparte forte - usi la propria posizione di vantaggio a danno del cliente²¹⁸.

Al riguardo, con particolare riferimento al tema che in questa sede interessa, si ritiene che la scelta del legislatore di determinare in modo imperativo il contenuto dei contratti, anche attribuendo tale compito alle Autorità di settore, sia funzionale alla normativa di trasparenza, costituendo una garanzia di efficacia di tale normativa la cui applicazione, ove opzionale, sarebbe soggetta al gioco di forze tra le due controparti che non sono in rapporto paritetico²¹⁹; tale soluzione assume i connotati di un controllo *ex ante* sui contratti delle imprese, ampiamente sviluppato in altri ordinamenti, come quello francese dove l’offerta di servizi finanziari avviene per mezzo di «contratti-tipo» prefissati, i c.d. «contratti-modello» il cui contenuto, per quanto riguarda i contratti bancari, è determinato dal Comitato di regolamentazione bancaria, previa consultazione con il *Conseil national de la consommation*²²⁰: si

²¹⁸ Come precisa A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, p. 5 ss., dove chiarisce come la finalità della normativa di trasparenza non sia la diminuzione della forza contrattuale delle banche per incrementare quella dei clienti, quanto l’interesse a che il «potere d’impresa, volto a costruire e gestire prodotti e servizi [...] sia esercitato in modo conforme a determinati obiettivi e secondo date regole (a contenerlo, a correggerne e a indirizzarne l’uso): prima di ogni altro, in ordine logico, ci sarà l’interesse a che questo potere non si trasformi, nel farsi del suo esercizio, in una massa di abusi (in termini, se non altro, di approfittamento da posizione»).

²¹⁹ A.A. DOLMETTA, *op. ult. cit.*, p. 293 ss.

²²⁰ R. LENER, *op. ult. cit.*, p. 23 ss., ha affrontato il tema dei “contratti-modello” dell’ordinamento francese in cui su delega del legislatore, l’autorità amministrativa può imporre l’adozione di “contratti-tipo”, con perdita per le parti del potere di intervento nella determinazione del contenuto del contratto: la scelta si riduce all’*an* della stipulazione. L’ambito in cui tale meccanismo è stato applicato è quello dei contratti dei mercati finanziari e tra i contratti “tipizzati” rientrano l’apertura di credito, il mutuo, la vendita rateale, il *leasing* e l’emissione e gestione di carte di credito. Per di più, la tecnica del “contratto-modello” trova applicazione anche in materia di contratti con i consumatori. L’Autore evidenzia come tale tipizzazione dei contratti renda «inutile una disciplina generale di “trasparenza” bancaria, quale noi la conosciamo». Le reazioni da parte della dottrina francese

tratta di un sistema che prevede delle «*sanzioni a priori*» dell'attività contrattuale delle banche, al fine di prevenire nullità contrattuali che, al contrario, si configurano come delle «*sanzioni a posteriori*»²²¹.

Il nostro ordinamento ha mostrato preferenze per il sistema di sanzioni a posteriori, tanto che la sanzione della nullità ha trovato sempre più spazio quale strumento di tutela della controparte debole, soprattutto da quando è stata disegnata con i contorni della c.d. *nullità relativa*²²², figura a metà strada tra nullità e annullabilità che presenta il carattere assoluto della prima e la relatività della seconda. Al riguardo, tuttavia, è doverosa una considerazione: la fattispecie di cui all'ottavo comma dell'art. 117, come più volte precisato, è quella in cui un imprenditore qualifica determinati contratti con una delle denominazioni individuate dalla Banca d'Italia, prescrivendo poi un contenuto normativo diverso da quello determinato dalla stessa autorità in riferimento a quella denominazione. In un'ipotesi del genere, in applicazione delle norme del codice civile, il contratto rimarrebbe valido, ma verrebbe ricondotto dal giudice ad un tipo contrattuale diverso, se non addirittura qualificato come contratto atipico²²³. La norma in analisi, invece,

non sono state di particolare perplessità di fronte a simile tipizzazione, anzi ne è stata addirittura suggerita l'applicazione ad altri settori dell'ordinamento giuridico (come quello assicurativo, quello delle locazioni abitative, della proprietà immobiliare e persino della vendita di automobili). Alcuni interpreti francesi (che l'Autore richiama nelle note 95 e 96: L. LEAUTE, *Les contracts-types*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1953, p. 429 ss. e J.L. SOURIOUX, *Recherches sur le rôle de la formule notariale dans le droit positif*, Parigi, 1967, p. 18 ss.) hanno sostenuto che l'esigenza del "contratto-modello" nasce dalla ricerca di una «*sanzione a priori*» e dalla volontà di costituire un meccanismo in grado di prevenire la nullità del contratto; si tratta, infatti, di uno schema contrattuale che riunisce i vantaggi del contratto «*a priori*» (quello notarile) e del controllo «*a posteriori*» (quello giudiziale).

²²¹ J. SOURIOUX, *op. cit.*, *ibidem*.

²²² Esplicitata dal legislatore nell'art. 127, co. 2, t.u. banc.

²²³ Così U. MAJELLO, *Commento sub art. 117*, in *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Belli, G. Contento, A. Patroni Griffi, M. Porzio, V. Santoro. *Commentario*. Bologna, 2003, pp. 1943-1944.

sanziona un simile comportamento con la nullità del contratto (nella sua interezza): ma a ciò è stato obiettato che «se la conformità del contratto o del titolo alla denominazione e al contenuto normativo determinato dalla Banca d'Italia è in funzione della trasparenza, cioè dell'esigenza di non sorprendere il cliente offrendogli un contratto in cui si riscontra una difformità tra denominazione e contenuto normativo, la nullità del contratto non può essere fine a se stessa»²²⁴.

Al riguardo, si consideri che il testo presentato al Governo il 2 luglio 1993 sanciva, invece, l'inefficacia delle clausole contrattuali difformi da quanto eventualmente «regolato» dall'Autorità. Conseguentemente, i titoli e i contratti rimanevano validi, salva l'inefficacia della clausola difforme che veniva sostituita con la disciplina predisposta dalla Banca d'Italia.

La nullità sancita dal testo della norma entrato in vigore, invece, testimonia la particolare importanza attribuita dal legislatore al ruolo della Banca d'Italia in materia²²⁵ e riflette un sistema, quello del t.u. banc., ove il rimedio della nullità è accordato non solo alla violazione degli obblighi di forma imposti direttamente dal legislatore, ma anche alla violazione delle forme "amministrative", ovvero fissate discrezionalmente dall'autorità amministrativa, suscitando inevitabili perplessità derivanti dalla considerazione per cui la forma diviene un requisito sostanziale del contratto soltanto nelle ipotesi in cui sia «prescritta dalla legge sotto pena di nullità»²²⁶.

In particolare, la nullità di cui all'art. 127 è stata da alcuni considerata come una nullità virtuale scaturente dalla violazione dei principi enunciati negli artt. 116-126, t.u. banc., quali norme "primarie"; siffatta nullità, al pari dell'«inefficacia» prevista in materia di contratti del consumatore, costituisce

²²⁴ U. MAJELLO, *op. cit.*, p. 1944; cfr. anche A. TIDU, *op. cit.*, p. 1 ss.

²²⁵ Così A. NERVI, *op. cit.*, p. 244.

²²⁶ Art. 1325 c.c.; sul punto si veda N. IRTI, *Notazioni esegetiche sulla vendita a domicilio di valori mobiliari*, in *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Milano, 1986, p. 113; cfr. anche A. NIGRO, *La nuova normativa sulla trasparenza bancaria, cit.*, p. 580.

una coerente esplicitazione del principio generale presente nel nostro ordinamento (art. 1418 c.c.)²²⁷.

Al riguardo, tuttavia, si osserva come la rigidità dell'*iter* argomentativo che porta all'affermazione dell'invalidità del contratto contrario ad una norma imperativa (che, come noto, postula un giudizio relazionale che consenta di qualificare il contenuto o la causa del contratto come violazione del precetto posto dalla norma imperativa²²⁸) impedisce, di fatto, di ricondurre all'interno dell'ambito di applicazione dell'art. 1418 c.c. le fattispecie dell'art. 127, t.u. banc., il quale esclude, in linea di principio, la nullità "assoluta" del contratto e che prende le mosse dall'esistenza di un accordo liberamente concluso dalle parti per conferire diritti e poteri al «cliente della banca»²²⁹.

²²⁷ Per ulteriori approfondimenti sul tema si veda G. DE NOVA, *Il Contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 435 ss., ivi ampi richiami. Con riferimento al t.u. banc., è stato inoltre sottolineato come la disciplina in analisi sia preordinata all'esigenza di tutela non solo del "cliente consumatore", ma anche di ogni altro "cliente non consumatore" e da tale premessa è stata dedotta una differenza "ontologica" della disciplina del t.u. banc. rispetto a quella fondata sulla "qualità" del contraente "consumatore": G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 184 ss.

²²⁸ Tale criterio distintivo coglie uno dei profili più dibattuti della distinzione tra nullità e sanzione; si veda N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007; F. D'AGOSTINO, *Sanzione (teoria generale)* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1989, p. 322 ss.; P. PERLINGIERI, *Incidenza della programmazione sulle situazioni soggettive del privato*, ora in ID, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 39 ss.; si rinvia anche alle relazioni introduttive di G.B. FERRI, *L'idea di programmazione e il sistema attuale*, p. 33 ss., e di S. RODOTÀ, *Tipologia della programmazione*, p. 57 ss., in *Aspetti privati della programmazione economica: atti della tavola rotonda tenuta a Macerata nei giorni 22-24 maggio 1970*, Milano; afferma la soluzione negativa N. IRTI, *La perfezione degli atti giuridici e il concetto di onere*, in *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, p. 149, dove precisa che «le sanzioni (positive o negative) postulano che l'atto sia; l'invalidità esprime invece che l'atto non è».

²²⁹ Per ulteriori approfondimenti in tema di negozio giuridico illecito si veda A. BELLELLI, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Commentario degli artt. 1469-bis, 1469-quinquies*, a cura di G. Alpa e S. Patti, Milano, 1997, p. 689, dove l'Autore assume come "presupposto" della tutela in materia di clausole vessatorie la condotta illecita dell'imprenditore che predispone unilateralmente le clausole contrattuali per imporre un

Invero, le nullità di cui all'art. 127, t.u. banc., attribuiscono al cliente la legittimazione ad affermare il criterio enunciato dalla legge come regola del rapporto contrattuale²³⁰. Diversamente, in applicazione delle norme del codice civile²³¹, il contratto nullo non dovrebbe produrre alcun effetto, «salvo che la legge non disponga diversamente»; l'azione di nullità sarebbe imprescrittibile; il contratto nullo non sarebbe suscettibile di convalida; la transazione avente ad oggetto un contratto nullo sarebbe nulla e la nullità parziale, in senso soggettivo e oggettivo, comporterebbe la nullità dell'intero contratto ove risultasse che «i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte colpita dalla nullità»²³².

In tale contesto, per assecondare l'esigenza di disciplinare con minor rigidità determinati ambiti del diritto, il legislatore, attraverso norme eccezionali, in alcuni casi ha limitato o escluso alcuni degli "effetti negativi" derivanti dall'applicazione delle norme civilistiche richiamate. Ed è ciò che è avvenuto proprio in riferimento alle nullità previste nel Titolo VI, t.u. banc.; a tale stregua, la coerenza a livello sistematico delle norme sull'invalidità, è rimessa al criterio di coordinamento della norma derogatoria con i principi della nullità assoluta, i quali, tuttavia, non sempre sono messi dal legislatore a disposizione degli interpreti²³³.

regolamento peggiorativo delle condizioni dell'aderente. La valutazione in termini di illiceità del comportamento dell'imprenditore sembra emergere altresì dalla previsione dell'azione inibitoria che, tradizionalmente, assolve la funzione di impedire un comportamento illecito.

²³⁰ In questo senso C. FERRARA, *Note in tema di vigilanza della Banca d'Italia e tutela del consumatore*, in *Foro Amm. - C.st.*, 7-8, 2003, p. 2458 ss.

²³¹ Artt. 1418, 1421, 1422, 1423 e 1424 c.c.

²³² L'orientamento prevalente in dottrina esclude che la nullità parziale si estenda all'intero contratto: cfr. E. ROPPO, *I poteri del giudice ex art. 1421 c.c. e la nullità parziale del contratto*, in *Foro pad.*, 1971, I, p. 1099.

²³³ Secondo alcuni interpreti, la coerenza generale del sistema è data dal fatto che le norme eccezionali che attribuiscono determinati effetti al contratto nullo non escludono, in linea di

L'intento di non fornire uno strumento di tutela al soggetto "forte" del rapporto contrattuale, bensì di tutelare il cliente, in quanto soggetto debole, è ciò che giustifica il distacco dallo schema della nullità civilistica sin qui descritto, in cui alla nullità tradizionalmente intesa come disconoscimento della rilevanza giuridica dell'atto di autonomia privata si contrappongono le nullità che «operano solo a vantaggio del cliente». In altri termini, alla base della nullità relativa sembra esservi il senso di ingiustizia verso quelle situazioni in cui l'intermediario, dopo aver concluso un contratto con contenuto non conforme alle prescrizioni dell'Autorità, possa agire per farne dichiarare la nullità: il cliente subirebbe uno svantaggio ulteriore, che andrebbe a sommarsi all'assenza del contenuto predisposto dall'Autorità²³⁴.

Sul punto, la relazione al t.u. banc. si limita a statuire, in riferimento alla versione della norma in vigore prima della richiamata riforma del 2010, che l'art. 127, co. 2, «specifica che tutte le nullità previste (...) possono essere fatte valere solo dal cliente; si tratta di ipotesi di nullità relative»: da tale affermazione sembra «quasi che la soluzione fosse già ricavabile dal previgente sistema di legge, e quasi che, esplicitato il carattere "relativo" della nullità, si potesse ritenere di aver dotato il cliente di un efficace (il più efficace) strumento di tutela»²³⁵.

Proprio l'attribuzione al solo cliente della legittimazione a far valere la nullità aveva suscitato il disappunto di alcuni interpreti²³⁶, secondo cui appariva contraddittorio considerare nullo un contratto soltanto per alcuni

principio, l'applicazione della disciplina della nullità assoluta; sul punto si veda E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 99 ss. e B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, p. 66 ss.

²³⁴ Cfr. R. D'AMBROSIO, *Commento sub art. 127, in Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, cit.*, p. 635.

²³⁵ R. LENER, *Il controllo amministrativo sulla correttezza dei comportamenti degli intermediari nei rapporti contrattuali con la clientela, cit.*, p. 567.

²³⁶ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 247; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, e continuato da L. Mengoni, Milano, 1987, p. 627 ss.

soggetti e considerarlo, invece, valido per altri; tuttavia, se da una parte è innegabile che «*quod nullum est nullum producit effectum*», dall'altra, occorre anche tenere in considerazione il dettato normativo dell'art. 1421, il cui inciso «*salvo diverse disposizioni di legge*» ammette la relatività della legittimazione a far valere l'azione di nullità senza con ciò degradare la nullità relativa ad un'ipotesi di annullabilità²³⁷.

Come accennato, il d.lgs. 141/2010 ha modificato la disciplina della nullità in analisi che si limitava prima a prevedere che le nullità previste dal Titolo VI potessero essere fatte «*valere solo dal cliente*», risultando il testo attuale in linea (fatta salva l'eccezione del riferimento al «*cliente*» anziché al «*consumatore*») con l'analoga disposizione contenuta nell'art. 36, co. 3, cod. cons. Si tratta, in particolare, di una disposizione che innova il testo previgente sotto un duplice profilo. Le nullità previste dal Titolo VI, infatti, adesso «*operano solo a favore del cliente*», mentre secondo la norma previgente era soltanto il cliente a poter «*far valere*» le nullità. In aggiunta, è stata prevista altresì la rilevabilità anche d'ufficio, ad opera del giudice. Conferme in tal senso sono pervenute anche dai giudici di legittimità che in due pronunce del 2014 hanno espresso il principio secondo cui la rilevabilità officiosa delle nullità negoziali deve estendersi anche a quelle cosiddette di protezione, precisando come le richiamate nullità debbano configurarsi, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia, come una "species" del più ampio "genus" rappresentato dalle prime, tutelando le stesse interessi e valori fondamentali — quali il corretto funzionamento del

²³⁷ C. SILVETTI, *I contratti bancari – Parte generale*, in V. Calandra Buonauro, M. Perassi, C. Silveti, *La banca: l'impresa e i contratti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Padova, 2001, p. 366.

mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.) — che trascendono quelli del singolo²³⁸.

²³⁸ Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243, in *Foro it.*, 2015, I, p. 909 ss., con nota di M. Adorno, e *ibid.* p. 931 ss., con nota di S. Menchini, e in *Giur. it.*, 2015, I, p. 71 ss. con nota di I. Pagni e *ibid.* p. 1387 ss. con nota di M. Bove. Le sentenze richiamate, hanno confermato quanto statuito dalla decisione della Suprema Corte, sempre a Sezioni Unite, con sentenza 4 settembre 2012, n. 14828, secondo cui «*Alla luce del ruolo che l'ordinamento affida alla nullità contrattuale, quale sanzione del disvalore dell'assetto negoziale e atteso che la risoluzione contrattuale è coerente solo con l'esistenza di un contratto valido, il giudice di merito, investito della domanda di risoluzione del contratto, ha il potere-dovere di rilevare dai fatti allegati e provati, o comunque emergenti ex actis, una volta provocato il contraddittorio sulla questione, ogni forma di nullità del contratto stesso, purché non soggetta a regime speciale (escluse, quindi, le nullità di protezione, il cui rilievo è espressamente rimesso alla volontà della parte protetta); il giudice di merito, peraltro, accerta la nullità incidenter tantum senza effetto di giudicato, a meno che sia stata proposta la relativa domanda, anche a seguito di rimessione in termini, disponendo in ogni caso le pertinenti restituzioni, se richieste*» (Cass., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 9, p. 1088 ss., in *Vita Not.* 2013, 1, p. 209 ss. e in *Rass. dir. civ.*, 2014, 2, p. 563 ss.). Nelle decisioni in analisi, infatti, i giudici hanno illustrato il seguente ragionamento: «*Sebbene non si rinvenivano disposizioni normative che espressamente escludano la rilevabilità d'ufficio di casi nullità, non pochi autori hanno sostenuto che le nuove fattispecie di nullità cd. protettive, poste al confine fra le due categorie della nullità e dell'annullabilità, sarebbero incompatibili con la rilevabilità d'ufficio e porrebbero un limite di carattere sostanziale ad una tale rilevabilità. E la scelta legislativa di rendere una delle parti arbitra della sorte del contratto parrebbe prima facie porsi in insanabile contrasto logico con l'attribuzione al giudice del potere di sostituirsi ad essa nella valutazione circa la caducazione o la conservazione del vincolo. Ammettere una soluzione diversa creerebbe, dunque, un'insanabile antinomia: da un lato, frusterebbe la ratio della nullità relativa di riservare alla parte protetta la scelta tra conservazione e invalidazione del contratto, dall'altro, porrebbe seri problemi in relazione al principio della disponibilità delle prove. Sarebbe quindi insuperabile la difficoltà di contemperare la ferma preclusione per il giudice di acquisire d'ufficio fatti rilevanti per la dichiarazione di nullità con le nuove nullità di atti che non sono di per sé invalidi, ma (esemplificando) solo se non negoziati, se hanno l'effetto di restringere la concorrenza, se attribuiscono il controllo di una concentrazione o se sfruttano una dipendenza economica. [...] La tesi che esclude la compatibilità tra poteri officiosi e la disciplina delle nullità protettive, pur nella sua indiscutibile suggestione, non è, peraltro, immune da alcune fragilità argomentative, tanto da essere efficacemente contrastata da altra dottrina, favorevole a estendere l'ambito di applicazione dell'art. 1421 cod. civ. anche a quelle nuove invalidità sancite per la violazione di norme poste a tutela di soggetti ritenuti dalla legge economicamente più deboli, di fronte a situazioni di squilibrio contrattuale, sulla scorta del piano quanto efficace rilievo che la legittimazione ad agire ristretta ai soli soggetti indicati dalla norma non si riverbera ipso facto in una consequenziale esclusione del potere di rilievo officioso delle nullità in questione ex art. 1421 c.c. Si è detto "indiscutibile" lo scopo della nullità relativa volto anche alla protezione di un interesse generale tipico della società di massa, così che la legittimazione ristretta non*

La rilevabilità d'ufficio, come noto, è una caratteristica propria delle nullità "codicistiche" (il riferimento è all'art. 1421 c.c.) la quale «*appare coerente con la tesi secondo la quale nel delineare la disciplina delle nullità "relative" o "di protezione" occorrerebbe ricorrere alla disciplina ordinaria della nullità con la sola eccezione delle deroghe espresse alla medesima*»²³⁹.

La rilevabilità d'ufficio inoltre, nell'accordare al cliente effettività della tutela, sembra trovare il proprio fondamento e giustificazione anche nella complessità della disciplina di settore, stante la quale molto spesso il cliente non perviene neppure a conoscenza della causa di nullità del contratto.

Critiche alla rilevabilità d'ufficio, tuttavia, erano state sollevate nel vigore della formulazione previgente della norma, quando si era fatto riferimento a tutte quei casi in cui la declaratoria di nullità di un contratto «*ha conseguenze pregiudizievoli per il cliente o quanto meno anche conseguenze pregiudizievoli*»²⁴⁰ senza che si permetta al cliente di scegliere se eccepire o meno la nullità del contratto.

comporterebbe alcuna riqualificazione in termini soltanto privatistici e personalistici dell'interesse (pubblicistico) tutelato dalla norma attraverso la previsione della invalidità. Il potere del giudice di rilevare la nullità, anche in tali casi, è essenziale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato [...] e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli [...], poichè lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell'autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese. La pretesa contraddizione fra legittimazione riservata e rilevabilità d'ufficio risulta soltanto apparente, se l'analisi resta circoscritta al profilo della rilevanza della causa di nullità. Non può, infatti, tralasciarsi di considerare che il legislatore contemporaneo codifica fattispecie di nullità nelle quali convivono la legittimazione riservata e la rilevabilità d'ufficio (ex aliis, quelle di cui all'art. 36, comma 3 e art. 134, comma 1, Cod. Consumo; quella prevista dal D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 127, comma 2; e la nullità di cui al D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, art. 7). E il potere del giudice, in questi ambiti, rafforza l'intensità della tutela accordata alla parte che, in ragione della propria posizione di strutturale minor difesa, potrebbe non essere in grado di cogliere le opportunità di tutela ad essa accordata», Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit.

²³⁹ A. PORTOLANO, *Commento sub art. 127*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di C. Costa, Torino, 2013, p. 1508.

²⁴⁰ Ancora A. PORTOLANO, *op. ult. cit.*, p. 1508, ove si prosegue riportando gli esempi di G. GRECO, *Commento sub art. 127*, in *Testo Unico Bancario. Commentario, addenda di aggiornamento*

La norma in analisi, come modificata, precisando che le nullità «operano solo a vantaggio del cliente» esprime la propria rilevanza sul piano sostanziale (prima ancora che da quello processuale) in quanto sembrerebbe imporre un limite alla possibilità di dichiarare la nullità, prescindendo «dal profilo dei soggetti titolati a rilevare la nullità»²⁴¹. La soluzione adottata dal legislatore allora non deve essere «intesa come allusione alla legittimazione», essendo invece «relativa al modo di operare unidirezionale della nullità»²⁴², senza che le cause di nullità previste dal Titolo VI possano divenire pregiudizi per il cliente²⁴³.

A livello sistematico, l'art. 127, t.u. banc., si pone come norma di chiusura di un complesso insieme di norme che impongono obblighi agli istituti di credito e attribuiscono diritti alla clientela delle banche. In tale contesto, la nullità imposta dal legislatore diviene uno strumento nelle mani del cliente, non già per permettere a quest'ultimo di sottrarsi al vincolo contrattuale lesivo delle previsioni di legge, bensì per ristabilire il violato equilibrio tra le posizioni delle parti. Tale considerazione permette di cogliere la funzione positiva assoluta dalle nullità dei contratti bancari: la finalità, infatti, non è quella connotata in negativo (artt. 1418-1424 c.c.), volta a rendere privo di rilevanza giuridica il contratto, bensì quella connotata in positivo, volta a garantire a tutti i fruitori dei servizi bancari un equilibrato e corretto svolgimento delle varie fasi della conclusione dei contratti, tanto che

ai d.lgs. 141/2010 e 218/2010, a cura di M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina, V. Santoro, Milano, 2011, p. 1130 ss., in relazione ad un contratto di deposito a risparmio nullo per mancanza della forma scritta, con remunerazione ad un tasso superiore a quello di mercato e ad un contratto di finanziamento nullo sempre per difetto della forma scritta, da cui però deriva l'obbligo di immediata restituzione delle somme erogate.

²⁴¹ Prosegue così A. PORTOLANO, *op. ult. cit., ibidem*.

²⁴² A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contr.*, 2003, p. 205.

²⁴³ A. BALDASSARRE, *Commento sub art. 127*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³, a cura di F. Capriglione, Padova, 2012, p. 2020.

la disciplina prevista dagli artt. 115-126, t.u. banc., è sempre e solo derogabile «*in senso più favorevole al cliente*» ed esclude in ogni caso la nullità assoluta del contratto²⁴⁴. Occorre domandarsi, allora, come dovrebbero essere disciplinati quei contratti che contengono previsioni circa la natura assoluta della loro eventuale nullità. Ebbene, in applicazione dell'art. 1374 c.c., le parti sono obbligate non solo a quanto è stato previsto nel contratto, bensì «*anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge*», con conseguente prevalenza del precetto posto da una norma imperativa rispetto alla diversa volontà delle parti: in una simile fattispecie, allora, troverebbe applicazione il secondo comma dell'art. 1419 c.c.²⁴⁵.

Invero, la scelta del legislatore di rendere nulli i contratti difformi dalle prescrizioni della Banca d'Italia, tra gli interpreti, ha suscitato particolari perplessità, per alcuni versi, maggiori di quelle scaturite dall'attribuzione, in generale, dei poteri di cui all'art. 117, co. 8, all'Autorità, tanto che si è affermato che «*non desta meraviglia che venga conferita alla Banca d'Italia, in considerazione della sua specifica funzione pubblica, il potere dispositivo – che sarebbe proprio delle leggi di diritto privato – di determinare il contenuto normativo di nuovi contratti e di individuarli attraverso una particolare denominazione. Ciò che desta invece perplessità è l'enunciato secondo cui i contratti e i titoli difformi sono nulli*»²⁴⁶.

²⁴⁴ C. FERRARA, *op. ult cit., ibidem*.

²⁴⁵ R. QUADRI, *Nullità e tutela del «contraente debole»*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1143 ss. Sulla stessa scia argomentativa, non sembra possa neppure giustificarsi l'applicabilità a tali fattispecie della disciplina dell'annullabilità, in considerazione del fatto che la discrezionalità accordata al cliente nella scelta se avvalersi o meno del rimedio non vale certo a sminuire la valenza dell'interesse generale sotteso alla nullità. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, p. 243 e R. TOMMASINI, *Nullità, (diritto privato)* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1978, p. 888.

²⁴⁶ U. MAJELLO, *op. cit.*, p. 1943.

La sanzione della nullità, come è stato già da tempo messo in luce da alcuni interpreti, «non appare, nel complesso, reazione adeguata dell'ordinamento»²⁴⁷ che dovrebbe raggiungere il risultato di garantire al meglio il contraente “debole”. Ed invero, le motivazioni alla base della scelta della nullità quale rimedio alla mancata conformità dei contratti a quanto disposto dalla Banca d'Italia non sembrano del tutto convincenti²⁴⁸.

Le perplessità sembrano scaturire, in primo luogo, dalla considerazione (quasi ovvia) che il potere attribuito alla Banca d'Italia di incidere sul contenuto dei contratti bancari non implica di certo la preclusione, per le parti, della possibilità di stipulare contratti diversi da quelli tipici; ciò in applicazione delle regole generali di diritto civile che lasciano all'autonomia contrattuale dei contraenti la libertà di creare contratti diversi dai tipi “codificati” dal legislatore, ove meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322, co. 2, c.c.)²⁴⁹.

Ulteriori perplessità sembrano derivare, in secondo luogo, dalla considerazione secondo cui, mentre il rimedio dell'inefficacia, in quanto permette di “salvare” il contratto voluto dal cliente, salvo uniformarlo al contenuto predisposto dall'Autorità, costituisce evidentemente una tutela migliore per il cliente, il rimedio della nullità, invece, pone il cliente inesorabilmente di fronte alla scelta di accettare il contratto così com'è

²⁴⁷ R. LENER, *op. ult. cit.*, p. 567; ID. *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato»*, *cit.*, p. 231 ss.

²⁴⁸ La sempre più pregnante regolamentazione del mercato da parte del legislatore rende particolarmente difficile ricondurre il contratto contrario a norme imperative ad uno schema giuridico unitario. Alle forme di invalidità contemplate dal codice civile (nullità e annullabilità) si aggiungono ulteriori categorie delineate dagli interpreti quali, ad esempio, l'inefficacia, la nullità relativa, le nullità speciali e l'annullabilità assoluta. Tale prospettiva sistematica, tuttavia, pone l'esigenza di individuare di volta in volta il concreto interesse che la norma imperativa violata intende tutelare.

²⁴⁹ In questo senso già U. MAJELLO, *op. cit.*, *ibidem*.

(difforme rispetto al contenuto sancito dalla Banca d'Italia), oppure far valere la nullità, rinunciando però al contratto.

La scelta, allora, sarà dettata dall'efficacia o meno degli effetti che la legge accorda alla nullità dei contratti: effetti risarcitori e, soprattutto, restitutori²⁵⁰. In altre parole, se è pur vero che è soltanto il cliente ad avere la legittimazione ad agire, è altrettanto vero che, una volta che quest'ultimo abbia scelto di agire in giudizio, sarà costretto a chiedere al giudice di dichiarare nullo il contratto, non avendo altri rimedi a disposizione.

Da quanto precede, sembra quasi che il legislatore abbia «*utilizzato degli enunciati impropri per esprimere delle regole che fossero in linea con la trasparenza*»²⁵¹. In particolare, il riferimento ai contratti «*difformi*» sembra essere rivolto a quei negozi che l'intermediario qualifica con una certa denominazione utilizzata dalla Banca d'Italia, ma che poi presentano un contenuto normativo diverso da quello determinato dall'Autorità in riferimento a quel determinato *nomen*; in tale ipotesi, i contratti diversi da quelli bancari, in applicazione delle regole generali di diritto civile, rimarrebbero validi, pur potendo essere qualificati dal giudice in modo diverso, ove ritenuti dei contratti atipici²⁵².

La scelta del legislatore appare in contrasto con le finalità generali di tutela della trasparenza delle relazioni contrattuali tra banche e clienti perseguite attraverso l'attribuzione dei poteri di cui all'art. 117, co. 8, t.u. banc., alla Banca d'Italia. Tale norma, infatti, in quanto posta a presidio della

²⁵⁰ «È chiaro allora che accederà alla scelta di far valere la nullità solo se la disciplina delle restituzioni potrà essere di sufficiente tutela. [...] Il cliente potrà scegliere di far valere la nullità di obbligazioni bancarie infratriennali da lui sottoscritte, se alla restituzione della somma pagata per sottoscrivere si accompagnano una rivalutazione e interessi tali da recuperare il differenziale tra prezzo di sottoscrizione e valore finale dei titoli». Così G. DE NOVA, *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., p. 214.

²⁵¹ U. MAJELLO, *op. cit.*, *ibidem*.

²⁵² A. TIDU, *op. cit.*, p. 1 ss.

trasparenza contrattuale, dovrebbe comportare, per il cliente, non solo la tutela contro un contenuto del contratto difforme dalle previsioni dell’Autorità, ma anche la tutela contro l’instabilità del contratto stesso. Per tale motivo ci si domanda allora se la nullità, in relazione ai contratti con contenuto difforme non debba essere interpretata come una nullità (solo) parziale, alla stessa stregua della nullità delle clausole previste dal sesto comma dello stesso art. 117. Secondo tale interpretazione²⁵³, il contratto sarebbe nullo soltanto per la parte difforme da quella tipizzata dalla Banca d’Italia, con automatica sostituzione con il contenuto normativo predisposto dall’Autorità. Tale conclusione, pur discostandosi dalle regole di diritto comune relative all’atipicità dei contratti, è stata ritenuta «*in perfetta linea con le esigenze che la trasparenza intende soddisfare mediante il complesso sistema normativo*» della trasparenza²⁵⁴.

La scelta della nullità, a ben vedere, non sembra neppure soddisfare gli interessi delle banche e degli intermediari. Come noto, infatti, in applicazione delle generali regole di diritto civile, la nullità del contratto comportando l’imprescrittibilità dell’azione volta a farla valere in giudizio, riversa notevole incertezza sul rapporto contrattuale, questa volta a discapito delle banche, che non sanno se e quando il cliente deciderà di far valere la nullità del contratto; le incertezze per le banche non vengono meno neppure in caso di fallimento del cliente, poiché sarà il curatore del fallimento colui che potrà far valere la nullità, senza incorrere in alcuna prescrizione.

Sulla base delle considerazioni che precedono, in astratto, si potrebbero ipotizzare dei sistemi di protezione del cliente alternativi alla nullità del contratto, quali, ad esempio, la sostituzione delle clausole non conformi alle previsioni “amministrative” attraverso meccanismi di

²⁵³ Proposta da U. MAJELLO, *op. ult. cit.*, p. 1944.

²⁵⁴ Ancora U. MAJELLO, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

integrazione del contratto, oppure la previsione della non opponibilità nei confronti del cliente della clausola non conforme.

In applicazione della generale disciplina della nullità del contratto, occorre inoltre domandarsi se, invocando l'art. 1424 c.c., non sia possibile convertire il contratto dichiarato nullo in un contratto valido, avente le caratteristiche del nome con cui è stato definito; sul punto in dottrina vi è chi ha espresso alcune perplessità mettendo in luce come, in caso di risposta affermativa al quesito, «*cadrebbe tutto il castello che si è sin qui costruito, perché alla fine, in caso di utilizzazione di un nomen non conforme alla connotazione, si cambierebbe soltanto il nomen, fermo restando il contratto*»²⁵⁵.

Occorre, infine, svolgere una considerazione relativa alla disciplina applicabile ai consumatori. Come noto, in seguito alla riforma del 2011, è entrato in vigore il nuovo art. 115, t.u. banc., il quale dispone che «*le disposizioni del presente capo, a meno che siano espressamente richiamate, non si applicano ai contratti di credito disciplinati dal capo II e ai servizi di pagamento disciplinati dal capo II bis*». In conseguenza di ciò, è venuto meno il rapporto regola generale/regola speciale tra il Capo I, da una parte e il Capo II e il Capo II bis, dall'altra: adesso, il Capo I non si presenta più come una parte generale che contiene una disciplina che, in generale e salvo deroghe espresse, si applica anche alla regolazione del credito ai consumatori e ai servizi di pagamento; bensì, al contrario, al credito ai consumatori (così come ai servizi di pagamento) è riservata una disciplina propria che è quella contenuta nel Capo II, la quale potrà essere integrata (soltanto) con le norme del Capo I «*espressamente richiamate*». Benché i richiami siano molteplici, ciò che la riforma ha comportato è la necessità di detti richiami perché le norme

²⁵⁵ G. DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 215.

di cui al Capo I possano applicarsi al credito ai consumatori: l'ottavo comma dell'art. 117 non è richiamato dalla disciplina consumeristica²⁵⁶.

Alla luce di tale contesto, assume particolare importanza l'art. 34, co. 3, cod. cons. che esclude la vessatorietà delle «*clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che siano riproduttive di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione Europea o l'Unione Europea*». Il testo di attuazione non fa riferimento, invece, alle clausole che riproducono disposizioni regolamentari che, invece, erano state considerate nella dir. 1993/13/CEE²⁵⁷ e nel primo testo approvato alla Camera dei deputati. Tale scelta era già stata fatta dal legislatore con la disciplina previgente al codice del consumo, contenuta all'interno del codice civile. Ai sensi dell'art. 1469-ter, co. 3, c.c., infatti, «*non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che siano riproduttive di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali*», facendo così cadere il riferimento alle norme "regolamentari" contenuto nella direttiva richiamata. In un considerando della direttiva e nell'art. 1, co. 2, si precisa che non sono soggette alla disciplina delle clausole abusive le «*clausole contrattuali che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative e disposizioni o principi di convenzioni internazionali*». Al riguardo, si ritiene che l'inclusione dei regolamenti tra le fonti normative assolve dal giudizio di vessatorietà avrebbe in principio «*scongiurato il rischio di interventi ex post dell'autorità giudiziaria su*

²⁵⁶ G. DE NOVA, *La trasparenza bancaria: lex generalis o lex specialis?*, *Banking contracts and transparency regulation*, in *Bancaria*, 2014, 3, p. 61, ove commenta: «*quasi che un siffatto potere non abbia ragion d'essere per i contratti dei consumatori*».

²⁵⁷ Che esclude espressamente la vessatorietà anche delle clausole che riproducono disposizioni regolamentari.

schemi contrattuali standardizzati dalle autorità di vigilanza e quindi adottati dalle imprese»²⁵⁸.

3.2 Gli effetti restitutori

In conseguenza della dichiarazione di nullità, per il cliente che abbia deciso di farla valere, riveste particolare importanza la disciplina degli effetti derivanti dal contratto nullo. Al riguardo, in applicazione delle regole generali, si deve ritenere che la nullità abbia effetto retroattivo, dal quale scaturisce per il cliente e per la banca l'obbligo di restituire quanto ricevuto dalla controparte in adempimento del contratto dichiarato nullo.

Ciò che non è certo, tuttavia, è quale sia la disciplina applicabile a tali obbligazioni restitutorie. In dottrina, tradizionalmente, si è ritenuto che, in generale, gli obblighi restitutori trovino il proprio regolamento nel modello delineato dalle norme sulla ripetizione dell'indebito (salvo il generale effetto preclusivo della prescrizione dell'azione tesa ad ottenere la ripetizione dell'indebito²⁵⁹)²⁶⁰. In particolare, i sostenitori di tale soluzione ritengono che

²⁵⁸ R. LENER, *Il controllo amministrativo sulla correttezza dei comportamenti degli intermediari nei rapporti contrattuali con la clientela*, cit., p. 570. Cfr. anche A. BARENGHI, *I contratti dei consumatori*, in *Diritto civile*, Vol. III, Tomo II, *Il contratto in generale*, di N. Lipari, P. Rescigno e A. Zoppini, Milano, p. 105 ss.

²⁵⁹ Art. 1422 c.c.: sul punto si veda A. BONFILIO, V. MARICONDA, *L'azione di nullità*, in *I contratti in generale*, a cura di G. Alpa e M. Bessone, IV, Torino, 1991, p. 510.

²⁶⁰ Del resto, questo indirizzo sembra coerente con l'evoluzione storica dell'istituto secondo la quale il codice civile del 1942 avrebbe portato a compimento il processo di unificazione dell'istituto, iniziato con il codice civile del 1865. Infatti, sia nel diritto romano classico, sia in quello giustiniano e poi nel diritto comune vi erano autonome azioni di restituzione: mancava un modello unitario. Tuttavia, il fatto che nel codice civile abrogato la disciplina dell'indebito si rinvenisse in due contesti normativi diversi (tra i quasi contratti, agli artt. 1145 e 1150, e nella sezione del pagamento in genere, all'art 1237) poteva, se mai, fornire prova della disciplina non unitaria degli obblighi restitutori: così A. D'ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 529.

la disciplina della ripetizione dell'indebito sia un modello unitario applicabile a tutte le azioni restitutorie.

Secondo una diversa e meno supportata interpretazione, però, gli effetti restitutori derivanti dalla nullità del contratto²⁶¹ non sarebbero soggetti al richiamato regime ordinario della disciplina dell'indebito oggettivo, bensì ad un regime speciale.

In particolare, le norme degli artt. 2033 ss. c.c. sarebbero idonee a disciplinare gli obblighi restitutori sia nel caso di inesistenza originaria dell'obbligo (ed è il caso in analisi del contratto nullo) sia per ogni ipotesi di caducazione successiva (a seguito di pronuncia di annullamento, rescissione e risoluzione) della fattispecie negoziale fonte delle prestazioni poi risultate indebite²⁶². Il presupposto logico di questa opinione è il ricorso all'azione di

²⁶¹ Ma non solo: il riferimento è anche a quelli derivanti dalla risoluzione del contratto.

²⁶² Aderiscono a questa impostazione tra gli altri: U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, p. 236 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1993, II, p. 583 ss.; P. RESCIGNO, *La ripetizione dell'indebito* (voce), in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino 1968, p. 1238 ss.; E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebito*, (sintesi di informazione), in *Riv. dir. civ.*, 1985, II, p. 211 ss.; ID, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese restitutorie*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 220, il quale così giustifica il fondamento del modello unitario: «Non è facile spiegarsi il perché di un sistema apparentemente non omogeneo, che invece la giurisprudenza e una parte della dottrina considerano monolitico per la forza espansiva della disciplina dell'indebito. Infatti, non vi è dubbio che dal punto di vista delle pretese restitutorie la disciplina dell'indebito e il diritto dei contratti siano andati ognuno per conto proprio, con soluzioni contrastanti e non sempre facilmente armonizzabili. Una chiave di lettura può essere trovata nell'autonomia che l'obbligazione restitutoria da indebito si è conquistata rispetto alla fonte del rapporto fondamentale. Nel sistema delle fonti dell'obbligazione, quale risulta dal Code civil (e, nella sua scia, nel nostro codice civile del 1865), il pagamento dell'indebito costituiva una fonte di obbligazioni diversa dal contratto, confluendo, assieme alla gestione di affari, nella categoria dei quasi-contratti (artt. 1370-1381 Code civil, artt. 1140-1150 c.c. it. 1865). Il sistema non è cambiato con il codice vigente, ove alle due tradizionali figure di quasi-contratto se ne è aggiunta una terza, l'arricchimento senza causa (artt. 2041-2042 c.c.), di cui però si è censurata la collocazione dopo la gestione di affari e il pagamento dell'indebito, quasi come una norma di chiusura. Questa autonomia tra l'azione di ripetizione e i rimedi contrattuali- che ha portato ad accentuare in alcuni ordinamenti di civil law, quale ad es., quello francese, la rilevanza dell'errore del solvens – è tipica dei sistemi, come il nostro, in cui vige il principio di retroattività della caducazione degli effetti del contratto. Ciò comporta che, in caso di

ripetizione dell'indebito come un mezzo di reazione contro ogni spostamento patrimoniale *sine causa*, in tutti i casi in cui venga effettuata in favore di un soggetto un'attribuzione patrimoniale rivelatasi successivamente non dovuta. Diviene irrilevante il fatto che la mancanza di causa sussistesse già al momento del pagamento indebito ovvero sia sopraggiunta a seguito di una pronuncia retroattiva: quello che rileva è la comune circostanza oggettiva del difetto di causa giustificativa dell'attribuzione patrimoniale realizzata, senza distinguere a seconda che si tratti di restituzioni contrattuali o meno. La mancanza di regole che disciplinino espressamente le conseguenze della nullità, così come in generale gli effetti delle impugnazioni contrattuali, ha indotto alcuni interpreti a ritenere che il legislatore abbia talvolta utilizzato espressioni ellittiche, come quella di retroattività, altre volte scelto formule ben più esplicite e non equivoche, come appunto quella del rinvio al pagamento dell'indebito²⁶³. La retroattività della nullità avrebbe, quindi, il compito di cancellare il contratto²⁶⁴ e di dare ingresso, in modo implicito, alle regole della *condictio*, dato che le prestazioni eseguite in base ad un titolo mai

contratto a prestazioni corrispettive, ciascuna delle due prestazioni è valutata autonomamente rispetto all'altra al fine della restituzione. In altri termini, laddove l'obbligazione restitutoria sia la conseguenza della caducazione degli effetti del contratto, l'obbligo dell'accipiens indebiti non segue i principi del contratto, a cominciare da quello della corrispettività tra le due prestazioni restitutorie. Su queste posizioni è attestata fermamente la giurisprudenza italiana che ha escluso l'applicazione dell'eccezione di inadempimento (art. 1460) alle obbligazioni restitutorie ex art. 2033 c.c.».

²⁶³ In questo senso, L. GUERRINI, *Risoluzione per inadempimento e restituzione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, p. 477. Il riferimento è all'art. 1463 c.c., secondo cui, quando il contratto viene risolto per impossibilità sopravvenuta, la parte liberata deve restituire le prestazioni che abbia ricevuto «secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito».

²⁶⁴ In questo senso G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1459*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e diretto da P. Schlesinger, continuato da F. D. Busnelli, Milano, 2007, p. 685 ss., secondo cui sarebbe impossibile «distinguere tra vicende dell'atto e del rapporto». *Contra v.* su tutti V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*², a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, p. 938.

risultato valido²⁶⁵. Da tale lettura, pertanto, la disciplina del pagamento dell'indebito assumerebbe il ruolo di clausola generale²⁶⁶ o di polo normativo²⁶⁷ di tutte le obbligazioni restitutorie. Si tratta del resto di una soluzione che viene frequentemente ribadita dalla stessa giurisprudenza²⁶⁸.

Tuttavia, è proprio da un'attenta lettura delle pronunce giurisprudenziali che emerge lo scarto tra principi di diritto affermati dalla dottrina e soluzioni attuate nel caso concreto dai giudici: l'analisi delle soluzioni praticate dalla giurisprudenza mostra, infatti, come sia solo apparentemente pacifico il principio di riconducibilità di tutti gli effetti restitutori derivanti da contratto inefficace (ma tutto o in parte ineseguito) alla disciplina dell'indebito²⁶⁹.

Le argomentazioni addotte dagli interpreti a sostegno dell'applicabilità delle norme sulla ripetizione dell'indebito si fondano, innanzitutto, sul dato testuale e richiamano l'art. 1463 c.c.²⁷⁰ che, in materia di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, rinvia espressamente agli artt. 2033 ss. c.c. In particolare, secondo questo orientamento, nell'art. 1463 c.c. il

²⁶⁵ Per delle conferme giurisprudenziali in proposito si veda, ad esempio, Cass., 2 agosto 2006, n. 17558, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce Contratto in genere, n. 626.

²⁶⁶ Espressione di E. MOSCATI, in L. Aru, E. Moscati, P. D'Onofrio, *Delle obbligazioni*, Artt. 2028 - 2042 c.c., in Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 225 ss.

²⁶⁷ Espressione di U. BRECCIA, *Indebito (ripetizione dell')* (voce), *Enc giur.*, Roma, 1989, p. 3 nonché ID., *Il pagamento dell'indebito*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, Torino, 1984, p. 932.

²⁶⁸ Cfr. Cass., 27 dicembre 1994, n. 11177.

²⁶⁹ Si rinvia a E. BARGELLI, "Sinallagma rovesciato" e ripetizione dell'indebito. *L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 119, la quale afferma «vengano o meno richiamati gli artt. 2037 e 2038 c.c., le soluzioni della giurisprudenza paiono ispirate a scelte intuitivamente equitative: non sempre accompagnate da una chiara percezione delle questioni teoriche, da una visione globale (e non settoriale) del sistema delle restituzioni e dalla consapevolezza delle loro conseguenze economiche effettive».

²⁷⁰ Questo il dettato dell'art. 1463: «Nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito».

legislatore avrebbe esplicitato quello che invece ha lasciato implicito nelle altre ipotesi di caducazione del contratto: nell'unica disposizione in cui ha disciplinato le obbligazioni restitutorie, lo ha fatto prevedendo l'applicazione delle norme sulla ripetizione dell'indebitto. Questo dato ha fatto supporre che lo stesso richiamo si sarebbe avuto anche per le restituzioni conseguenti alle altre ipotesi di caducazione, se solo il legislatore le avesse disciplinate espressamente.

Al riguardo sono opportune alcune considerazioni.

Non pare veritiera l'affermazione secondo la quale è soltanto con il dettato dell'art. 1463 c.c. che il legislatore si sarebbe premurato di disciplinare le obbligazioni restitutorie. Infatti, dall'analisi di alcuni tipi contrattuali (come i contratti di compravendita e di appalto) emerge una chiara disciplina delle restituzioni: l'aspetto problematico è semmai la definizione dell'ambito di applicazione.

In secondo luogo, il rinvio presente nell'art. 1463 c.c. sembra che debba rimanere circoscritto all'ambito della risoluzione per impossibilità sopravvenuta. Infatti prendendo atto dell'ordine sistematico in cui il legislatore ha disciplinato le varie ipotesi di risoluzione e gli effetti da esse derivanti all'interno del capo XIV del libro quarto del codice civile, si intravede l'autonomia della norma in questione. Più precisamente, tra le tre ipotesi di risoluzione previste nel nostro codice civile, la prima ad essere trattata è quella per inadempimento, rispetto alla quale il legislatore si è limitato a sancirne, all'art. 1458 c.c., la retroattività degli effetti (con le eccezioni che abbiamo già messo in evidenza). La sezione seguente, la seconda, è riservata alla risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta e all'art. 1463 c.c. è presente, appunto, il rinvio alla disciplina dell'indebitto di cui si sta discutendo. Infine, nella terza sezione il legislatore,

regolando gli effetti della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, ha affermato che questi ultimi sono gli stessi stabiliti dall'art. 1458 c.c. Da questo raffronto sembra esservi autonomia tra la norma che prevede la retroattività (per due tipi di caducazione) e quella che espressamente fa rinvio agli artt. 2033 ss. c.c. (per la sola risoluzione per impossibilità sopravvenuta). Se non pare, dunque, facile l'estensione della previsione di cui all'art. 1463 c.c. alle altre tipologie di risoluzione diverse da quella per impossibilità sopravvenuta, ancor meno agevole appare l'esportazione della norma al di fuori dei confini dell'istituto della risoluzione, entro quelli della nullità.

In aggiunta, occorre prestare attenzione ad un elemento riguardante le scelte linguistiche del legislatore. Più precisamente, all'art. 1422 c.c. il legislatore, per riferirsi alle azioni di ripetizione si esprime al plurale, prevedendo che *«l'azione per far dichiarare la nullità non è soggetta a prescrizione, salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione»*; invece, all'art. 1463 c.c., utilizza il singolare riferendosi *«alle norme relative alla ripetizione dell'indebito»*. In riferimento al plurale dell'art. 1422 c.c., è spontaneo chiedersi quante e quali siano queste azioni di ripetizione.

Già questa visione d'insieme sulla collocazione delle norme all'interno del codice civile e sulle espressioni linguistiche utilizzate dal legislatore dovrebbe far sospettare la fragilità della valenza universale del rinvio dell'art. 1463 c.c. Che questo rinvio non possa da solo (come invece si sostiene) costituire le basi di un indiscusso rinvio alla disciplina dell'indebito, è reso ben evidente dalla considerazione di una norma di grande rilievo in materia, della quale, solo di recente, sembrano essere state adeguatamente indagate le implicazioni ai fini che qui rilevano: il riferimento è all'art. 1189 c.c., ovvero

all'unica disposizione che, oltre all'art. 1463 c.c., richiama in modo (apparentemente) diretto la disciplina della *condictio*²⁷¹.

Come noto, le regole sull'adempimento dell'obbligazione prevedono che il pagamento debba essere fatto al creditore, al suo rappresentante ovvero ad un soggetto indicato dall'interessato o autorizzato dalla legge. La norma in questione dispone al riguardo che il debitore che esegue un pagamento a chi, in base a circostanze univoche, è apparso legittimato a riceverlo, è liberato se riesce a provare che al momento del pagamento era in buona fede. In più, ed è questo il punto che a noi interessa, chi ha ricevuto la prestazione sarà tenuto a restituirla al vero creditore, secondo le regole stabilite per la ripetizione dell'indebito. Se da una parte la tutela dell'affidamento determina la liberazione del *solvens* (primo comma), dall'altra, esigenze di giusta causa dell'attribuzione fanno sì che l'*accipiens* sia tenuto alla restituzione verso il vero creditore «secondo le regole stabilite per la ripetizione dell'indebito» (secondo comma). Questa norma offre uno spunto di riflessione significativo. In proposito, infatti, è stato sostenuto²⁷² che, nonostante il rinvio esplicito, la disciplina dell'indebito oggettivo, di fatto, non trova applicazione perché il *solvens* che agisce per la ripetizione dell'indebito *ex art. 2033 c.c.* lo fa sulla base di un titolo che gli deriva dall'aver eseguito una prestazione risultata non dovuta; invece nel caso previsto dall'art. 1189 c.c., il vero creditore (rimasto estraneo alla fattispecie solutoria) agisce sulla base di un titolo preesistente e nei confronti di un soggetto diverso da colui che ha ricevuto il pagamento indebito, l'*accipiens*. In altri termini, nella disciplina dell'indebito la fonte dell'obbligazione deriva dall'aver eseguito una prestazione

²⁷¹ Il riferimento è alla recente analisi di L. GUERRINI, *op. cit.*, p. 9 ss.

²⁷² In particolare si veda E. MOSCATI, *Indebito soggettivo e attuazione del Rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 72 ss.; ID, *Il pagamento dell'indebito*, Milano, 1973. Sul punto si veda altresì U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, *cit.*, p. 287.

(oggettivamente o soggettivamente) non dovuta; invece la disposizione in esame, che si caratterizza per il fatto di attribuire un'azione ad un soggetto (il creditore effettivo) che è rimasto estraneo alla fase solutoria, non sembra coordinabile con il carattere di rimedio personale della *condictio*²⁷³ (che per questo non può essere concesso ad un soggetto rimasto estraneo alla fattispecie solutoria). Emerge allora con tutta chiarezza come dall'aver eseguito un pagamento ad un soggetto che non era il creditore della prestazione adempiuta, nonostante il riferimento testuale, non sorga un'azione di ripetizione *ex art. 2033 c.c.* Alla base di questo ragionamento sembra porsi la seguente condivisibile opinione: l'esistenza di un rinvio espresso non può, in quanto tale, impedire all'interprete di superare l'argomento letterale. In tal senso, dunque, a proposito del riferimento testuale contenuto nell'art. 1189 c.c. si è parlato di richiamo «*non tecnico*» alla disciplina dell'indebito²⁷⁴. Allora appare singolare il fatto che tale superabilità del dato letterale sia stata auspicata e affermata proprio dagli stessi interpreti che poi hanno affermato rigidamente la preminenza dell'argomento letterale *ex art. 1463 c.c.* Dalle considerazioni appena svolte emerge, infatti, come il rinvio esplicito sia insufficiente per affermare la connessione inscindibile tra risoluzione e disciplina dell'indebito e per precludere, quindi, all'interprete il superamento dell'argomento letterale.

²⁷³ In questo senso, L. GUERRINI, *op. cit.*, p. 10.

²⁷⁴ E. MOSCATI, *Indebito (pagamento dell')* (voce), in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 83 ss. Altri, come ad esempio A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano, 1998, p. 564 ss., negano che tra vero creditore e creditore apparente operino le regole del pagamento dell'indebito, e propongono di superare il non coerente dato letterale collocando la fattispecie in esame nell'ambito di un diverso istituto; più precisamente, secondo questa tesi, il riferimento alla normativa sull'indebito andrebbe colto «*sul piano storico*» in quanto «*retaggio del codice abrogato*», e l'azione *ex art. 1189, co. 2*, basandosi su una valutazione comparativa tra il patrimonio del creditore effettivo (privato del proprio diritto alla prestazione), andrebbe qualificata come fattispecie di arricchimento senza causa.

Veri e propri problemi di disciplina delle restituzioni, è evidente, sorgono quando all'interno del contratto non si rinviene alcuna disciplina convenzionale delle conseguenze dello scioglimento del contratto. In mancanza di una chiara disciplina legislativa, si ritiene allora che un'eventuale disciplina convenzionale validamente prevista dalle parti possa risolvere il problema della sorte della prestazioni già eseguite.

3.3 Le sanzioni amministrative: le misure inibitorie

Ai sensi del primo comma dell'art. 128, *«al fine di verificare il rispetto delle disposizioni del presente titolo, la Banca d'Italia può acquisire informazioni, atti e documenti ed eseguire ispezioni presso le banche, gli istituti di moneta elettronica, gli istituti di pagamento e gli intermediari finanziari»*.

Qualora in base alle informazioni ricevute e all'esito delle ispezioni, siano riscontrate delle irregolarità, alla Banca d'Italia, in forza dell'art. 128-ter, lett. a), t.u. banc., è attribuito il potere di inibire *«la continuazione dell'attività, anche di singole aree o sedi secondarie, e ordinare la restituzione delle somme indebitamente percepite e altri comportamenti conseguenti»*, nonché, ai sensi della successiva lett. b), di *«inibire specifiche forme di offerta, promozione o conclusione di contratti»*, disciplinati dal Titolo VI, t.u. banc.²⁷⁵.

²⁷⁵ Secondo la versione originaria dell'art. 128, co. 5, t.u. banc. risalente al 1993, in caso di violazione delle disposizioni sulla trasparenza delle condizioni contrattuali, alla Banca d'Italia era riconosciuto soltanto il potere di proporre al Ministro del tesoro la sospensione dell'attività, anche di singole sedi secondarie, unicamente qualora si fosse verificata un'inosservanza *«ripetuta»* degli obblighi di pubblicità e comunque per un periodo non superiore a trenta giorni. Successivamente, la riforma ad opera del d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342, chiarì come detta sospensione non poteva essere di durata superiore a trenta giorni e fece venire meno l'esclusività della competenza del Ministro del tesoro, accordando poteri anche alla Banca d'Italia, all'Ufficio Italiano dei Cambi e ad altre autorità indicate dal CICR (a seconda delle caratteristiche soggettive degli enti sottoposti a vigilanza). Ciò fino ad un'ulteriore riforma ad opera della l. 7 luglio 2009, n. 88 contenente la delega al governo per il recepimento della dir. 2008/48/CE (in materia di contratti di credito ai consumatori); in

In caso di «particolare urgenza», poi, ai sensi della successiva lett. c), l’Autorità può disporre «in via provvisoria la sospensione, per un periodo non superiore a novanta giorni, delle attività di cui alle lettere a) e b)».

Ai sensi della successiva lett. d), infine, l’Autorità può pubblicare i provvedimenti eventualmente adottati in forza delle previsioni appena richiamate «sul sito web della Banca d’Italia», nonché «disporre altre forme di pubblicazione, eventualmente a cura e spese dell’intermediario».

Diversi interventi normativi in relazione alla norma in analisi hanno comportato un ampliamento delle competenze della Banca d’Italia, ristrette, invece, dalla precedente riforma del 1999²⁷⁶. Prima del 1999, infatti, la Banca d’Italia era l’unica Autorità ad avere competenze in tal senso; successivamente, invece, la competenza ad emanare misure inibitorie era ripartita tra diversi soggetti, a seconda di quali fossero i destinatari delle sanzioni; il Ministero del Tesoro, in particolare, poteva infliggere le richiamate misure inibitorie su proposta: della Banca d’Italia, per quelle da applicarsi alle banche e agli intermediari finanziari iscritti nell’elenco speciale di cui al pregresso art. 107, t.u. banc.; dell’allora esistente Ufficio Italiano dei Cambi, se destinatari dell’inibitoria erano i cambiavalute o gli intermediari iscritti nell’elenco generale di cui al “vecchio” art. 106, t.u. banc., non sottoposti ai controlli prudenziali della Banca d’Italia; delle autorità

particolare, la legge delega, nell’attribuire al governo anche il compito di apportare modifiche alla disciplina del t.u. banc. relativa alla vigilanza sui soggetti che operano nel settore finanziario, muove dalla necessità di «rafforzare ed estendere i poteri amministrativi inibitori [...] per contrastare le violazioni delle disposizioni del titolo VI di tale testo unico, anche se concernenti rapporti diversi dal credito al consumo, al fine di assicurare un’adeguata reazione a fronte dei comportamenti scorretti a danno della clientela». La risposta alla sollecitazione del legislatore è arrivata con il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 che, nel recepire la richiamata direttiva, ha modificato il t.u. banc., introducendo, *inter alia*, l’art. 128-ter in analisi, incrementando così i poteri sanzionatori della Banca d’Italia (dall’art. 128, invece, viene eliminato il riferimento ai poteri inibitori dell’Autorità).

²⁷⁶ Operata dalla richiamata Circolare 21 aprile 1999, n. 229.

individuare dal CICR per le inibitorie di soggetti diversi dalle banche e dagli intermediari finanziari, ma comunque sottoposti alle norme sulla trasparenza di cui al Titolo VI, in attuazione della previsione di cui al secondo comma dell'art. 115²⁷⁷.

La riforma, nel tentativo di ridisegnare in modo più organico il precedente quadro normativo, ha introdotto delle previsioni il cui contenuto differisce (e di molto) da quello delle norme previgenti²⁷⁸. In particolare, le differenze si riscontrano in punto di presupposti per l'applicazione delle misure e in punto di tipologia delle misure adottabili.

Prima di addentrarsi in tale analisi, però, preme sottolineare come l'esito della riforma sia stato altresì un generale rafforzamento delle prerogative riconosciute alla Banca d'Italia in materia di misure inibitorie dovuto, in parte, al trasferimento in capo alla medesima dei poteri che prima spettavano all'Ufficio Italiano dei Cambi²⁷⁹; in parte, all'eliminazione della distinzione tra gli intermediari di cui ai vecchi artt. 106 e 107, t.u. banc., e, infine, al generale ridimensionamento delle prerogative riconosciute al Ministero dell'economia e delle finanze in materia di sanzioni²⁸⁰.

Per quanto riguarda i soggetti destinatari delle misure inibitorie di cui alla norma in analisi, occorre precisare che, contrariamente alla conclusione cui sembrerebbe scontato giungere, non sono necessariamente quelli

²⁷⁷ Ai sensi del quale: «Il Ministro dell'economia e delle finanze può individuare, in considerazione dell'attività svolta, altri soggetti da sottoporre alle norme del presente capo», che non ha subito modifiche rispetto alla versione originaria del 1993, se non per il riferimento a quello che allora era chiamato il Ministro del tesoro.

²⁷⁸ G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *Contratti*, 2010, p. 1041 ss.

²⁷⁹ Art. 62 della l. 28 dicembre 2005, n. 262.

²⁸⁰ Si veda, in generale, G. GRECO, *Commento sub art. 128-ter*, in *Testo Unico Bancario. Commentario, addenda di aggiornamento ai d.lgs. 141/2010 e 218/2010*, a cura di M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina, V. Santoro, Milano, 2011.

sottoposti alla vigilanza informativa e ispettiva di cui all'art. 128, t.u. banc.²⁸¹: risultano, infatti, esclusi i beneficiari e i terzi destinatari di servizi di pagamento. Ciò vale quando il provvedimento inibitorio adottato è quello di cui alla lett. a) della norma richiamata, volto a precludere la continuazione dell'attività di impresa ai soggetti che «*prestano le operazioni e i servizi disciplinati dal presente titolo*»; il riferimento è da intendersi, allora, alle banche e agli intermediari che prestano i servizi e le operazioni rientranti nell'ambito di applicazione delle norme sulla trasparenza bancaria di cui al Titolo VI, t.u. banc., riportate nell'Allegato A della deliberazione del CICR del 4 marzo 2003 (modificata successivamente dal d.m. 3 febbraio 2011²⁸²); a coloro che prestano i servizi e le operazioni di pagamento (ivi inclusi gli emittenti moneta elettronica) e i soggetti individuati dal Ministero dell'economia e delle finanze in forza del richiamato secondo comma dell'art. 115, che, per espressa previsione di legge, sono «*soggetti alle norme del presente capo*».

Tutto ciò, per quanto riguarda i presupposti soggettivi.

In relazione, invece, ai presupposti oggettivi, nel sistema attuale, le «*irregolarità*» che possono portare all'applicazione delle misure in parola non sono soltanto le violazioni degli obblighi «*di pubblicità*» e cioè quelli di cui agli artt. 116 e 123, t.u. banc. (versione previgente); le fattispecie che adesso determinano l'irrogazione delle misure inibitorie non sono tassativamente determinate dalla legge e non si riscontrano neppure restrizioni di sorta²⁸³, ben potendo qualsiasi «*irregolarità*» accertata nell'esecuzione dei controlli di cui all'art. 128 risultare idonea a giustificare l'adozione delle misure inibitorie.

²⁸¹ Ovvero banche, istituti di moneta elettronica, istituti di pagamento, intermediari finanziari di cui all'attuale art. 106, beneficiari e terzi di servizi di pagamento (*ex art. 128, co. 2, t.u. banc.*).

²⁸² Recante «*Determinazioni in materia di credito ai consumatori*».

²⁸³ Il legislatore, infatti, non ha previsto alcuna soglia di rilevanza.

È stato ipotizzato che tale formulazione, ampia e generica, sembra trovare la sua giustificazione «*nella difficoltà di ancorare il controllo sul rispetto della disciplina contrattuale a simili accezioni meglio confacenti all'attività dell'impresa, più vastamente intesa*»²⁸⁴. Siffatto ampliamento dei possibili presupposti per l'adozione delle misure cautelari, nel riflettere la rilevanza data a tutte le irregolarità derivanti da una violazione delle disposizioni in materia di trasparenza e correttezza dei rapporti tra intermediari e clienti, risulta pienamente coerente con lo spirito della riforma di cui al d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 che ha attribuito rilevanza autonoma alle finalità di tutela della trasparenza e correttezza, facendo venir meno la loro strumentalità rispetto alle finalità di vigilanza in senso stretto di cui all'art. 5, t.u. banc.²⁸⁵.

Se, dunque, i controlli per la verifica del rispetto delle previsioni del Titolo VI rispondono ora a finalità più generali, con valenza autonoma rispetto a quelle di vigilanza, «*ne è derivata coerentemente la possibilità di attivare i poteri di intervento della Banca d'Italia in uno spettro più ampio di ipotesi, a tutela di quelle finalità*»²⁸⁶ anche oltre la violazione delle norme di pubblicità delle condizioni contrattuali.

La Banca d'Italia può fare ricorso alle misure inibitorie in parola anche qualora riscontri un possibile pregiudizio esclusivamente per le ragioni di tutela della «*trasparenza delle condizioni contrattuali*» o della «*correttezza dei rapporti con la clientela*» di cui all'art. 128, prescindendo da considerazioni

²⁸⁴ M. PASSALACQUA, *sub art. 128-ter*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 2060.

²⁸⁵ Così A. PORTOLANO, *Commento sub art. 128-ter*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di C. Costa, Torino, 2013, p. 1542. In generale, sulle finalità della disciplina di trasparenza e sul rapporto con l'art. 5, t.u. banc., si rimanda *supra* al Capitolo 1.

²⁸⁶ A. PORTOLANO, *op. cit.*, *ibidem*.

circa il pregiudizio che potrebbe derivare alla sana e prudente gestione e alle altre finalità di cui al richiamato art. 5, t.u. banc.²⁸⁷.

In considerazione di quanto precede, l'«irregolarità», quale requisito per l'irrogazione delle misure inibitorie, sussisterà ogni qualvolta dalla vigilanza informativa e ispettiva di cui all'art. 128 emerga la violazione di una norma di legge o di una disposizione attuativa in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali e di rapporti con la clientela, come, ad esempio, la violazione di una disposizione secondaria di attuazione di quanto disposto dal legislatore nell'ottavo comma dell'art. 117, t.u. banc., stante la strumentalità dei controlli di cui all'art. 128 al «*fine di verificare il rispetto delle disposizioni*» del Titolo VI²⁸⁸.

Per di più, in considerazione della genericità del termine scelto dal legislatore, è stato ritenuto che «*anche un comportamento non immediatamente lesivo di una norma di legge, ma comunque in qualche modo elusivo degli interessi protetti, perché in contrasto con le esigenze di trasparenza e correttezza verso i consumatori giustifichi il ricorso ai poteri d'intervento dell'Autorità amministrativa*»²⁸⁹.

²⁸⁷ Ancora A. PORTOLANO, *op. cit.*, *ibidem*, il quale prosegue inducendo a riflettere circa il caso in cui «*l'intermediario offra ai propri clienti una specifica tipologia di contratto che contenga clausole non conformi alla normativa applicabile, potenzialmente dannosa per la clientela, ma che assuma rilievo del tutto marginale rispetto al complesso delle attività poste in essere dall'intermediario. Tale irregolarità può senz'altro essere sintomatica di una gestione non sana e prudente, testimoniando, ad esempio, dell'inadeguatezza delle procedure di "strutturazione" dei prodotti; può però anche accadere che l'irregolarità derivi esclusivamente da elementi di rilievo circoscritto, non idonei ad investire il giudizio sull'intermediario nel suo complesso. In tale fattispecie deve senz'altro ritenersi possibile l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 128-ter, mentre dovrebbe ritenersi esclusa la possibilità di adottare provvedimenti di rigore ulteriori, quali quelli di cui artt. 70 ss. t.u.b.l.*».

²⁸⁸ R. D'AMBROSIO, *Commento sub art. 128*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, *cit.*, *ibidem*.

²⁸⁹ Prosegue così M. PASSALACQUA, *op. cit.*, p. 2061, ove precisa altresì come sia stata la stessa legge delega a sancire il «*principio, elevabile a criterio interpretativo, di configurare i poteri inibitori quale adeguata reazione ai comportamenti scorretti a danno della clientela*». Si riporta di seguito il testo dell'art. 33, co. 1, lett. b), legge delega n. 88/2009, in cui il legislatore ha

Le misure di cui alla norma in analisi, infatti, così come gli «*altri comportamenti*» che l’Autorità eventualmente decida di imporre, possono essere adottate a seguito del riscontro di «*irregolarità*» di qualunque tipo e portata, essendo sufficiente che la Banca d’Italia, nell’esercizio della sua discrezionalità («*può adottare*»), ritenga che le stesse siano meritevoli di reazione attraverso una delle inibitorie previste dal legislatore. Stante tali presupposti soggettivi e oggettivi, le misure inibitorie che la Banca d’Italia può applicare sono, sotto il profilo degli effetti prodotti, tra loro molto diverse. Dal punto di vista della loro durata, poi, possono essere definitive o provvisorie (o meglio, cautelari), consistendo ciò in un’altra sostanziale differenza che il quadro normativo attuale presenta rispetto al sistema previgente in cui, invece, era contemplata esclusivamente una sospensione per un periodo di tempo limitato; l’unica misura adottabile, quindi, era quella meramente cautelare²⁹⁰.

Irreversibile è, senz’altro, l’inibitoria di cui alla lett. a) della norma in analisi che ha come conseguenza l’inibizione della prosecuzione dell’attività avente ad oggetto lo svolgimento dei servizi e delle operazioni cui al Titolo VI, t.u. banc.; il tutto aggravato dalla circostanza per cui può essere inibita

precisato che nella predisposizione dei decreti legislativi per l’attuazione della dir. 2008/48/CE, «*il Governo è tenuto a seguire, oltre ai principi e criteri direttivi di cui all’articolo 2, anche i seguenti principi e criteri direttivi:*

b) rafforzare ed estendere i poteri amministrativi inibitori e l’applicazione delle sanzioni previste dal testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 per contrastare le violazioni delle disposizioni del titolo VI di tale testo unico, anche se concernenti rapporti diversi dal credito al consumo, al fine di assicurare un’adeguata reazione a fronte dei comportamenti scorretti a danno della clientela. La misura delle sanzioni amministrative è pari a quella prevista dall’articolo 144 del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993, e successive modificazioni, e dall’articolo 39, comma 3, della legge 28 dicembre 2005, n. 262, e successive modificazioni».

²⁹⁰ A. PORTOLANO, *op. cit.*, p. 1541.

non soltanto l'attività della sede principale, bensì anche, o soltanto, di «singole aree»²⁹¹ o «sedi secondarie».

La misura inibitoria di cui alla successiva lett. *b*), invece, si presenta meno gravosa della precedente, in quanto conferisce alla Banca d'Italia il potere («può») di «inibire specifiche forme di offerta, promozione o conclusione di contratti» disciplinati dal Titolo VI, t.u. banc., ma non si spinge fino al punto di impedire del tutto alle banche o agli intermediari finanziari di svolgere la propria attività imprenditoriale.

Per di più, l'inibitoria può cadere soltanto su alcuni aspetti del contenuto contrattuale (su alcune delle modalità attraverso le quali l'accordo è stato regolato dalle parti), senza dover necessariamente comportare la censura del contratto nella sua interezza. Con ciò, il legislatore della riforma ha introdotto un'altra significativa novità rispetto alla disciplina offerta dal "vecchio" quinto comma dell'art. 128 (che contemplava soltanto la sospensione dell'attività).

Ad avviso di chi scrive, la misura inibitoria da ultimo analizzata costituisce in potenza un prezioso strumento di tutela *ex ante* della clientela, in grado di impedire che si stipulino contratti destinati ad essere poi travolti dalla nullità.

Si pensi, infatti, all'ipotesi in cui in esito ai controlli di cui al più volte richiamato art. 128, t.u. banc., la Banca d'Italia accerti che alcuni schemi contrattuali pubblicizzati da banche o altri intermediari presentano una disciplina contrastante con il «contenuto tipico determinato» da essa stessa imposto per quella specifica tipologia contrattuale; in tale ipotesi, infatti, ai sensi della lett. *b*) del primo comma dell'art. 128-ter, la Banca d'Italia potrebbe inibire una simile specifica forma di «offerta, promozione o

²⁹¹ Con ciò la formulazione attuale della norma risulta innovata rispetto al "vecchio" testo dell'art. 128, t.u. banc. che non conteneva il riferimento alle «singole aree».

conclusione» del contratto; va da sé la conclusione per cui l'inibizione di tale pratica impedisce la stipula di un contratto che sarebbe nullo. Per di più, come già precisato, trattandosi di una nullità relativa, unico legittimato a farla valere è il cliente che, discrezionalmente, potrebbe anche scegliere di tenere in vita il contratto dal contenuto difforme rispetto alle previsioni dell'Autorità, senza legittimazione alcuna, al riguardo, riconosciuta in capo alla controparte bancaria né, tanto meno, alla Banca d'Italia.

Sotto il profilo della durata degli effetti della misura in analisi, si è sostenuto che la censura del contratto o di parte di esso sia, «*senza alcun limite temporale*»²⁹², ovvero definitiva.

Le due misure appena analizzate sono state accomunate sotto il profilo degli effetti che producono, poiché si tratta, in entrambe le ipotesi, di misure volte a colpire l'intermediario «*in quanto soggetto attivo nello*

²⁹² Così M. PASSALACQUA, *op. cit.*, p. 2064, ove si precisa altresì che la scelta tra le due diverse misure di cui alle lett. a) e b) della norma in analisi deve essere compiuta in ossequio del principio di proporzionalità, ovvero del minimo mezzo (di origine comunitaria poi recepito anche nel nostro ordinamento, tanto che la richiamata l. 28 dicembre 2005, n. 262 precisa come esso debba essere inteso come «*criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari*» fungendo, dunque, da limite alla discrezionalità dell'autorità amministrativa). Sul principio di proporzionalità si vedano anche D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; F. GUARRACINO, *L'adozione degli atti di regolazione delle autorità del mercato bancario, finanziario, assicurativo e previdenziale*, in scritti in onore di F. Capriglione, a cura di G. Alpa, S. Amorosino, A. Antonucci, G. Conte, M. Pellegrini, M. Sepe, V. Troiano, Padova, 2010, I, p. 237 ss., secondo il quale «*del fatto che l'azione delle pubbliche autorità debba rispettare un criterio di proporzione tra mezzi e fine non sembra, invero, se ne sia mai sostanzialmente dubitato. Il concetto stesso del potere amministrativo come esercizio di una funzione e l'approfondimento della figura dell'eccesso di potere come vizio funzionale dell'attività hanno fatto emergere nel tempo, seppur con formule descrittive diverse, l'esigenza dell'equilibrio e dell'adeguatezza dello strumento rispetto all'obiettivo, consentendo di affermare che il principio di proporzionalità era già presente nel nostro ordinamento come manifestazione del principio di ragionevolezza* » (p. 246); sul punto si veda anche A. PORTOLANO, *op. cit.*, p. 1544.

*svolgimento di attività disciplinate dal Titolo VI*²⁹³; si tratta, infatti, di misure che possono senza dubbio avere effetti sulla clientela, ma soltanto in via mediata e indiretta, dato che la finalità della loro irrogazione è prima di tutto la prevenzione delle «*irregolarità*».

Si tratta, in particolare, di misure che sono in grado di fungere da deterrente, trattandosi di provvedimenti che possono impattare notevolmente – se non irreversibilmente - sull'attività dell'intermediario.

Ovviamente, la possibilità che l'attività dell'intermediario venga sospesa non appena sia riscontrata una violazione delle norme a presidio della trasparenza bancaria impedisce che siano poste in essere condotte ancor più gravi e lesive degli interessi della clientela²⁹⁴. Ed è allora evidente come attraverso la prevenzione di comportamenti dannosi si raggiunga anche il risultato di tutelare i clienti, intesi come collettività indistinta, degli intermediari “interdetti”, benché questa non sia la primaria finalità delle misure richiamate.

I rimedi, invece, volti alla «*restituzione delle somme indebitamente percepite*» e all'astensione da «*altri comportamenti conseguenti*», producono effetti direttamente nei rapporti tra gli intermediari e i loro clienti e sono finalizzate non tanto alla prevenzione di ulteriori irregolarità, quanto alla riparazione del danno subito da determinati clienti. Si tratti di provvedimenti che «*esulano dall'ordinaria dinamica d'esercizio dei poteri della Banca d'Italia e il rapporto tra questa e i soggetti vigilati*»²⁹⁵, espressione di una scelta del tutto nuova del legislatore, in coerenza con il tentativo generale della riforma di

²⁹³ Profilo messo in luce da A. PORTOLANO, *op. cit.*, p. 1542.

²⁹⁴ Fa riferimento a questa funzione delle misure inibitorie la Relazione al d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141.

²⁹⁵ A. PORTOLANO, *op. cit.*, p. 1543.

accordare autonomia ai profili di tutela della clientela, in un'ottica che non è più di mera strumentalità con le finalità di vigilanza.

Il legislatore, però, ha altresì messo a disposizione della Banca d'Italia l'adozione di un'altra misura che, invece, risponde ad esigenze cautelari.

I provvedimenti di cui alle lett. *a)* e *b)*, infatti, presuppongono che l'attività istruttoria di cui all'art. 128 si sia già conclusa e che un'irregolarità sia stata accertata. La sospensione di cui alla lett. *c)*, invece, può essere adottata «*in via provvisoria*», laddove sussista «*particolare urgenza*» tale da non permettere di attendere l'esito dell'istruttoria e l'accertamento dell'irregolarità²⁹⁶.

Si tratta, per di più, di una misura la cui durata massima è stata predeterminata dal legislatore, potendo essere applicata «*per un periodo non superiore a novanta giorni*».

Per quanto riguarda, più precisamente, le tipologie di misure cautelari che la Banca d'Italia può infliggere, il legislatore menziona la sospensione «*delle attività di cui alle lettere a) e b)*», riferendosi, dunque, all'inibizione delle «*attività, anche di singole aree o sedi secondarie*» ovvero alle «*forme di offerta, promozione o conclusione di contratti*», con l'unica differenza in punto di durata che non potrà eccedere il limite temporale imposto dal legislatore²⁹⁷.

Si ritiene, invece, che sia esclusa la possibilità di adottare in via provvisoria il provvedimento che impone «*la restituzione delle somme indebitamente percepite*», ovvero gli «*altri comportamenti conseguenti*»; tale esclusione troverebbe la propria giustificazione nella natura cautelare del

²⁹⁶Urgenza che si traduce nel rischio che nelle more dell'accertamento da parte dell'autorità amministrativa, i clienti continuino a subire una lesione dei loro interessi.

²⁹⁷ Stante il silenzio del legislatore, tra gli interpreti, vi è chi si è interrogato circa la possibilità che la misura cautelare di cui alla lett. *c)* possa essere rinnovata una volta scaduti i novanta giorni; si veda in proposito M. PASSALACQUA, *op. cit.*, p. 2066; M. LIBERTINI, *Le misure cautelari amministrative nella disciplina antitrust*, in *Riv. dir. ind.*, 2008, p. 18.

provvedimento, che mal si applica all'anticipazione di misure che non sono volte a prevenire la commissione di irregolarità da parte degli intermediari (come l'inibitoria temporanea di attività o di modalità di commercializzazione), ma piuttosto a riparare il danno subito dalla clientela in conseguenza di tali irregolarità²⁹⁸.

Infine, ai sensi della lett. *d*) dell'art. 128-ter, alla Banca d'Italia è anche attribuita la facoltà di adottare una misura particolarmente incisiva sulla sfera reputazionale delle banche o degli altri intermediari; si tratta, in particolare, della pubblicazione delle misure inibitorie inflitte dall'Autorità sul sito *web* della Banca d'Italia²⁹⁹ ovvero di «*altre forme di pubblicazione eventualmente a cura e spese dell'intermediario*»³⁰⁰.

Tali misure, da una parte, sono volte a proteggere la clientela, dando pubblicità a comportamenti irregolari (in quanto tali, potenzialmente lesivi degli interessi di questa) e quindi rendendoli conoscibili. Ma si tratta anche di una norma che vuole fungere da deterrente per i comportamenti scorretti: il deterrente, in particolare, consiste nel danno reputazionale che può

²⁹⁸ Cfr. A. PORTOLANO, *op. cit.*, p. 1545.

²⁹⁹ Il contenuto della lett. *d*) in analisi è stato modificato dall'art. 1, co. 5, d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72, dove la «*pubblicazione su un Bollettino*» da parte della Banca d'Italia è stata sostituita con la «*pubblicazione sul proprio sito web*» ed è venuta meno anche la precisazione circa le tempistiche della pubblicazione, «*entro il secondo mese successivo a quello della loro adozione*»; l'Autorità di conseguenza ha aggiornato la pagina del sito *web* dedicata al *Bollettino di Vigilanza*, precisando che «*da luglio 2015, il Bollettino di Vigilanza non è più pubblicato (art. 8 del T.U.B.)*». Il *Bollettino* cui si faceva riferimento della versione previgente della norma è il c.d. *Bollettino di Vigilanza* che, come precisa la stessa Banca d'Italia sul proprio sito *web*, «*contiene gli atti delle autorità creditizie (Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio, Ministro dell'economia e delle finanze e Banca d'Italia) o comunque di rilievo per la Vigilanza emanati fino a giugno 2015. Il Bollettino è strutturato in due Parti, rispettivamente contenenti gli atti a carattere generale, che interessano una pluralità di soggetti, e quelli a carattere particolare, che riguardano specifici operatori; ciascuna Parte è ulteriormente suddivisa in Sezioni*».

³⁰⁰ Ad esempio, su quotidiani o siti *internet*.

derivare dalla pubblicazione della misura inibitoria inflitta ad un determinato intermediario.

Si noti, per di più, che, in assenza di restrizioni in tal senso da parte del legislatore, in astratto, sono passibili di pubblicazione tutte le misure di cui all'art. 128-ter, anche quella cautelare, con la conseguenza che la sanzione reputazionale potrà benissimo essere inflitta prima che l'Autorità abbia accertato in modo pieno la commissione o meno dell'«irregolarità»³⁰¹.

3.4 (segue) e le sanzioni pecuniarie

In aggiunta alla sanzione civilistica della nullità e della responsabilità della banca o degli altri intermediari, il legislatore ha previsto altresì una responsabilità di tipo amministrativo volta a garantire la sicurezza dell'attività bancaria e a limitare i rischi per i risparmiatori, a presidio, più in generale, dell'economia nazionale³⁰².

La materia è stata interessata da una recente riforma, compiuta dal legislatore in due momenti diversi, rispettivamente con il d.lgs. 16 aprile 2012, n. 45 e con il d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72.

In particolare, la norma che, in considerazione dell'oggetto della presente analisi, assume rilevanza è l'art. 144, ora rubricato «*altre sanzioni amministrative alle società o enti*»³⁰³.

L'art. 144, co. 1, lett. d), infatti, sanziona le banche, gli intermediari finanziari, le capogruppo di questi, gli istituti di moneta elettronica, gli istituti di pagamento e i soggetti ai quali sono state esternalizzate funzioni aziendali essenziali o importanti, nonché i soggetti incaricati della revisione

³⁰¹ Così M. PASSALACQUA, *op. cit.*, p. 2068.

³⁰² A. PAPPALARDO, *Commento sub art. 144*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, *cit.*, p. 1737.

³⁰³ Rubrica così sostituita alla precedente, «*altre sanzioni amministrative*», dall'art. 1, co. 51, lett. a), d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72.

legale dei conti, che abbiano proceduto all'«offerta di contratti in violazione dell'articolo 117, comma 8», imponendo l'applicazione di una «sanzione amministrativa pecuniaria da euro 30.000 fino al 10 per cento del fatturato».

L'applicazione della sanzione amministrativa alla fattispecie oggetto della presente analisi è una novità da attribuirsi al d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, che aveva introdotto l'ormai abrogato comma 3-bis ove veniva descritta esplicitamente la condotta illecita sanzionata, in controtendenza rispetto agli altri commi della norma in analisi che, invece, descrivono soltanto in termini generali la condotta tipica dell'illecito amministrativo. In particolare, la condotta illecita posta in essere dai soggetti indicati nella norma, per portare all'applicazione della sanzione, doveva aver assunto un «carattere rilevante» nell'offesa ai beni giuridici protetti, con conseguente rimessione alla valutazione discrezionale della Banca d'Italia la definizione di quali condotte potessero definirsi rilevanti nell'offesa agli interessi della clientela³⁰⁴.

Le riforme più recenti, invece, hanno inciso, da un lato, sull'ambito soggettivo di applicazione della sanzione (che prima si applicava ai soggetti che svolgevano «funzioni di amministrazione o di direzione» e ai «dipendenti»), dall'altro sul *quantum* della sanzione medesima che, secondo il testo previgente, doveva essere ricompresa tra «euro 5.160 a euro 64.555»³⁰⁵.

Sia nella versione attuale della norma sia in quella previgente, la sanzione in parola, al verificarsi dei presupposti richiamati dalla norma, trova necessariamente applicazione: a seguito della riforma del 2010, infatti, questo aspetto non pare più potersi mettere in discussione, stante il dato

³⁰⁴ Cfr. A. PAPPALARDO, *Commento sub art. 144*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 1741.

³⁰⁵ La cornice sanzionatoria non è predeterminata in misura fissa, ma sarà l'autorità amministrativa a determinarla all'interno del minimo e del massimo indicati dalla norma; è evidente come la norma abbia conferito alla Banca d'Italia ampia discrezionalità, in considerazione anche del fatto che i valori, come accade sovente nelle sanzioni bancarie, presentano un'ampia oscillazione tra il minimo e il massimo.

testuale «*si applica la sanzione amministrativa pecuniaria*» adottato in sostituzione del precedente «*è applicabile la sanzione amministrativa*» che aveva fatto sorgere il dubbio circa l'esistenza di una potestà discrezionale in capo alla Banca d'Italia.

LE APPLICAZIONI CONCRETE DELL'ART. 117, CO. 8, T.U. BANC.

SOMMARIO: 1. I titoli. – 1.1 La raccolta non bancaria del risparmio. – 1.1.1 Le cambiali finanziarie. – 1.1.2 I certificati di investimento. 1.2 La raccolta bancaria del risparmio. – 1.2.1 Le obbligazioni. – 1.2.2 I “titoli di deposito”: certificati di deposito e buoni fruttiferi. – 1.2.3 Gli «altri titoli». - 2. I contratti. - 2.1. Il nuovo conto corrente: prima «semplice» poi «di base». - 2.2 Il mutuo fondiario? La parola alla giurisprudenza.

1. I titoli

Ai fini di una più completa analisi della natura e della portata dei poteri attribuiti alla Banca d'Italia in relazione alla determinazione del contenuto dei contratti bancari (e in origine anche dei titoli), occorre ripercorrere l'uso che, nel corso del tempo, l'Autorità ha fatto di tali poteri.

Come noto, prima della riforma ad opera del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, l'ottavo comma dell'art 117, t.u. banc., includeva nell'ambito dei poteri attribuiti alla Banca d'Italia anche i titoli.

Tale riferimento era apparso del tutto inaspettato, dato che, nei sette commi antecedenti, l'unico modello che sembrava essere stato tenuto in considerazione dal legislatore era quello contrattuale. Ciò naturalmente non voleva dire che non fosse possibile anche una regolamentazione della forma e dei contenuti dei titoli emessi dalle banche e dagli altri intermediari, ma il tenore delle disposizioni contenute nei primi sette commi dell'art. 117 lasciava (e lascia) chiaramente intendere che è solo al contratto che si faceva (e si fa) riferimento³⁰⁶.

³⁰⁶ Tanto che in tutti i sette commi dell'art. 117, t.u. banc., il legislatore ha utilizzato il termine «contratto», senza includere alcun riferimento ai «titoli».

Ciononostante, per molti anni dopo l'introduzione della norma in analisi, la Banca d'Italia ha esercitato i poteri da essa derivanti solo in riferimento ai titoli utilizzati per la raccolta del risparmio da parte di soggetti diversi dalle banche (la cosiddetta raccolta non bancaria del risparmio), prescrivendo le «*caratteristiche tipiche minimali*» di detti titoli poiché «*il pubblico deve essere posto in grado di associare a tali forme negoziali posizioni giuridiche certe e determinate nei loro contenuti essenziali*», come ha chiarito la stessa Banca d'Italia nelle richiamate *Istruzioni di vigilanza per le banche*³⁰⁷.

È stato, infatti, soltanto con la recente revisione della disciplina sulla trasparenza³⁰⁸ che la Banca d'Italia è intervenuta per determinare il contenuto dei contratti bancari, proponendo, per la prima volta, la standardizzazione di un contratto, il c.d. «*conto corrente semplice*», disciplinato proprio ai sensi dell'art. 117, co. 8 (che poi ha assunto le vesti del c.d. «*conto corrente di base*»³⁰⁹).

Ciò premesso, un altro dato merita attenzione.

Le *Istruzioni di Vigilanza per gli enti creditizi* del 2 dicembre 1994 contengono indicazioni circa il contenuto che le cambiali finanziarie e i certificati di investimento emessi da soggetti diversi dalle banche devono necessariamente avere; tale disciplina, però, da alcuni interpreti non è stata considerata espressione dell'esercizio dei poteri di cui all'art. 117, co. 8, t.u. banc., bensì delle previsioni di cui agli artt. 11 e 12 della medesima fonte normativa, disciplinanti la raccolta bancaria del risparmio sul mercato e, in via di deroga, anche quella non bancaria.

³⁰⁷ Titolo V, Capitolo 3.

³⁰⁸ Banca d'Italia, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, Sezione III, §. 4.

³⁰⁹ Come si dirà meglio *infra* nel paragrafo 2.2.

In considerazione di ciò, l'analisi dei poteri attribuiti alle autorità di settore in materia di titoli deve essere svolta in chiave sistematica, tenendo conto anche delle norme da ultimo richiamate e del loro rapporto con la previsione di cui all'ottavo comma dell'art. 117.

L'art. 11³¹⁰, in particolare, dopo aver consacrato la raccolta del risparmio come un'attività riservata alle banche, introduce alcune deroghe a tale principio, rimettendo al CICR, ove non disciplinati dalla legge, il compito di fissare «*i limiti all'emissione*» e il potere di «*determinare durata e taglio degli strumenti finanziari, diversi dalle obbligazioni, utilizzati per la raccolta tra il pubblico*»³¹¹, sulla portata della previsione, subito dopo l'entrata in vigore della norma, si era in particolare espresso un Autore, affermando, in riferimento alle previsioni di cui alle lett. *d*) ed *e*) del co. 4 (che sarà oggetto di analisi nei prossimi paragrafi), come attraverso di esse, «*potrà determinarsi, in via regolamentare, l'auspicato irrobustimento di struttura del mercato finanziario domestico e la diffusione di nuovi strumenti operativi per la raccolta di capitali di credito da parte delle imprese*»³¹².

³¹⁰ Questa disposizione riproduce, con alcune modificazioni, il contenuto dell'art. 3 del d.lgs. 14 dicembre 1992, n. 481; la norma da ultimo richiamata è stata emanata in esecuzione della delega legislativa conferita al Governo dall'art. 25, l. 19 febbraio 1992, n. 142 e attraverso cui è stata recepita la previsione dell'art. 3 della seconda direttiva CEE in materia bancaria (dir. 1989/646/CEE).

³¹¹ Co. 4-ter dell'art. 11 aggiunto dall'art. 9.2, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, inserito dall'art. 2, d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37. Si veda anche la disciplina transitoria di cui all'art. 6 del citato d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37.

³¹² V. TROIANO, *op. cit.*, p. 76, il quale a p. 77 prosegue precisando che «*mette conto rilevare la particolare posizione che si riconosce agli operatori creditizi e finanziari nella fase di formazione di circuiti diretti di finanziamento tra le componenti del sistema economico. Invero, pare doversi desumere che, in questo caso, si rinvenga la presenza di un'adeguata protezione delle ragioni dell'investitore (tale da consentire l'introduzione della deroga al divieto di raccolta non bancaria), nel fatto che il flusso di risparmio de quo sia in qualche modo intercettato (non indeterminato) da operatori professionali, nei cui confronti si esplicano forme di vigilanza di tipo prudenziale. L'indirizzo che si viene ad affermare assume ulteriore valenza innovativa ove confrontato con il precedente consolidato atteggiamento di sfavore nei confronti della partecipazione di enti creditizi*

La sola lettura della norma di rango primario è sufficiente per intuire come la disciplina delle emissioni di titoli sia alquanto articolata, prevedendosi un potere di connotazione che si propaga su un doppio binario: da un lato, l'emissione di titoli da parte delle banche e degli altri intermediari, dall'altro, l'emissione ad opera delle società, con attribuzioni, in entrambi i casi, di ampi poteri alle autorità di settore³¹³.

Benché le due figure presentino inevitabili punti di contatto, occorre tenerle distinte e analizzarle separatamente.

1.1 La raccolta non bancaria del risparmio

In conseguenza dei diversi interventi normativi di riforma del diritto societario succedutisi nel tempo³¹⁴, l'art. 11, t.u. banc., ha subito profonde modifiche, che hanno comportato una generale risistemazione della disciplina della raccolta non bancaria del risparmio tra il pubblico. L'attuale formulazione della norma in analisi presenta una struttura molto più complessa di quella del testo originario, risultando la raccolta bancaria del risparmio disciplinata soltanto nei primi due commi della norma, mentre i restanti nove commi hanno ad oggetto la «disciplina della raccolta non bancaria»,

all'emissione di valori mobiliari da non collocare su mercati regolamentati [...]. L'utilizzo del canale bancario e finanziario per la diffusione ed il perfezionamento di operazioni di raccolta di risparmio di credito tra il pubblico diviene oggi, all'opposto, indice di serietà dell'iniziativa, tale da configurare un'adeguata protezione delle ragioni creditorie dell'investitore. [...]È peraltro presumibile sul punto che l'intervento in via regolamentare da parte del CICR riconnetta la concreta applicazione della norma alla ratio che la ispira: se la previsione di favore va riferita alla presenza di condizioni di maggiore protezione del risparmiatore, coerentemente dovranno essere designate le ipotesi nelle quali l'intervento dell'intermediario riesce ad assolvere a questa funzione. Si pensi, per esempio, ai casi in cui il medesimo presti garanzia circa l'adempimento a scadenza dell'obbligazione del debitore, ovvero garantisca il buon esito del collocamento dei valori da questi emessi».

³¹³ Anche se il CICR, dettando una disciplina valida per tutte le società e non soltanto per quelle quotate è andato oltre i limiti della delega conferitigli.

³¹⁴ Il riferimento, in particolare, è alla riforma del diritto societario operata dal d.lgs. 37/2004.

posta in essere da soggetti diversi dalle banche o comunque non assoggettati ai limiti della riserva di cui al secondo comma della norma richiamata.

L'intervento del legislatore, infatti, ha riguardato sia le deroghe alla generale riserva a favore delle banche dell'attività di raccolta del risparmio tra il pubblico sia il perimetro dei poteri regolamentari riconosciuti al CICR in materia (*ex co. 4-bis*, adesso *co. 4-ter* e *4-quater*).

L'esito della riforma è stato senza dubbio un forte ridimensionamento della riserva a favore della raccolta bancaria e riflette l'intenzione del legislatore di ampliare le opportunità di finanziamento per le imprese italiane³¹⁵, offrendo in tal modo modalità di ricorso al credito alternative al tradizionale canale bancario³¹⁶. Ciò in coerenza con la riforma del diritto societario del 2003³¹⁷ che ha notevolmente aumentato la possibilità per le società di ricorrere a forme di indebitamento attraverso l'emissione di strumenti finanziari³¹⁸, nel tentativo di rispondere all'esigenza delle imprese di reperire direttamente sul mercato il capitale di debito.

³¹⁵ Cfr. F. PANETTA, *Crescita economica e finanziamento delle imprese*, Intervento al Convegno dell'Associazione Italiana degli Analisti e Consulenti Finanziari «L'Italia fuori dalla crisi nel 2015?», del 27 gennaio 2015, p. 6 ss.

³¹⁶ Tale scelta è stata fatta anche dal legislatore europeo, come emerge dal Libro Verde pubblicato dalla Commissione Europea e posto in consultazione il 18 febbraio 2015, avente ad oggetto l'«Unione dei Mercati Finanziari» (*Capital Markets Union, CMU*) in cui si rinviene un riferimento espresso all'obiettivo di ampliare i canali di accesso alle risorse finanziarie per le imprese diversi da quelli bancari.

³¹⁷ Ad opera dei d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 e d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 e dal d.lgs. di coordinamento 6 febbraio 2004, n. 37. Per un'analisi ricostruttiva dei diversi interventi normativi sulla disposizione in analisi si veda M. ALBANO, *La raccolta del risparmio tra il pubblico e la riforma del diritto societario*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2005, I, p. 219 ss.; C. BRESCIA MORRA, U. MORERA, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, Napoli, 2006, p. 29 ss.

³¹⁸ Si pensi, ad esempio, all'introduzione, nella disciplina del codice civile prevista per le società di capitali a scopo di lucro e alle società mutualistiche, della possibilità di emettere strumenti finanziari partecipativi che, di fatto, non possono essere qualificati né come azioni né come obbligazioni, ma come una terza tipologia che ha scardinato il vecchio sistema basato sulla bipartizione tra capitale di rischio e capitale di debito.

La finalità dell'art. 11, t.u. banc., infatti, è quella di «contemperare l'esigenza di tutela delle riserve di attività delle banche (e, quindi, la tutela del risparmio) con quella della libertà di investire e di reperire finanziamenti per investitori e imprese»³¹⁹.

In particolare, la norma in analisi individua i casi in cui la «raccolta del risparmio» riservata alle banche può essere svolta anche da altri soggetti: il riferimento è, da una parte, a quelle fattispecie che per il legislatore non costituiscono raccolta del risparmio tra il pubblico (ovvero i casi di inapplicabilità definiti, a livello di legislazione primaria, dai commi 2-bis e 2-ter oppure, a livello di regolamentazione secondaria, dalle previsioni illustrate dal CICR, co. 3) e, dall'altra, alle deroghe espresse nei limiti stabiliti dalla normativa secondaria (co. 4-bis e 4-quinquies)³²⁰.

L'attività di raccolta del risparmio tra il pubblico, infatti, è solo formalmente riservata alle banche, dato che è la stessa legge, secondo determinati criteri e limiti, ad accordare tale possibilità anche ad altri soggetti; in particolare, lo spazio riconosciuto dal legislatore anche a soggetti non bancari sembra finalizzato alla prevenzione degli «inconvenienti insiti ad una

³¹⁹ G. FAUCEGLIA, *Commento sub art. 11*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 89, anche per ulteriori riferimenti.

³²⁰ In questa sede si affronteranno i profili relativi ai poteri attribuiti alle autorità di settore, tralasciando l'analisi puntuale della nozione di «raccolta del risparmio» cui si fa solo brevemente cenno. In estrema sintesi, il primo comma dell'art. 11 sancisce che «*ai fini del presente decreto legislativo, è raccolta del risparmio l'acquisizione di fondi con l'obbligo di rimborso*», in conformità a quanto disposto dall'art. 1, par. 1, dir. 2000/12/CE dove si fa riferimento anche ai depositi o altri fondi «*rimborsabili*»: per un confronto tra la disciplina del t.u. banc. e quella di derivazione europea cfr. G. DESIDERIO, *op. ult. cit.*, p. 383, nt. 41. Le definizioni di «*raccolta del risparmio*», «*fondi*», «*acquisizione*» e «*obbligo di rimborso*» sono state oggetto di attenta analisi da parte della dottrina e della giurisprudenza in considerazione della sanzione accordata dal t.u. banc. all'esercizio abusivo della raccolta del risparmio (art. 130, t.u. banc.); sul tema di rinvia anche alla monografia ID, *L'attività bancaria (fattispecie ed evoluzione)*, Milano, 2004; cfr. anche M. PRESTIPINO, *Raccolta del risparmio tra il pubblico mascherata da servizio di pagamento*, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 428 ss.

*raccolta del risparmio tra il pubblico, senza la copertura di un adeguato controllo prudenziale, ovvero con l'utilizzo di strumenti che rifuggono dal tenere in debita considerazione l'esigenza di tutela del risparmiatore-investitore»*³²¹. Le esenzioni previste dal legislatore, infatti, permettono di delimitare un'area in cui è ammessa una sorta di "concorrenza esterna" al sistema bancario, senza con ciò minare il sistema alla base della riserva della raccolta del risparmio a favore delle banche³²².

La disciplina previgente demandava ampiamente alla fonte amministrativa la determinazione della forma attraverso cui poteva concretizzarsi la raccolta del risparmio tra il pubblico. In particolare, il CICR si era visto attribuire il compito di individuare, su proposta della Banca d'Italia, sentita la Consob, le caratteristiche degli strumenti attraverso cui effettuare la raccolta del risparmio. Il Comitato, inoltre, poteva delineare limiti e criteri della raccolta consentita³²³ ai soggetti diversi dalle banche, tenendo in considerazione anche l'attività svolta dall'emittente al fine di tutelare detta riserva di attività³²⁴. Perseguendo la finalità di disciplinare in modo unitario la materia della raccolta non bancaria del risparmio, le diverse autorità di settore incaricate dal t.u. banc. hanno consacrato tale disciplina in diversi interventi normativi: il CICR con la delibera del 3 marzo 1994, il Ministro del Tesoro con il decreto del 7 ottobre dello stesso anno e la Banca d'Italia con le disposizioni attuative, *Istruzioni di vigilanza per gli enti creditizi*,

³²¹ In G.U. 11 marzo 1994, n. 58. Si veda, G. FAUCEGLIA, *op. ult. cit., ibidem*. Cfr. anche D. SPAGNUOLO, *La cambiale finanziaria tra forma cartolare e funzione finanziaria*, Torino, 2012, p. 45 ss.

³²² N. D'AMICO, A. ENRIA, *La riserva di raccolta del risparmio*, in *La nuova legge bancaria. Commentario, cit.*, I, p. 290.

³²³ Nelle ipotesi di cui alle lett. d) ed e) del "vecchio" co. 4.

³²⁴ Era prevista per di più la possibilità di derogare ai limiti di cui all'allora primo comma dell'art. 2410 c.c. a favore di società con titoli quotati e a favore di enti individuati dallo stesso Comitato tra quelli sottoposti a forme di vigilanza prudenziale.

Capitolo LX, del 2 dicembre 1994, poi confluite all'interno delle *Istruzioni di vigilanza per le banche*, Capitolo II, Titolo IX (Circolare 21 aprile 1999, n. 229).

Il dato che merita attenzione è come siffatta normativa di settore, così strutturata e volta ad accordare alla materia una disciplina organica e unitaria, abbia portato ad una tipizzazione³²⁵ degli strumenti attraverso cui poteva essere conseguita la raccolta del risparmio tra il pubblico ad opera dei soggetti diversi dalle banche, prevedendosi come unici strumenti ammessi le obbligazioni, le cambiali finanziarie (di cui alla l. 13 gennaio 1994, n. 43) e i certificati di investimento (questi ultimi addirittura creati *ex novo* dal CICR con la richiamata delibera del 1994³²⁶)³²⁷.

L'accesso al credito per le imprese diverse dalle banche, infatti, era limitato entro i calchi di tipologie predefinite, costituenti «*un numerus clausus di forme tipizzate, con ulteriori limiti quantitativi, la cui determinazione era delegata alle Autorità creditizie*»³²⁸. In particolare, fu il CICR, con la

³²⁵ Al riguardo si vedano, D. CATERINO, *Le cambiali finanziarie, tra anomalie genetiche e difficoltà sistematiche*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 1215 ss., F. MARTORANO, *Profili cartolari delle cambiali finanziarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, I, p. 129 ss. e V. TROIANO, *Le polizze di credito commerciale*, Bari, 1994, p. 75 ss.

³²⁶ G. FAUCEGLIA, *Prime riflessioni sui certificati di investimento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, I, p. 435.

³²⁷ Si accenna solamente in questa sede che la raccolta mediante cambiali finanziarie e certificati di investimento era consentita alle società e agli enti quotati e anche a società non quotate purché queste ultime avessero i bilanci degli ultimi tre esercizi in utile e che i titoli emessi fossero garantiti da garanzie bancarie o di altri soggetti vigilati, in misura almeno pari alla metà del loro valore di sottoscrizione. Agli intermediari finanziari di cui al Titolo V, t.u. banc., invece, era preclusa la raccolta mediante cambiali finanziarie e certificati di investimento, con l'unica eccezione riconosciuta a favore degli intermediari finanziari vigilati iscritti nell'elenco di cui all'allora art. 107, t.u. banc. Rispetto a quanto previsto dall'art. 2410 c.c., in relazione alle società non finanziarie e ai richiamati intermediari finanziari di cui al richiamato art. 107, con titoli negoziati in mercati regolamentati, la disciplina di attuazione aveva elevato fino all'ammontare del capitale sociale versato ed esistente e delle riserve risultanti dall'ultimo bilancio approvato il limite per l'emissione di obbligazioni.

³²⁸ D. SPAGNUOLO, *op. cit.*, p. 43.

deliberazione del 3 marzo 1994, a stabilire che la raccolta del risparmio da parte di soggetti diversi dalle banche, tramite acquisizione di fondi con obbligo di rimborso, poteva effettuarsi «*esclusivamente*» attraverso l'emissione di obbligazioni, certificati di investimento e cambiali finanziarie;

Particolarmente interessante appare al riguardo riferire le considerazioni che nel periodo successivo alla richiamata delibera furono prospettate dagli interpreti, i quali, in generale, ritennero la tipizzazione giustificata da «*evidenti esigenze di controllo e di governo del mercato dei valori mobiliari*»³²⁹. Il problema prospettato, in particolare, riguardava la sussistenza o meno della facoltà per le imprese di continuare a «*creare*» strumenti atipici, e la possibilità o meno, per i soggetti diversi dalle banche, di utilizzare ancora, a tal fine, strumenti già noti, come per esempio le accettazioni bancarie o le polizze di credito commerciale. Al riguardo, l'opinione prevalente era nel senso di ritenere che l'intera disciplina della raccolta e la regola della tipicità degli strumenti per il finanziamento alle imprese trovassero la loro giustificazione, e il loro limite, nel presupposto dello svolgimento di tale attività nei confronti di un pubblico «*indifferenziato*»; si riteneva inoltre che la raccolta riguardasse sì il risparmio, ma solamente quello «*pubblico*»³³⁰. Nell'ipotesi in cui, invece, il rapporto di finanziamento fosse stato instaurato sulla base di relazioni «*bilaterali*» tra investitore e soggetto finanziato, e qualora il reperimento di tali risorse fosse avvenuto sulla base di trattative personalizzate con determinati soggetti, non sussistevano i presupposti per l'applicazione della disciplina speciale, riguardante appunto la raccolta presso il pubblico. La stessa Banca d'Italia, nelle *Istruzioni di Vigilanza* del 2 dicembre 1994, escludeva che la fattispecie

³²⁹ A. BASSI, *Disciplina delle cambiali finanziarie*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 86.

³³⁰ Per tutti, P. SPADA, *Dai titoli cambiari ai valori mobiliari (suggerimenti della "leggina" sulle cambiali finanziarie)*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1995, p. 500 ss.

raccolta del risparmio, e quindi l'applicazione dell'intera disciplina ad essa inerente, ricorresse quando il reperimento di risorse avveniva sulla base di trattative personalizzate, nei limiti stabiliti dal CICR e dalla Banca d'Italia presso banche e società vigilate oppure quando si trattava di raccolta presso soci e dipendenti, o nell'ambito di gruppi. Si era osservato tuttavia come la sottrazione dei titoli tipici alla disciplina della raccolta del risparmio tra il pubblico e il riconoscimento della possibilità di emissione di titoli atipici, presupponessero implicitamente che gli uni e gli altri non fossero destinati alla circolazione, se non nei limiti precisati³³¹. D'altro canto, le *Istruzioni* della Banca d'Italia, perlomeno per quanto riguarda le cambiali finanziarie, sembravano voler introdurre un'interpretazione riduttiva della perentoria formulazione dell'art. 1, co. 3, della l. 13 gennaio 1994, n. 43, secondo il quale l'emissione di cambiali finanziarie costituisce raccolta del risparmio ai sensi dell'art. 11 del T.U. del 1993, ed è disciplinata dalle disposizioni del medesimo articolo ³³² ; con la conseguenza che «*questa disposizione autorizzerebbe, infatti, a sostenere che ogni documento cartolare che sia formalmente definibile cambiale finanziaria, debba essere assoggettato in ogni caso alla disciplina dell'articolo 11 del T.U., anche se in concreto esso sia destinato alla raccolta del risparmio non presso il pubblico; mentre invece la raccolta non presso il pubblico, essendo sottratta a tale disciplina potrebbe essere effettuata anche attraverso la emissione di cambiali ordinarie e di titoli atipici*»³³³.

³³¹ Ancora P. SPADA, *op. ult. cit., ibidem*.

³³² Come si evince dai lavori preparatori, la norma riportata nel testo è il risultato di un emendamento presentato dal Governo volto ad «*armonizzare la disciplina concernente l'emissione delle cambiali finanziarie con quella dell'art. 11*», t.u. banc., stante le discrepanze presenti nel progetto originario. Al riguardo si veda il resoconto della seduta del 21 dicembre 1993 della Camera dei deputati, VI Commissione Finanze in sede legislativa.

³³³ Così A. BASSI, *op. cit.*, p. 87. Di opposta opinione, invece, P. SPADA, *op. cit.*, p. 504, il quale ha ritenuto che la disciplina cartolare della cambiale finanziaria si dovesse tenere distinta da quella inerente la raccolta del risparmio tra il pubblico, con conseguente ammissibilità

Come accennato, con la riforma del diritto societario il legislatore ha fatto venire meno la tipizzazione in parola, accordando ampio spazio all'autonomia privata delle imprese non bancarie nella determinazione degli strumenti, anche di tipo cartolare, da utilizzare per reperire fondi sul mercato³³⁴. In coerenza di ciò, la formulazione dell'art. 11, t.u. banc., è stata modificata³³⁵, risultando ora diversi i requisiti necessari per godere dell'esenzione al generale divieto (pur essendo rimasto immutato l'impianto originario); ed infatti, la nuova formulazione dell'art. 11, t.u. banc., esonera dal divieto di raccolta del risparmio tra il pubblico le società, per la raccolta effettuata ai sensi del codice civile mediante obbligazioni, titoli di debito od altri strumenti finanziari, e per altre ipotesi espressamente consentite dalla legge. Al CICR risulta ancora attribuito il potere (seppur più limitato del precedente) di individuare gli strumenti finanziari la cui emissione costituisce raccolta del risparmio, determinandone i limiti di emissione, la durata e il taglio.

L'ambito sul quale ha inciso il legislatore della riforma (l'ampliamento delle possibilità di ricorso diretto al risparmio diffuso al di fuori dei tradizionali canali bancari) inerisce ad interessi particolarmente sensibili che possono presentare ripercussioni sulla sicurezza dei prestiti e fiducia dei risparmiatori³³⁶; ed è in relazione alla protezioni di tali interessi che trova giustificazione il sempre più marcato intervento pubblico nella materia in analisi, a discapito dell'autonomia privata, «con la conseguenza di spostare il

dell'emissione di cambiali finanziarie fuori dall'ambito di applicazione delle norme pubblicistiche di tutela del risparmiatore.

³³⁴ In particolare le due contrapposte finalità da contemperare erano, l'esigenza di mettere a disposizione delle imprese strumenti ulteriori di finanziamento (in coerenza con le nuove opportunità offerte dalla riforma del diritto societario) e l'imprescindibile garanzia della tutela dei risparmiatori: V. TROIANO, Commento *sub* art. 11, *cit.*, p. 160 ss.

³³⁵ Ad opera del d.lgs. n. 37/2004.

³³⁶ V. TROIANO, Commento *sub* art. 11, *cit.*, p. 144.

controllo dell'ordinamento verso il profilo della loro utilizzazione, allorché siano coinvolti il risparmio e le condizioni di funzionamento del mercato»³³⁷. Tali finalità, in particolare, sembrano perseguirsi in una prospettiva preventiva più che rimediale, per mezzo della previsione di requisiti di accesso a tali forme di finanziamento, ruolo che risulta svolto prevalentemente dalla normativa secondaria. Il CICR ha messo in atto i poteri conferitigli dal legislatore, modificando l'art. 11 richiamato, con la delibera 19 luglio 2005 (poi integrata con delibera del 22 febbraio 2006); con tale provvedimento il Comitato ha individuato la categoria degli «strumenti finanziari di raccolta del risparmio» alla quale appartengono «le obbligazioni, i titoli di debito e gli altri strumenti finanziari che, comunque denominati» contengono un obbligo per l'emittente di rimborso di denaro. In particolare, dall'analisi della disciplina fornita dal Comitato, si nota come quest'ultimo non abbia proceduto con una catalogazione puntuale degli strumenti tipici utilizzabili dalle imprese per reperire le risorse tra il pubblico: al contrario, è stata riconosciuta, l'atipicità delle operazioni di raccolta del risparmio attraverso l'emissione di strumenti finanziari o di titoli di debito, anche qualora privi dei connotati propri del titolo di credito³³⁸.

Si noti, inoltre, che il quarto comma dell'art. 11, t.u. banc., nella sua formulazione originaria, prevedeva che le disposizioni del CICR potessero derogare ai limiti indicati dall'art. 2410 c.c. Si trattava, in particolare, di una enunciazione che presentava qualche difficoltà, non essendo chiaro se tale facoltà andasse intesa come riferita alle sole emissioni obbligazionarie, ovvero potesse estendersi a tutte le forme di raccolta individuate ai sensi

³³⁷ D. SPAGNUOLO, *op. cit.*, p. 44; in questo senso anche P. MASI, *Spunti di riflessione sui problemi "nuovi" dei titoli di credito*, in *Studium iuris*, 1995, p. 18.

³³⁸ Si veda M. MIOLA, *Gli strumenti finanziari nella società per azioni e la raccolta del risparmio tra il pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, p. 467.

della medesima lett. d). In questa seconda ipotesi si sarebbe addivenuti, in sede amministrativa, «*alla indicazione di un limite massimo all'indebitamento dell'impresa, saturabile mediante il ricorso alle diverse forme tecniche di indebitamento privato ivi contemplate*»³³⁹.

Un ulteriore dato su cui preme porre l'attenzione riguarda la modalità attraverso cui il Comitato ha inteso tutelare in generale l'attività di raccolta del risparmio: attraverso una selezione del mercato degli investitori cui i soggetti diversi dalle banche possono accedere che vede imposta la soglia minima (in termini di taglio) pari a 50.000 euro per ciascun titolo (a meno che non si tratti di strumenti finanziari destinati alla quotazione ed emessi da società con azioni quotate in mercati regolamentati), con conseguente esclusione dei piccoli risparmiatori; sono stati poi imposti rigidi limiti quantitativi alla raccolta, "importati" dall'art. 2412 c.c. e derogabili soltanto ove sia prestata garanzia di solvenza dell'emittente da parte di un investitore professionale sottoposto a vigilanza prudenziale, in conformità a quanto previsto dagli artt. 2412 e 2483 c.c., rispettivamente per s.p.a. e s.r.l. o nelle altre ipotesi specifiche previste per le emissioni obbligazionarie. Il CICR ha poi rimesso alla Banca d'Italia l'emanazione di istruzioni applicative «*a tutela delle riserve di attività di raccolta del risparmio tra il pubblico e di attività bancaria*», le quali sono state predisposte dall'Autorità di vigilanza con provvedimento del 21 marzo 2007.

Tale intervento ha assunto un particolare valore cogente che, da alcuni interpreti, è stato ritenuto assente nella previsione di cui all'art. 117, co. 8, in quanto il CICR era chiamato ad individuare in via esclusiva i titoli emettibili dai soggetti diversi dalle banche, finendo di fatto per tipizzare le forme della raccolta non bancaria del risparmio, ponendosi a fondamento di tale scelta la

³³⁹ Così commentava V. TROIANO, *Commento sub art. 11, cit.*, p. 76.

«necessità di delineare una disciplina unitaria ed organica della raccolta del risparmio consentita ai soggetti diversi dalle banche e di prevedere, in tale ambito, adeguate cautele in favore dei risparmiatori»³⁴⁰.

La soluzione contemplata dal legislatore nell'ottavo comma dell'art. 117, t.u. banc. ante riforma, invece, sembrava essere volta a favorire l'emissione di titoli «istituzionali» in quanto, in relazione a tali valori, venivano fissate solo le «caratteristiche tipiche minime che permettevano di distinguere tali strumenti di raccolta da altri potenzialmente fungibili»³⁴¹.

La diversità tra le finalità che il legislatore ha assegnato agli interventi delle autorità di settore (Banca d'Italia e CICR), nei due diversi momenti normativi, sembra risiedere nel fatto che l'intervento di cui all'art 11, t.u. banc., è primariamente volto alla tutela del risparmiatore, mentre quello di cui all'art. 117, co. 8, persegue tale obiettivo anche attraverso il rafforzamento del mercato.

Ciò fino alla delibera CICR del 4 marzo 2003 e del testo attuale delle Istruzioni di vigilanza per le banche (15° aggiornamento del 17 dicembre 2013) con cui è venuta meno la tipizzazione in parola: «la raccolta del risparmio tra il pubblico è vietata ai soggetti diversi dalle banche, fatte salve le deroghe previste dall'art. 11, comma 4, del T.U. e la raccolta effettuata mediante emissione di strumenti finanziari secondo le modalità e i limiti di seguito previsti. Sono comunque precluse ai soggetti non bancari la raccolta di fondi a vista e ogni forma di raccolta collegata all'emissione o alla gestione di mezzi di pagamento»³⁴².

Per quanto riguarda, più specificamente, le competenze riconosciute al CICR, la novella del 2004, come accennato, ha ridisegnato i contorni delle prerogative e dei limiti dei poteri attribuiti al Comitato.

³⁴⁰ Come si legge nel preambolo della deliberazione CICR 3 marzo 1994.

³⁴¹ Istruzioni di vigilanza per le banche, Titolo V, Capitolo 3, Sezione I.

³⁴² Cfr. Titolo IX, Capitolo 2, Sezione III, § 1.

In primo luogo, a tale Autorità è stato attribuito il potere di indicare i criteri per l'individuazione degli strumenti finanziari, comunque denominati, la cui emissione costituisce raccolta del risparmio. La volontà del legislatore sembra essere stata quella di «*affidare all'autorità di settore l'enucleazione dei criteri generali in base ai quali configurare, al di là del nomen adoperato, quegli strumenti da attrarre all'area rilevante della raccolta del risparmio*»³⁴³. In particolare, ai sensi dell'art. 3, co. 1, della delibera CICR, le obbligazioni, i titoli di debito e gli altri strumenti finanziari in relazione ai quali sia previsto l'obbligo di rimborso sono qualificati come «*strumenti finanziari di raccolta del risparmio*».

In secondo luogo, il comma 4-ter dell'art. 11 attribuisce al Comitato il «*compito*» di fissare limiti all'emissione e il «*potere*» di determinare, su proposta formulata dalla Banca d'Italia, sentita la Consob, la durata e il taglio degli strumenti finanziari diversi dalle obbligazioni, utilizzati per la raccolta del risparmio tra il pubblico, se non disciplinati dalla legge.

Il comma 4-quater, poi, attribuisce al CICR il compito di determinare i criteri e i limiti (anche in deroga a quanto previsto dal codice civile) della raccolta del risparmio effettuata dai soggetti che esercitano nei confronti del pubblico attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma e ciò «*a fini della tutela della riserva di attività bancaria*».

Dall'attuale assetto normativo, rispetto a quello previgente, emerge con tutta evidenza una restrizione dei poteri e delle prerogative attribuiti al CICR: il compito di cui al comma 4-ter, infatti, relativo alla fissazione dei limiti dell'emissione, è subordinato alla condizione che la legge medesima non abbia già provveduto alla determinazione della relativa disciplina, risultando, di fatto, un'attribuzione di riserva; il potere di determinare le

³⁴³ V. TROIANO, *Commento sub art. 11*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³, a cura di F. Capriglione, Padova, 2012, p. 146.

caratteristiche degli strumenti finanziari diversi dalle obbligazioni risulta circoscritto alla definizione della durata e del taglio dei medesimi titoli; così come la deroga ai limiti del codice civile di cui al comma 4-*quater*, che vale solo per la raccolta delle società finanziarie e sempre al fine di tutelare la riserva di attività a favore delle banche.

Per quanto concerne poi la *ratio* delle attribuzioni riservate al Comitato, si ritiene che tale impianto normativo si giustifichi «*tenendo conto della circostanza che tale assegnazione di compiti segue la riforma del diritto societario che ha direttamente definito le connotazioni generali delle strumentazioni operative a disposizione delle imprese per l'accesso al risparmio, affidando ampiamente all'autonomia statutaria la loro concretizzazione e conformazione (vedi art. 2346, comma 6, e l'art. 2349 c.c.). Di talché, l'intervento assegnato alla fonte amministrativa viene prioritariamente a concentrarsi sui profili di confronto di tale autonomia con le esigenze di tutela del risparmio e di preservazione delle riserve delle banche*»³⁴⁴.

La riforma del diritto societario, infatti, ha favorito l'ampliamento della possibilità di raccolta e tale impostazione è stata ulteriormente confermata da un recente intervento legislativo³⁴⁵ che ha riformulato il quinto comma dell'art. 2412 c.c. sui limiti delle emissioni di obbligazioni di società azionarie³⁴⁶.

³⁴⁴ V. TROIANO, *op. ult. cit.*, p. 164.

³⁴⁵ Operato dall'art. 32, co. 26, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella l. 7 agosto 2012, n. 134.

³⁴⁶ L'attuale formulazione del comma quinto dell'art. 2412 c.c. è la seguente: «*I commi primo e secondo non si applicano alle emissioni di obbligazioni destinate ad essere quotate in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione ovvero di obbligazioni che danno il diritto di acquisire ovvero di sottoscrivere azioni*». La Relazione illustrativa al decreto crescita chiarisce che «*Le disposizioni contenute nell'articolo intendono semplificare ed integrare l'attuale ordinamento degli strumenti per il finanziamento dell'attività d'impresa, consentendo in particolare la sollecitazione del mercato monetario e finanziario da parte di emittenti finora esclusi, come le imprese non quotate, medie e piccole (secondo la classificazione europea), ampliando infine le opportunità di*

L'esito della riforma è stato duplice.

Sul piano soggettivo, è stata estesa anche a favore delle società non quotate la possibilità di emettere obbligazioni in misura superiore al doppio del capitale sociale, purché le obbligazioni emesse in eccedenza siano destinate alla sottoscrizione da parte di investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale³⁴⁷: la disciplina previgente, invece, sanciva un'espressa riserva soltanto a favore delle società con azioni quotate in mercati regolamentati. Ora, invece, anche le società non quotate possono ricorrere a tale forma di finanziamento senza limiti d'importo purché i titoli emessi siano quotati su un mercato regolamentato.

Sul piano oggettivo, l'esenzione si applica, alternativamente, ai titoli destinati alla quotazione in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione oppure a quelli che attribuiscono il diritto di acquisire o sottoscrivere azioni³⁴⁸.

investimento degli operatori istituzionali nell'economia nazionale. L'obiettivo del provvedimento è allineare le opportunità finanziarie del sistema nazionale a quelle offerte dai più avanzati sistemi industriali e finanziari europei. L'introduzione della nuova regolamentazione Basilea III determina un prolungato periodo di razionamento del credito all'economia. Il mutamento delle regole di "welfare", con il passaggio a sistemi previdenziali contributivi, preme per un aumento strutturale della propensione al risparmio a fini pensionistici integrativi, con domanda d'investimento correlata. Con le seguenti norme si mira ad aprire un circuito d'intermediazione diretto tra risparmio ed investimento, per indirizzare stabilmente parte delle risorse raccolte a lungo termine (previdenza, accumulazione, investimento) verso il sistema produttivo delle PMI nazionali. I beneficiari, definiti dal comma 1, sono le società non emittenti strumenti finanziari quotati su mercati regolamentati o su sistemi multilaterali di negoziazione diverse dalle micro-imprese come definite dalla raccomandazione 2003/361/CE della Commissione Europea del 6 maggio 2003».

³⁴⁷ In generale, per ulteriori approfondimenti sul punto si rinvia a N. CIOCCA, *Gli strumenti finanziari obbligazionari*, Milano, 2012, p. 256; P. CARRIÈRE, *I minibond e le "nuove" obbligazioni partecipative: problemi di inquadramento sistematico*, in *Società*, 2014, p. 183 ss.; V. CIMMINO, *L'emissione di obbligazioni convertibili in azioni*, in *Società*, 2014, p. 393 ss.; A. TRON, A. CAPUTO, *Le novità sull'emissione di titoli a breve e medio/lungo termine per le Pmi*, in *Fisco*, 2012, 40, p. 6408 ss.

³⁴⁸ Come incentivo per l'accesso da parte del titolare di capitale di credito al capitale di rischio. In generale, al di fuori delle menzionate deroghe, l'emissione obbligazionaria presso il pubblico incontra i limiti sanciti dal richiamato art. 2412 c.c., ovvero il doppio del capitale

Come accennato, è stata soprattutto la riforma della disciplina delle società di capitali³⁴⁹ ad incidere profondamente sull'ambito di applicazione e sulla portata dell'art. 11, t.u. banc., imponendo «*all'interprete di rivedere le posizioni assunte sulla materia*»³⁵⁰. Dalla nuova formulazione dell'art. 11 emerge, infatti, come il legislatore abbia «*evidentemente inteso superare la nozione di raccolta del risparmio ivi delineata come delimitata all'acquisizione del capitale di credito da parte dell'impresa bancaria*»³⁵¹, sicché è stato sostenuto che nella nuova nozione di raccolta del risparmio ai sensi del (nuovo) art. 11 vi rientri «*ogni operazione che nella sostanza economica sia caratterizzata dal rimborso del denaro da parte di chi l'ha ricevuto in modo da poterne disporre*»³⁵².

In conseguenza delle richiamate novità legislative si è sentita allora la necessità di adeguare e rivedere alcune previsioni del t.u. banc., al fine di tracciare i confini tra le riserve di raccolta del risparmio tra il pubblico e di attività bancaria, da un lato, e la raccolta del risparmio consentita alla generalità delle imprese, dall'altro.

Il d.lgs. 37/2004 ha, infatti, modificato l'art. 11 per coordinarlo con le novità introdotte a seguito della riforma del diritto societario in materia di emissioni di obbligazioni, titoli di debito e altri strumenti finanziari. Il nuovo

sociale: i titoli emessi in eccedenza rispetto a tale limite possono essere collocati esclusivamente presso soggetti sottoposti a forme di vigilanza prudenziale. In caso di successiva circolazione delle obbligazioni (oltre il circuito degli investitori qualificati) chi le trasferisce è tenuto a garantire la solvenza della società. Analogamente, le società a responsabilità limitata possono emettere titoli di debito esclusivamente presso soggetti qualificati che, in caso di circolazione presso il pubblico, dovranno rispondere con il proprio patrimonio.

³⁴⁹ Come delineata dai d.lgs. 5/2003, 6/2003 e (specialmente) dal d.lgs. di coordinamento 37/2004 che ha avuto un forte impatto sull'art. 11, t.u. banc.

³⁵⁰ L. ROVELLI, *La genesi e i contenuti qualificanti della riforma*, in *Le nuove s.p.a.*, trattato diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, I, Bologna, 2015, p. 38

³⁵¹ Ancora L. ROVELLI, *op. cit.*, p. 39.

³⁵² G. DESIDERIO, *L'attività bancaria, cit.*, p. 386 e, in generale, C. MOTTI, *Commento sub art. 10, in Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, cit.*, p. 167.

art. 11 non risponde più all'esigenza di ampliare, per mezzo di deroghe, le facoltà di raccolta non bancaria consentite dal codice civile, ma assume, invece, «una valenza sostanzialmente ricognitiva delle scelte compiute nel codice e da altre disposizioni di legge che abilitano particolari soggetti o forme di raccolta»³⁵³, in conseguenza dell'ampliamento della capacità delle imprese di autofinanziarsi (attraverso una vasta gamma di titoli a disposizione).

In particolare, tra le deroghe al divieto di raccolta del risparmio presso il pubblico, la norma in analisi contempla la raccolta effettuata dalle società nei limiti previsti dal codice civile e quella espressamente consentita da altre previsioni di legge³⁵⁴.

L'attuazione di tali novità legislative è avvenuta, da parte del CICR, con la deliberazione del 19 luglio 2005, successivamente integrata con la deliberazione del 22 febbraio 2006 che recepisce le modifiche apportate dalla legge per la tutela del risparmio³⁵⁵ al codice civile in materia di limiti alle emissioni obbligazionarie; da parte della Banca d'Italia, invece, con le *Istruzioni di vigilanza per le banche* del marzo 2007, le quali hanno contribuito a segnare il confine tra strumenti di capitale e strumenti di debito, di fondamentale importanza per la tutela della riserva bancaria dell'attività di raccolta. In quest'ottica, la soluzione adottata nelle *Istruzioni di vigilanza per le banche* è attenta non solo ai dati formali, ma anche «alla configurazione sostanziale degli strumenti finanziari di volta in volta proposti», individuando un obbligo di rimborso (con conseguente applicazione dei limiti all'emissione) non solo nei casi in cui tale obbligo sia formalmente previsto, ma anche

³⁵³ L. ROVELLI, *op. cit.*, p. 23.

³⁵⁴ Nella norma in analisi è contenuta anche la precisazione «nel rispetto della tutela del risparmio» la quale, come è stato commentato, «suona quasi da monito per i futuri legislatori che volessero ulteriormente ampliare la possibilità di raccolta di operatori non vigilati», così L. ROVELLI, *op. cit.*, p. 23.

³⁵⁵ L. 28 dicembre 2005, n. 262.

quando esso sia desumibile dalle caratteristiche dei flussi finanziari connessi con l'operazione ovvero condizionato a parametri oggettivi, quali l'«*andamento economico dell'impresa*».

Non ricadono, invece, all'interno della nozione di "raccolta" gli strumenti che attribuiscono il diritto di ricevere prestazioni patrimoniali tipicamente connesse alla qualità di socio (come ad esempio il diritto di partecipare a una quota degli utili netti o del patrimonio netto risultante dalla liquidazione dei beni dell'impresa), indipendentemente dall'attribuzione di diritti amministrativi.

Un ulteriore risultato che la regolamentazione in parola ha raggiunto è la determinazione dei limiti all'eventuale emissione di strumenti finanziari di raccolta in mancanza di loro fissazione e disciplina da parte della legge (co. 4-ter). Al fine di evitare elusioni derivanti da una diversa qualificazione giuridica degli strumenti utilizzati, è stata adottata la soluzione di applicare a tutti gli strumenti finanziari gli stessi limiti e deroghe previsti dal codice civile per le emissioni obbligazionarie, in tal modo superando le «*possibili incertezze sull'applicazione del predetto sistema civilistico anche a strumenti finanziari di raccolta che non presentino tutte le caratteristiche tipologiche delle obbligazioni*»³⁵⁶.

³⁵⁶ L. ROVELLI, *op. cit.*, p. 23. Per completezza, occorre precisare come la richiamata riforma abbia inciso anche sul profilo riguardante l'indicazione di limiti, anche in deroga a quanto previsto dal codice civile, per la raccolta da parte di intermediari che svolgono attività di finanziamento nei confronti del pubblico (art. 4-*quater*). La generale estensione della facoltà di emissione delle società di capitali, infatti, ha reso evidente l'esigenza di una regolamentazione specifica dell'attività di raccolta del risparmio effettuata da tali operatori, tenendo in considerazione, da una parte, lo stretto regime di vigilanza cui sono sottoposti i diversi tipi di intermediari (ex artt. 106 e 107) e, dall'altra, le esigenze di tutela della riserva di attività bancaria che derivano dal congiunto svolgimento dell'attività di raccolta del risparmio e di esercizio del credito. L'entrata in vigore della riforma del Titolo V del t.u. banc. comporterà il superamento della distinzione tra intermediari iscritti nell'elenco generale (art. 106, t.u. banc.) e nell'elenco speciale (art. 107, t.u. banc.) e ciò molto

1.1.1 Le cambiali finanziarie

Introdotte nell'ordinamento italiano con la l. 13 gennaio 1994, n. 43³⁵⁷, le cambiali finanziarie costituiscono uno strumento per la raccolta non

probabilmente «potrà indurre a un ripensamento anche della disciplina dei limiti all'emissione per queste categorie di intermediari»: parole di L. ROVELLI, *op. cit.*, p. 26.

³⁵⁷ Recante «Disciplina delle cambiali finanziarie», pubblicato in G.U., 20 gennaio 1994, n. 15. Legge emanata nell'ambito di un generale processo di riforma della normativa in materia creditizia e finanziaria. L'aspetto peculiare che ha caratterizzato la genesi delle cambiali riguarda il fatto che quando la legge del 1994 le ha introdotte e disciplinate, queste erano del tutto inedite nel panorama cartolare italiano, sebbene accostabili, sotto il profilo strutturale e funzionale, ad altre tipologie di strumenti del tutto «atipici» (quali le polizze di credito commerciale e i *commercial papers*, titoli di credito noti al diritto anglosassone dotati della forma della *promissory note* (e perciò strutturalmente assimilabili alle cambiali finanziarie). Ed infatti la legge sulle cambiali finanziaria è stata ritenuta «strana» in quanto «viene ad introdurre – e quasi, diremmo, a promuovere – uno strumento di finanziamento totalmente nuovo, incorporato in un titolo di credito dotato della forma del pagherò cambiario, di cui in realtà non sembrava sentirsi l'estrema necessità, e che in ogni caso non aveva trovato quella “tipicità sociale” che, oltre a costituire in qualche modo la “giustificazione” dell'intervento regolatore (legittimante o proibente), funge molte volte anche da chiave interpretativa determinante nella soluzione dei problemi concretamente insorti nella prassi; e ciò sia per il legislatore, che può così sapere fin dall'inizio quali profili di tutela appaia più opportuno considerare, sia per l'interprete, che della disciplina può suggerire eventuali aggiustamenti o sciogliere nodi, in vista della soluzione che meglio si attagli alla “funzione socialmente tipica” dello strumento. Ma la stranezza è, a ben vedere, solo apparente, in quanto è facile verificare come la l. n. 43/1994 dovesse inquadrarsi, nelle intenzioni del legislatore, in un progetto globale di intervento a disciplina della raccolta pubblica del risparmio, con l'obiettivo non solo di determinare severe regole “prudenziali” a salvaguardia del pubblico dei risparmiatori, ma altresì a tipizzare a priori gli strumenti attraverso i quali tale attività si realizza», così D. CATERINO, *op. cit.*, pp. 1218 e 1219. Nonostante la l. 43/1994 abbia rimosso gran parte degli ostacoli (di natura civilistica e fiscale) che avevano frenato la diffusione delle polizze di credito commerciale, nel ventennio successivo all'introduzione delle cambiali finanziarie si è registrato uno scarso utilizzo di tale strumento (le emissioni di tali strumenti, infatti, sono state scarse, di importo generalmente poco significativo e poste in essere quasi esclusivamente da imprese di grandi dimensioni, benché nelle intenzioni del legislatore vi fosse l'utilizzo di tali strumenti soprattutto da parte di piccole e medie imprese). Su tali temi si veda A. URBANI, *Le cambiali finanziarie nelle dinamiche del mercato*, Padova, 2013; cfr. ID, *La cambiale finanziaria. Commento alla legge 13 gennaio 1994, n. 43*, in *Commentario breve al diritto delle cambiali, degli assegni e di altri strumenti di credito e mezzi di pagamento*⁵, a cura di L. Salamone, P. Spada, Padova, 2014, p. 303 ss., ove si mostra come la l. 43/1994 e gli altri provvedimenti coevi che hanno interessato la materia finanziaria fossero tra loro legati e siano poi confluiti all'interno del t.u. banc. e del t.u. fin., considerati parte dello stesso

processo di strutturale rinnovamento della normativa in materia creditizia e finanziaria. Il primo disegno di legge al riguardo risale al 1972, presentato al Senato nel 1985. Il modello di riferimento iniziale delle cambiali finanziarie è rappresentato da c.d. *commercial papers* diffusi nei sistemi di *common law*, attraverso cui le imprese potevano accedere direttamente al mercato di risparmio per far fronte alle esigenze economiche di breve termine. Negli Stati Uniti, in particolare, lo sviluppo di tali strumenti di debito è stato favorito da due principali fattori. In primo luogo, la presenza della forte industria dei fondi di mercato monetario (Fmm) che (grazie anche ai rendimenti regolati e più bassi offerti dai depositi bancari e dalle restrizioni esistenti sull'investimento negli stessi) ha visto i *commercial papers* come degli strumenti su cui investire le proprie risorse. In secondo luogo, la capacità di tali strumenti di soddisfare diverse esigenze degli utilizzatori, con conseguente livello stabile di domanda. Le *commercial papers* attualmente costituiscono un segmento fondamentale del mercato monetario statunitense e si presentano come titoli di credito emessi a sconto con scadenze mediamente pari a 30 giorni (che comunque tecnicamente non eccedono i 270 giorni per sottrarsi all'applicazione degli obblighi informativi, di prospetto, regolati dalla SEC (*U.S. Securities and Exchange Commission*) con il *Securities Act* del 1933. A differenza di altre forme di indebitamento delle imprese, l'emissione di *commercial papers* risponde ad un determinato programma: conseguentemente, l'emissione non avviene in un'unica soluzione, ma in diverse e molteplici *tranches*, a seconda delle necessità dell'emittente e sempre nel rispetto delle condizioni indicate nell'*information memorandum*. La conseguenza di siffatto sistema è che al normale rischio di credito insito nei *commercial papers*, quali strumenti di debito, viene ad aggiungersi quello c.d. di *rollover*, derivante dall'eventualità che l'emittente non riesca a rispettare i termini programmati, procedendo all'emissione successiva e provocando così il *default* del programma stesso. Per comprendere l'importanza degli strumenti in parola per il mercato monetario statunitense, occorre considerare i volumi in termini di emissioni: nel periodo 2012, in particolare, le emissioni di *rating* ottimo (A1/P1) hanno raggiunto il picco massimo 5 miliardi di dollari e quelle di *rating* soddisfacente (A2/P2) addirittura i 5.2 miliardi di dollari. Si tratta poi di emissioni che hanno interessato anche il mercato europeo, in particolare quello francese e britannico: la Francia, occorre precisarlo, in Europa si è distinta per essere stato l'unico Paese ad aver sviluppato cambiali di tipo *demand-driven* simile a quello statunitense. Altra caratteristica delle emissioni francesi consiste nelle grandi dimensioni dei soggetti emittenti (multinazionali ed enti pubblici), in evidente controtendenza rispetto all'Italia, dove si sta tentando di promuovere il più possibile l'emissione di tali strumenti da parte delle piccole e medie imprese (Pmi). Il controllo su siffatte emissioni è attribuito alla *Banque de France*, alla quale deve essere presentato un *information memorandum*, paragonabile al nostro documento di ammissione) da cui deve trasparire la situazione economico-finanziaria dell'emittente. Per una rassegna delle principali operazioni che hanno visto l'utilizzo dei *commercial papers* si vedano A. BOMPANI, E. CATELANI, *Project bond & commercial paper. Obbligazioni garantite, subordinate, partecipative e cambiali finanziarie alla ricerca di investitori qualificati*, Milano, 2012, p. 105. Cfr. anche D. SPAGNUOLO, *L'esperienza delle commercial papers negli Stati Uniti ed in Europa – Profili di disciplina generale*, in *La raccolta non bancaria del risparmio*, a cura di G. Fauceglia,

bancaria del risparmio, volte a rispondere alla necessità economica delle imprese di reperire capitale di credito a breve termine, con modalità alternative, o comunque complementari, alle emissioni azionarie e obbligazionarie e secondo modalità meno onerose rispetto alle tradizionali forme di intermediazione bancaria³⁵⁸.

La disciplina della legge del 1994 è completata, per ciò che riguarda l'utilizzo della cambiale finanziaria come strumento di raccolta del risparmio tra il pubblico, dalla normativa secondaria di attuazione che ha posto ulteriori requisiti nel tentativo di uniformare la scarna disciplina di legge³⁵⁹ con quella degli altri strumenti finanziari della raccolta del risparmio (obbligazioni, titoli di debito e altri strumenti che comportano un obbligo di

Torino, 1996, p. 25 ss.; C.W. CALOMIRIS, C.P. HIMMELBERG, P. WACHTEL, *Commercial Paper, corporate finance, and the business cycle: a microeconomic perspective*, Carnegie-Rochester Conference Series on Public Policy, 1995, p. 203 ss. Sulle emissioni italiane si rinvia ancora a A. BOMPANI, E. CATELANI, *op. cit.*, *ibidem*; D. SPAGNUOLO, *La cambiale finanziaria tra forma cartolare e funzione finanziaria*, *cit.*

³⁵⁸ Si legge, infatti, sulla Relazione accompagnatoria al progetto di legge (A.C. 2309, XI Legislatura) che l'intervento normativo era volto a rendere più agevole per le imprese il ricorso al «*capitale di credito a minor costo rispetto alla normale intermediazione bancaria*», precisando come si tratti di un «*ordinario strumento di indebitamento a medio termine*», complementare alle obbligazioni. Tale esigenza si giustifica in considerazione dell'accresciuto fabbisogno finanziario delle imprese, da cui consegue la necessità di ridurre i costi insiti nel ricorso a fonti esterne di finanziamento e di rivolgersi direttamente al mercato per l'approvvigionamento di risorse finanziarie. Per ulteriori approfondimenti sui lavori preparatori si veda V. AMATO, *Lavori preparatori della l. 13 gennaio 1994, n. 43, recante «Disciplina delle cambiali finanziarie»*, in *La raccolta non bancaria del risparmio*, a cura di G. Fauceglia, Torino, 1996, p. 127; in generale sul tema delle finalità della disciplina in esame, R. RAZZANTE, *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, a cura di G. Liace e R. Razzante, XII, Torino, 2005, p. 291.

³⁵⁹ L. 13 gennaio 1994, n. 43, si articola, infatti, in appena cinque articoli (suddivisi in complessivi nove commi) disciplinanti sia gli aspetti più propriamente cartolari sia quelli fiscali, sia, infine, quelli riguardanti gli aspetti del controllo pubblicistico dell'emissione di valori mobiliari. Per ulteriori approfondimenti sui profili cartolari delle cambiali finanziarie si veda F. MARTORANO, *Profili cartolari delle cambiali finanziarie*, *op. ult. cit.*, p. 129 ss. Tra i primi commentatori della l. 43/1994, P. SPADA, *op. cit.*, p. 500 ss.

rimborso³⁶⁰)³⁶¹. Il riferimento, in particolare, è alla deliberazione del CICR del 19 luglio 2005³⁶², al decreto del Ministero del Tesoro 7 ottobre 1994³⁶³ e alle correlate *Istruzioni applicative* della Banca d'Italia³⁶⁴.

Con la deliberazione CICR del 1994, era stato demandato al Ministro del Tesoro, su proposta della Banca d'Italia e sentita la Consob, il compito di fissare con proprio decreto «*le caratteristiche, anche di durata e di taglio, dei suddetti titoli*» e alla Banca d'Italia quello di completare il quadro disciplinare; con la successiva deliberazione del CICR del 2005, in coerenza con la riforma del diritto societario³⁶⁵, i poteri di intervento ministeriali sono venuti meno, rimettendosi ora soltanto alle «*istruzioni applicative*» della Banca d'Italia (v. ora *Istruzioni di vigilanza per le banche*, Titolo IX, Capitolo 2, nel testo risultante dal 12° aggiornamento del 21 marzo 2007) la determinazione della relativa disciplina.

La Banca d'Italia è intervenuta in esercizio di tali poteri con il 12° aggiornamento del 21 marzo 2007 alle *Istruzioni di vigilanza*³⁶⁶, imponendo alcuni vincoli contenutistici. L'Autorità, in particolare, ha prescritto che le

³⁶⁰ Art. 3, deliberazione CICR 19 luglio 2005, ai sensi del quale «*Costituiscono strumenti finanziari di raccolta del risparmio le obbligazioni, i titoli di debito e gli altri strumenti finanziari che, comunque denominati e a prescindere dall'eventuale attribuzione di diritti amministrativi, contengono un obbligo di rimborso ai sensi dell'art.1*» della medesima deliberazione.

³⁶¹ Per tutti, A. URBANI, *Le cambiali finanziarie nelle dinamiche del mercato*, cit.

³⁶² Recante «*Disciplina della raccolta del risparmio ai sensi dell'art. 11 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia)*», pubblicata in G.U., 11 marzo 1994, n. 58.

³⁶³ In precedenza, deliberazione del 3 marzo 1994, recante «*Caratteristiche delle cambiali finanziarie e dei certificati di investimento e assoggettamento alle norme sulla trasparenza delle condizioni contrattuali*», pubblicato in G.U., 15 ottobre 1994, n. 242.

³⁶⁴ *Istruzioni della Banca d'Italia in materia di raccolta del risparmio dei soggetti diversi dalle banche*, pubblicate in G.U., 12 dicembre 1994, n. 289.

³⁶⁵ Ciò, come spiega A. URBANI, *op. ult. cit.*, p. 69, in coerenza con l'ampliamento delle possibilità di raccolta, esito della riforma del diritto societario.

³⁶⁶ Così l'art. 3, Sezione IV (*Raccolta mediante emissione di strumenti finanziari*), Titolo IX, Capitolo 2 (*Raccolta del risparmio dei soggetti diversi dalle banche*), 12° aggiornamento del 21 marzo 2007 alle *Istruzioni di vigilanza per le banche* recate dalla Circolare 21 aprile 1999, n. 229.

cambiali finanziarie riportino l'indicazione della denominazione «*cambiale finanziaria*», dell'oggetto e della sede dell'impresa emittente, dell'ufficio del registro delle imprese presso il quale quest'ultima è iscritta; del capitale sociale dell'impresa versato ed esistente al momento dell'emissione³⁶⁷, del complessivo ammontare relativo all'emissione di cui la cambiale fa parte e i proventi in qualsiasi forma pattuiti; in caso di garanzia, deve essere data indicazione anche dell'identità del garante e dell'ammontare della garanzia.

La Banca d'Italia ha altresì imposto limiti quantitativi minimi in relazione al taglio delle cambiali finanziarie, che deve essere di almeno 50.000 euro, e ciò al fine di «*selezionate, dal lato della domanda, gli investitori in grado di valutare il rischio di impresa*»³⁶⁸, sebbene tale necessità sembra essere venuta meno a seguito dell'introduzione, con la riforma, della nuova figura dello *sponsor* e della destinazione dei titoli – almeno nei casi prescritti – ai soli investitori professionali-qualificati³⁶⁹.

In relazione al tema oggetto della presente indagine, occorre precisare come siffatta disciplina abbia fatto sorgere, tra gli interpreti, alcuni interrogativi riguardanti, da una parte, l'applicazione o meno della disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali di cui al Titolo VI, Capo I, t.u. banc. e, dall'altra, le conseguenze derivanti dal difetto di uno o più degli elementi aggiuntivi richiesti dalla normativa secondaria.

Il primo di tali interrogativi sorge dalla mancanza, nella normativa attuale, del riferimento contenuto nell'art. 2 del d.m. 7 ottobre 1994 che

³⁶⁷ Alle società cooperative è accordata la possibilità di indicare il capitale sociale versato come risultante dall'ultimo bilancio approvato.

³⁶⁸ Circolare accompagnatoria delle *Istruzioni di vigilanza* della Banca d'Italia nel testo originario del 1994.

³⁶⁹ Così A. URBANI, *op. ult. cit., ibidem*.

rendeva applicabile³⁷⁰ alle emissioni – *inter alia* – di cambiali finanziarie e di certificati di investimento le norme sulla trasparenza contrattuale previste dagli artt. 115 ss., t.u. banc.³⁷¹.

Più precisamente, in relazione all'applicazione di tali norme alla raccolta del risparmio mediante cambiali finanziarie, erano state prospettate alcune osservazioni³⁷². In primo luogo, stante la natura cambiaria dello strumento in analisi, era stata esclusa la possibilità di apportare, in sede *extra* cartolare, modifiche unilaterali di elementi presenti nel dato letterale del titolo (il

³⁷⁰ Risultato a cui, per la verità, la dottrina era già pervenuta in precedenza, in occasione del commento della legge in parola: P. MASI, *Primo approccio alle cambiali finanziarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, I, p. 584.

³⁷¹ In sintesi, il richiamo alla disciplina della trasparenza, comportava, in base al testo allora vigente del t.u. banc.:

- un obbligo di «pubblicità» a carico dell'emittente, nei termini indicati dall'art. 116 del T.U.;
- la delega al CICR della determinazione dei contenuti della pubblicità obbligatoria (art. 116, co. 3);
- la necessità che i contratti tra emittente e prenditore siano redatti per iscritto «a pena di nullità» (art. 117, co. 3) e che un esemplare sia consegnato al cliente (art. 117, co. 1);
- la necessità che i contratti facciano espressa menzione dell'ammontare degli interessi;
- la necessità che la clausola che prevede la possibilità di variare in senso sfavorevole al cliente il tasso e gli altri elementi, venga chiaramente indicata e approvata per iscritto;
- la possibilità di comunicare le modifiche unilaterali delle condizioni contrattuali sfavorevoli al cliente solo nei termini stabiliti dal CICR;
- l'obbligo di comunicazioni periodiche alla clientela (art. 119);
- la possibilità di derogare alle disposizioni della legge solo in senso più favorevole al cliente (art. 127).

Secondo alcuni interpreti, però, la disciplina sulla trasparenza contrattuale poteva applicarsi soltanto ai § 4 e 4.1 delle *Istruzioni* della Banca d'Italia riguardanti la raccolta non bancaria del risparmio (ora Titolo IX, Capitolo 2) e ciò per il fatto che si tratta di disposizioni introdotte con specifico riferimento ai contratti bancari di durata. In questo senso A. BASSI, *op. cit.*, p. 86. Inoltre, anche sotto il profilo sostanziale, la stessa natura cambiaria del titolo sembrava di per sé idonea ad apprestare maggior tutela ai risparmiatori in quanto, ad esempio, escludeva la possibilità di apportare modifiche unilaterali alle condizioni contenute nel documento (tra cui l'indicazione dei proventi).

³⁷² A. BASSI, *op. cit.*, *ibidem*; si veda anche P. RESCIGNO, «Trasparenza» bancaria e diritto «comune» dei contratti, *cit.*, p. 297 ss.; G. ALPA, *La «trasparenza» del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur. it.*, 1992, IV, p. 409 ss.

riferimento era, in particolar modo, ai proventi), ritenendosi che «*da questo punto di vista, la disciplina cambiaria, di per sé, tutela il prenditore meglio di quanto non faccia la moderna, velleitaria e un po' prolissa disciplina della "trasparenza"*»³⁷³. In secondo luogo, si era ritenuto che la nullità del contratto per vizio di forma, ai sensi dell'art. 127, t.u. banc., non potesse incidere sulla validità delle cambiali finanziarie già in circolazione, in quanto il difetto del contratto alla base della emissione sembra difficilmente rilevabile sia dall'emittente sia dai prenditori successivi al primo, i quali di solito ne ignorano l'esistenza e i contenuti (e ciò indipendentemente dalla considerazione che si tratta di una nullità relativa, invocabile solo dal cliente). La disciplina sulla trasparenza di cui al Titolo VI, t.u. banc., in effetti, consta di norme che fanno prevalentemente riferimento alle modalità di formazione e di esecuzione del contratto e, per questo, si era ritenuto che, tali norme, non potessero estendere la loro efficacia alla vicenda circolatoria del titolo che promana dal contratto, «*a meno che non si ritenga che il trasferimento delle cambiali comporti anche il trasferimento di queste obbligazioni ex lege inserite nel contratto*». In relazione poi all'obbligo di comunicazioni periodiche, è stato osservato che esso potrebbe rispettarsi verso il primo prenditore, ma non verso i successivi acquirenti del titolo, la cui identità, prima della scadenza, non è nota all'emittente³⁷⁴.

Un'altra norma che risultava applicabile, poi, era proprio il co. 8 dell'art. 117, t.u. banc., il quale, come noto, prima della modifica ad opera del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, ricomprendeva nell'ambito oggettivo di applicazione dei poteri attribuiti alla Banca d'Italia in relazione alla

³⁷³ A. BASSI, *op. cit.*, *ibidem*.

³⁷⁴ Ancora A. BASSI, *op. cit.*, *ibidem*, ove si precisa inoltre che «*le regole di trasparenza vanno comunque ad aggiungersi agli obblighi di informazione che nascono dal riconoscimento alla cambiale finanziaria della natura di "valore mobiliare"*».

determinazione del contenuto tipico determinato, anche i «*titoli*». Siffatti poteri, come precisato, sono stati esercitati dalla Banca d'Italia nel contesto delle *Istruzioni di vigilanza* del 2 dicembre 1994, tanto che, nell'elencare le fonti normative disciplinanti la materia, l'Autorità ha fatto riferimento proprio all'art. 117, co. 8, t.u. banc.; riferimento che, invece, è venuto meno nel testo delle *Istruzioni di Vigilanza* del 21 marzo 2007, riflettendo, con tutta probabilità, in anticipo ciò che poi sarebbe stato imposto dal legislatore primario con la riforma del 2010 (la quale, come noto, ha espunto dal testo dell'ottavo comma dell'art. 117 il riferimento ai titoli).

Nelle richiamate *Istruzioni di vigilanza*³⁷⁵ però è stato mantenuto il riferimento all'art. 11, t.u. banc.: tale scelta è stata interpretata come la «*conferma del convincimento che l'espunzione dall'art. 117, co. 8, del riferimento ai titoli non significa che le autorità creditizie abbiano perso un potere di intervento – connotativo e più in generale di disciplina – anche su tale fronte, per quanto il co. 4-bis dell'articolo 11, che qui viene in rilievo, a differenza dell'altro sia per sua natura più votato a disciplinare in sé la raccolta non bancaria del risparmio che attento ai profili di trasparenza*»³⁷⁶.

La Banca d'Italia, poi, nel più generale quadro degli obblighi informativi, si era spinta sino al punto di imporre, per i soggetti diversi dalle banche e dalle società finanziarie - svolgenti attività di collocamento di obbligazioni, certificati di investimento e cambiali finanziarie senza avvalersi di intermediari specializzati, bensì raccogliendo direttamente risparmio tra il pubblico – l'obbligo di mettere a disposizione della clientela, nei locali in cui dette attività venivano svolte, dei fogli informativi analitici, contenenti informazioni di dettaglio sulle condizioni economiche dell'operazione. La Banca d'Italia, con il medesimo provvedimento, aveva imposto altresì che gli

³⁷⁵ Titolo IX, Capitolo 2.

³⁷⁶ Così A. URBANI, *op. ult. cit.*, p. 158.

annunci pubblicitari e le offerte, effettuati con qualsiasi mezzo dai soggetti appena richiamati, dovessero contenere, anche facendo rinvio ai fogli analitici, le informazioni sui tassi e sulle altre condizioni in generale praticate³⁷⁷.

Nell'attuale Titolo IX, Capitolo 2, delle *Istruzioni di vigilanza per le banche*, come modificato nel 2007, invece, non si rinviene alcun riferimento alla disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali: sono venuti meno sia i riferimenti che erano presenti nell'elenco delle fonti normative disciplinanti la materia sia il richiamo di quei paragrafi che, nella precedente versione delle *Istruzioni*, fornivano una disciplina dettagliata degli adempimenti richiesti per la raccolta del risparmio mediante l'emissione di cambiali finanziarie: in conseguenza di ciò, sembrerebbe doversi ritenere che le norme sulla trasparenza bancaria, di cui al Titolo VI del t.u. banc., non siano più applicabili alle emissioni di cambiali finanziarie³⁷⁸.

Se si lascia da parte l'ipotesi della mera omissione, la scelta del legislatore sembra potersi giustificare con due ordini di ragioni.

Secondo un primo ragionamento di ordine formale, il mancato riferimento può essere letto come un coerente effetto della modifica contenuta nella deliberazione del CICR del 19 luglio 2005 che non prevede più interventi regolamentari del Ministro dell'Economia e delle Finanze, tanto che è stato revocato il d.m. 7 ottobre 1994³⁷⁹ che, come precisato, dichiarava applicabili alle emissioni di cambiali finanziarie le norme sulla trasparenza contrattuale di cui al Titolo VI, Capo I, t.u. banc. L'abrogazione del decreto ministeriale avrebbe dunque privato la Banca d'Italia del

³⁷⁷ A. URBANI, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

³⁷⁸ È di questa opinione A. URBANI, *op. ult. cit.*, p. 159. *Contra*, M. CALLEGARI, *Cambiale finanziaria* (voce), in *Dig. Online*, Torino, 2013; cfr. anche F. BRIOLINI, *La nuova disciplina delle cambiali finanziarie*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013.

³⁷⁹ G.U. 15 ottobre 1994, n. 242.

presupposto normativo per poter a sua volta dettare disposizioni applicative, sicché l'eliminazione dal capitolo inerente alla raccolta non bancaria del risparmio dalle nuove *Istruzioni di vigilanza* di tutti i riferimenti alla trasparenza delle condizioni contrattuali non sarebbe altro che la necessaria conseguenza della revoca dei poteri ministeriali.

Secondo un'argomentazione di tipo sostanziale, invece, il mancato riferimento alla disciplina di trasparenza sembrerebbe giustificarsi con l'intento di snellire e semplificare (anche in un'ottica di riduzione dei costi) gli adempimenti che gli operatori devono porre in essere; ed infatti se si considera che l'espresso riconoscimento legislativo alle cambiali finanziarie della qualifica di «*prodotti finanziari*» di per sé dovrebbe imporre all'emittente la redazione del prospetto contenente diverse informazioni, le esigenze informative perseguite dalla disciplina di trasparenza sembrerebbero soddisfatte proprio dal prospetto³⁸⁰. In proposito, però, occorre procedere con cautela, rammentando che la normativa secondaria emanata dalla Consob³⁸¹ impone la redazione del prospetto soltanto per prodotti finanziari diversi da quelli di cui alle lett. *f*) e *g*) dell'art. 34-ter del richiamato Regolamento

³⁸⁰ Anche se occorre precisare che la normativa secondaria emanata dalla Consob, successivamente alle modifiche apportate al regolamento n. 11971 del 14 maggio 1999, attraverso la deliberazione n. 18079 del 20 gennaio 2012, richiede la redazione del prospetto soltanto in relazione ai prodotti finanziari diversi da quelli indicati nelle lett. *f*) (ossia quelli «*aventi ad oggetto OICR aperti il cui ammontare minimo di sottoscrizione sia pari ad almeno 100.000 euro*») e *g*) (quelli «*aventi ad oggetto prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione con un premio minimo iniziale di almeno 100.000 euro*») di cui all'art. 34-ter del richiamato Regolamento Emittenti «*di valore nominale unitario minimo di almeno 100.000 euro*»; l'obbligo di redazione del prospetto sussiste soltanto relativamente alle amissioni aventi ad oggetto cambiali finanziarie di valore compreso tra 50.000 euro (vincolo derivante dalla disciplina attuativa in materia di raccolta non bancaria del risparmio) e 99.999,99 euro (soglia massima entro la quale non trova applicazione la disciplina sulle offerte al pubblico di sottoscrizione e di vendita); così A. URBANI, *op. ult. cit.*, p. 160.

³⁸¹ Successivamente alle modifiche apportate al regolamento n. 11971 del 14 maggio 1999, attraverso la deliberazione n. 18079 del 20 gennaio 2012.

Emittenti³⁸², aventi ad oggetto, rispettivamente «*prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione con un premio minimo iniziale di almeno 100.000 euro*» e «*di valore nominale unitario minimo di almeno 100.000 euro*»; conseguentemente, l'obbligo di redazione del prospetto si impone soltanto per le emissioni aventi ad oggetto cambiali finanziarie di valore compreso tra 50.000 euro (taglio minimo imposto disciplina attuativa in materia di raccolta non bancaria del risparmio) e 99.999,99 euro (soglia massima entro la quale non trova applicazione la disciplina sulle offerte al pubblico di sottoscrizione e di vendita)³⁸³. Al riguardo, tuttavia, è stato considerato come l'attuale disciplina appaia in grado di fornire maggior protezione agli investitori in quanto la soglia fissata in origine dal Regolamento Emittenti della Consob³⁸⁴, entro la quale non risultavano applicabili gli obblighi in materia di prospetto informativo era fissata a 250.000 euro; nel periodo intercorrente tra la deliberazione n. 15232 del 29 novembre 2005 e la successiva deliberazione n. 18079 del 20 gennaio 2012, invece, l'esenzione in parola trovava applicazione per le operazioni aventi ad oggetto prodotti finanziari di valore nominale unitario di almeno 50.000 euro: il che escludeva a priori la redazione del prospetto in relazione alle emissioni di cambiali finanziarie stante il taglio minimo di queste fissato a 50.000 euro.

Il già richiamato art. 34-ter del Regolamento Emittenti prevede, inoltre, ulteriori esenzioni dall'obbligo di pubblicazione del prospetto per i casi di offerte rivolte ad un numero di soggetti, diversi dagli investitori qualificati,

³⁸² Regolamento di attuazione del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli emittenti, adottato dalla Consob con delibera n. 11971 del 14 maggio 1999 e successivamente modificato, da ultimo con delibere n. 19446 del 25 novembre 2015 e 19548 del 17 marzo 2016.

³⁸³ Come precisa A. URBANI, *op. ult. cit., ibidem*. Si veda anche G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, III, *Contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*⁴, a cura di M. Campobasso, Torino, 2008, p. 307, nt. 83.

³⁸⁴ Art. 33, co. 1, lett. c).

inferiore a 150³⁸⁵ e di offerte rivolte ad investitori qualificati come definiti dall'art. 26, co. 1, lett. d), del c.d. Regolamento Intermediari, il quale assume rilevanza laddove ai sensi dell'art. 1, co. 2-bis, l. n. 43/1994, sia fatto obbligo di emettere e girare le cambiali finanziarie solamente a favore di investitori professionali (categoria quest'ultima che sostanzialmente coincide con quella degli investitori qualificati).

Stante quanto precede, l'unico strumento di garanzia a protezione degli investitori (comune a tutte le cambiali finanziarie) sembra consistere nel taglio elevato dei titoli «*avente evidenti finalità selettive; tale selezione è anzi elevata al rango di prescrizione normativa*»³⁸⁶ per le emissioni da parte di società o enti non aventi titoli rappresentativi del capitale negoziati in mercati regolamentati o non regolamentati nonché di società a responsabilità limitata o di società cooperative cui si applicano le norme sulla società a responsabilità limitata, poiché in queste ipotesi i titoli possono essere offerti in sottoscrizione soltanto ad investitori c.d. professionali.

Le considerazioni che precedono sicuramente valgono ad attenuare alcune delle conseguenze (potenzialmente negative) che la mancanza della normativa sulla trasparenza bancaria di cui al Titolo VI del t.u. banc. può avere per gli investitori, ma non tutte.

Il secondo interrogativo, infatti, che la disciplina in parola pone, riguarda l'individuazione dei rimedi applicabili nel caso di emissione di cambiali finanziarie prive di uno o più degli elementi aggiuntivi richiesti dalla normativa secondaria. Al riguardo, il dato fondamentale da considerare sembra essere il mancato riferimento, nelle *Istruzioni di vigilanza* del 2007, tra le fonti normative disciplinanti la materia oggetto delle stesse, dell'art. 117, co. 8, t.u. banc., come invece si riscontrava nelle precedenti *Istruzioni* del 1995.

³⁸⁵ Non trattandosi in questo caso di offerta "pubblica".

³⁸⁶ Ancora A. URBANI, *op. ult. cit., ibidem*.

In particolare, secondo alcuni, la norma da ultimo richiamata era menzionata tra le fonti normative regolanti la materia e, conseguentemente, le cambiali finanziarie emesse in difetto di alcuni dei requisiti dettati dalla normativa secondaria sarebbero state nulle, in applicazione dello stesso ottavo comma dell'art. 117 e dell'art. 127, t.u. banc.³⁸⁷.

Secondo altri, invece, le norme da ultimo richiamate potevano applicarsi solo in relazione ai titoli atipici, risultando dunque escluse le cambiali finanziarie, tipizzate, invece, dalla l. 43/1994. Al riguardo, però, è stato osservato che la Banca d'Italia ha utilizzato il potere in parola anche relativamente a titoli che certamente sono tipici: le obbligazioni³⁸⁸.

³⁸⁷ In questo senso, F. MARTORANO, *Profili Cartolari delle cambiali finanziarie*, op. ult. cit., p. 139, ove si afferma che la prescrizione delle ulteriori indicazioni richieste *Istruzioni* della Banca d'Italia «*va ricondotta alla previsione di cui all'art. 117, comma 8, del t.u. sulle leggi in materia bancaria e creditizia a tenor del quale "la Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti o titoli, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti e i titoli difformi sono nulli"*». L'Autore si interroga inoltre sulla validità o meno di una cambiale, rispettosa degli elementi tipologici richiesti e qualificanti le cambiali finanziarie, ma emessa da soggetto diverso da quello indicato nella richiamata delibera CICR; la risposta viene «*fondata che sulla ratio della prescrizione in ordine alla qualificazione soggettiva dell'emittente, che è quella di garantire, attraverso vari indici di riferimento, una particolare " solvibilità " del debitore a tutela di un interesse generale del pubblico dei risparmiatori. Trattasi, quindi, chiaramente di norma inderogabile, la cui inosservanza non può portare che alla nullità del titolo emesso in difformità e dell'obbligazione in essa incorporata*». Alla nt. 28 l'Autore precisa come la conseguenza di tale nullità sia la possibilità per il prenditore di ottenere la ripetizione dell'indebito con restituzione della somma facciale e dagli interessi legali dal giorno della domanda «*non potendosi certo parlare di buona fede del solvens stante la facile verificabilità dei requisiti dell'emittente*». Diversamente, invece, secondo l'Autore, dall'omessa indicazione del luogo di emissione non sembra derivare la nullità degli strumenti in parola, essendo tale luogo individuato dalla legge stessa come quello in cui ha sede l'emittente (art. 101, co. 3, l.c.). Sul tema si veda anche V. TROIANO, *Le polizze di credito commerciale*, cit., p. 77.

³⁸⁸ In questo senso A. URBANI, *La cambiale finanziaria. Commento alla legge 13 gennaio 1994, n. 43*, in *Commentario breve al diritto delle cambiali, degli assegni e di altri strumenti di credito e mezzi di pagamento*⁴, cit., p. 260.

Altri ancora³⁸⁹, invece, hanno considerato i poteri della Banca d'Italia di cui all'art. 117, co. 8, unitamente alla normativa contenuta nell'art. 11, t.u. banc., applicabili solo in relazione alla raccolta del risparmio tra il pubblico, ravvisando l'inefficacia relativa del titolo (che comunque non perde la qualifica di cambiale finanziaria)³⁹⁰ solo ove l'emissione si fosse caratterizzata come raccolta effettuata tra il pubblico e sempre previa sua rilevazione da parte del legittimato attivo del rapporto cartolare.

Secondo una tesi più recente e di posizione intermedia rispetto a quelle appena richiamate, invece, occorre mantenere distinti i casi di inottemperanza alla normativa del CICR attuativa dell'art. 11, t.u. banc., da quelli di emissioni di titoli con contenuto diverso da quello previsto ai sensi del richiamato art. 117, co. 8³⁹¹. La differenza consisterebbe in ciò: mentre la violazione delle previsioni contenutistiche dell'Autorità di vigilanza ai sensi della norma da ultimo richiamata comporta, come visto, la nullità relativa dei contratti difformi (nel testo originario, il riferimento era anche ai titoli) in un'ottica di protezione del cliente, la violazione delle norme attuative dell'art. 11, invece, comporta la nullità assoluta del titolo quale strumento finanziario di raccolta del risparmio. Secondo tale interpretazione, allora, il venir meno, tra le fonti normative indicate nelle *Istruzioni di vigilanza* del 21 marzo 2007, del riferimento all'art. 117, co. 8, t.u. banc., rifletterebbe proprio la volontà legislativa di tenere distinte le due diverse fattispecie: e ciò è sembrato anche

³⁸⁹ Cfr. P. SFAMENI, *Profili cartolari e societari della nuova disciplina della cambiale finanziaria*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 1279.

³⁹⁰ P. SPADA, *op. cit.*, p. 503. ID, *Cambiale finanziaria* (voce), in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, p. 84.

³⁹¹ Cfr. M. PORZIO, *Commento sub art. 12*, in *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, *cit.*, p. 216, il quale era giunto alle stesse conclusioni prima dell'introduzione delle *Istruzioni di vigilanza* del 2007, ponendo la distinzione tra la nullità relativa del titolo derivante dalla violazione dell'art. 117, co. 8, t.u. banc. e quella assoluta, in caso di offerta al pubblico di strumenti finanziari di raccolta in violazione della normativa di attuazione dell'art. 11.

«coerente con l'eliminazione di ogni richiamo alla disciplina sulla trasparenza bancaria dal contesto del titolo IX, capitolo 2, delle Istruzioni»³⁹².

In conseguenza di tali modifiche, è stato ritenuto «difficile»³⁹³ ricondurre, alla mancanza, nei titoli in analisi, di uno o più dei requisiti aggiuntivi imposti dalla “normativa secondaria”, la nullità di cui all'art. 117, co. 8, t.u. banc.; piuttosto, «la sanzione per l'inottemperanza alle prescrizioni di rango subordinato avrebbe dovuto essere ricercata in un'ottica di violazione dell'articolo 11 del Testo Unico bancario, peraltro nei limiti in cui si fosse versato in un'ipotesi di raccolta del risparmio tra il pubblico»³⁹⁴. In seguito alle modifiche apportate dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, come poco sopra ricordato, dal testo dell'art. 117, co. 8, è stato espunto il riferimento ai «titoli»³⁹⁵ e con ciò sembrerebbe essere venuta meno la “competenza” della Banca d'Italia in relazione al contenuto delle cambiali finanziarie; tuttavia, con riferimento ai titoli, rimane comunque, quale fonte di legittimazione dei poteri di intervento dell'Autorità di Vigilanza, il co. 4-bis dell'art. 11, t.u. banc.: conseguentemente, le cambiali finanziarie che non presentino alcune delle caratteristiche dettate dalla Banca d'Italia saranno nulle, e la nullità sarà quella “tradizionale” di cui all'art. 1418 c.c. con applicazione della disciplina a suo tempo richiamata³⁹⁶ e dei relativi limiti anche in punto di legittimazione attiva³⁹⁷.

³⁹² Così A. URBANI, *op. ult. cit.*, p. 72.

³⁹³ Ancora A. URBANI, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

³⁹⁴ Prosegue A. URBANI, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

³⁹⁵ Al riguardo, si rimanda *supra* al paragrafo 2, Capitolo II.

³⁹⁶ Cfr. *supra* paragrafo 3.1, Capitolo II.

³⁹⁷ A. URBANI, *op. ult. cit.*, p. 73, ove in nota si rinvia a G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, *cit.*, p. 439 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 75 ss.; A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1998, II, p. 1279 ss.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; G. D'AMICO, *Nullità non testuale* (voce), in *Enc. dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, p. 798 ss.

Dall'accoglimento di tale tesi, però, ne deve conseguire anche l'inapplicabilità delle sanzioni amministrative di cui all'art. 144, t.u. banc., e ciò in quanto quest'ultima norma non ricomprende, tra le disposizioni cui si rende applicabile, l'art. 11, t.u. banc.

Sempre in riferimento agli effetti derivanti dall'emissione di cambiali finanziarie in difetto delle indicazioni di contenuto minimo previste dalla disciplina di fonte secondaria, occorre, da ultimo, svolgere alcune considerazioni sul rimedio, di tipo penale, di cui all'art. 130, t.u. banc.³⁹⁸, la cui applicabilità alla fattispecie in analisi risulta dubbia. In senso favorevole, giova l'argomento di ordine testuale basato sul rinvio generico all'intero art. 11. Spingendosi però oltre il dato testuale, in senso ostativo, invece, sembrerebbe porsi la *ratio* dello stesso art. 130, ovvero l'intento punitivo perseguito, le applicazioni concrete di essa, nonché la «*fondata perplessità nei confronti del ricorso alla reazione penale per qualunque difformità di comportamento, anche di minimo rilievo, rispetto a prescrizioni contenute in norme amministrative*»³⁹⁹.

Ai sensi della disciplina dettata dal CICR, è ricompreso nel novero degli strumenti finanziari di raccolta qualsiasi "strumento finanziario" comunque denominato, da cui derivi l'obbligo di rimborso delle somme di denaro. L'espressione "strumenti finanziari" utilizzata dal CICR nella richiamata deliberazione, volta ad identificare la sottocategoria degli "strumenti finanziari di raccolta", deve essere ricondotta non solo agli "strumenti finanziari" che trovano la loro disciplina nel codice civile (artt.

³⁹⁸ Art. 130, t.u. banc. «*Abusiva attività di raccolta del risparmio: 1. chiunque svolge l'attività di raccolta del risparmio tra il pubblico in violazione dell'art. 11 è punito con l'arresto da sei mesi a tre anni e con l'ammenda da euro 12.911 a euro 51.645*». Da considerare è altresì l'art. 39, co. 1, l. 28 dicembre 2005, n. 262, il quale dispone il raddoppio delle sanzioni penali previste dal t.u. banc. entro i limiti posti per ciascun tipo di pena dal Libro I, Titolo II, Capo II, del codice penale.

³⁹⁹ Sono considerazioni di A. URBANI, *op. ult. cit.*, p. 73 e 74.

2346, 2349, 2447-ter, 2526) ma, più in generale, anche agli “strumenti finanziari” di cui all’art. 1, co. 2, del t.u. fin.⁴⁰⁰. Ed è proprio a tale più ampio contenuto che occorre ricondurre la cambiale finanziaria, la quale certamente fa scaturire un obbligo restitutorio per l’emittente nei confronti del legittimo portatore. Occorre precisare, inoltre, che le *Istruzioni di vigilanza* della Banca d’Italia annoverano espressamente le cambiali finanziarie «tra gli strumenti finanziari di raccolta». Tale classificazione non determina alcuna modifica di disciplina degli strumenti in analisi, però rende le cambiali finanziarie idonee alla diffusione «tra il pubblico»: come noto, la caratteristica precipua dell’attività di raccolta che, in linea di principio, è riservata soltanto alle banche, salve le deroghe in analisi a favore delle imprese, è proprio lo svolgimento di essa «tra il pubblico» ed è soltanto siffatta forma di finanziamento ad essere soggetta ai limiti dettati dal CICR. Al riguardo si precisa che il Comitato non ha indicato in modo preciso al ricorrere di quali presupposti la raccolta diviene “pubblica”: l’art. 2 della richiamata delibera, rubricato «raccolta del risparmio tra il pubblico» conferma soltanto il divieto già sancito dall’art. 11 del t.u. banc., affermando che «non costituisce raccolta del risparmio tra il pubblico quella effettuata: i) in connessione all’emissione di moneta elettronica; ii) presso soci, dipendenti o società del gruppo secondo le disposizioni della presente delibera; iii) sulla base di trattative personalizzate con singoli soggetti, mediante contratti dai quali risulti la natura del finanziamento»: il legislatore, dunque, ha chiarito quando non si rientra nell’ipotesi di raccolta, senza nulla dire però a proposito della fattispecie opposta⁴⁰¹. È stato messo in luce come

⁴⁰⁰ D. SPAGNUOLO, *op. ult. cit.*, p. 46.

⁴⁰¹ Sul punto si veda V. TROIANO, *Commento sub art. 11, in Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³, *cit.*, p. 153. Al riguardo, è stato ritenuto che la raccolta possa considerarsi effettuata «tra il pubblico» allorché essa sia rivolta a «soggetti bisognevoli di tutela da parte dell’ordinamento» e «strutturata in modo tale da essere rivolta come offerta, e poi collocata tra una pluralità a priori indeterminata» di soggetti: così P. FERRO LUZZI, *L’attività*

la caratteristica principale dello strumento in analisi sia la sua idoneità ad essere collocato presso soggetti indeterminati per numero e caratteristiche; ed, infatti, il CICR, se da una parte esclude, al ricorrere di determinati presupposti, dal divieto la raccolta effettuata nei confronti di soci, dipendenti o nell'ambito dei gruppi, dall'altra non consente l'operatività delle esenzioni laddove siano emessi strumenti finanziari, con evidente prevalenza della forma cartolare del debito restitutorio sulle specifiche modalità di raccolta, per cui l'operazione risulterà soggetta ai limiti e alle condizioni di emissione dei titoli, anche ove questi siano collocati presso i soci, i dipendenti o nell'ambito delle società appartenenti al medesimo gruppo. La cambiale finanziaria, dunque, quale strumento emesso in serie e destinato alla circolazione sembra presentare i requisiti per poter essere attratto nell'area della raccolta tra il pubblico⁴⁰²: ne consegue che «*la tipizzazione del documento come cambiale finanziaria proietta lo strumento così denominato in tale area di disciplina, indipendentemente dall'eventuale collocamento "privato" dello stesso*»⁴⁰³. Nelle cambiali finanziarie, inoltre, il richiamo del rapporto di finanziamento sottostante l'emissione è elemento della "causalità" del titolo in cui ad un certo modello documentale corrisponde un determinato schema negoziale⁴⁰⁴; da ciò emergerebbe l'idoneità dello strumento cartolare a garantire i diversi interessi inerenti l'operazione di finanziamento, al fine di assolvere non tanto

bancaria, cit., I, p. 241. In considerazione poi degli interessi coinvolti l'elemento di "pubblicità" della raccolta è stato ravvisato nelle forme di contrattazione standardizzata «*significative di una rilevanza anche quantitativa della raccolta medesima, e che per le loro caratteristiche impersonali mettano in luce il bisogno di protezione del risparmiatore*»: R. COSTI, *L'ordinamento bancario*⁵, *op. cit.*, p. 205.

⁴⁰² D. SPAGNUOLO, *op. ult. cit.*, p. 47.

⁴⁰³ Parole di D. SPAGNUOLO, *op. ult. cit.*, *ibidem*; anche P. MASI, *Cambiale finanziaria* (voce), in *Enc. giur.*, V, Roma, 1995, p. 4; e A. BASSI, *op. cit.*, *ibidem*.

⁴⁰⁴ A. STAGNO D'ALCONTRES, *Tipicità ed atipicità nei titoli di credito*, Milano, 1992, p. 247.

una funzione descrittiva del documento, quanto una funzione di controllo pubblicistico sull'operazione sottostante⁴⁰⁵.

1.1.2 I certificati di investimento

Nelle previsioni legislative di fonte primaria non si rinviene alcun riferimento ai certificati di investimento: si tratta infatti di titoli nuovi cui si fa riferimento per la prima volta nella richiamata deliberazione CICR del 3 marzo 1994⁴⁰⁶, ben potendo ciò far «*temere che il potere di connotazione venga inteso dalle autorità creditizie in senso molto lato, e comprensivo anche di un potere creativo di titoli e contratti*»⁴⁰⁷.

Con la richiamata deliberazione, il Comitato, nello stabilire che la raccolta del risparmio tra il pubblico da parte dei soggetti diversi dalle banche, tramite acquisizione di fondi con obbligo di rimborso, è consentita mediante gli strumenti indicati - secondo modalità ed entro limiti differenziati per categorie di soggetti - delimitava l'ambito dei soggetti - diversi dalle banche - legittimati a raccogliere il risparmio presso il pubblico (tramite valori mobiliari diversi dalle obbligazioni): «*alle società e agli enti con titoli negoziati in un mercato regolamentato*» e «*alle altre società purché i bilanci degli ultimi 3 esercizi siano in utile*»⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ D. SPAGNUOLO, *op. ult. cit., ibidem*; cfr. anche A. STAGNO D'ALCONTRES, *op. cit.*, p. 93 ss.

⁴⁰⁶ Successivamente revocata dalla deliberazione CICR del 19 luglio 2005, n. 1058, come chiarito nello sviluppo del presente paragrafo.

⁴⁰⁷ Così G. DE NOVA, *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno, cit.*, p. 213.

⁴⁰⁸ I titoli dovevano inoltre essere assistiti da garanzia, in misura non inferiore al 50 per cento del loro valore di sottoscrizione, rilasciato dai soggetti di cui al paragrafo 3 della delibera: le banche autorizzate in Italia e le banche dell'Unione Europea di cui all'art. 1, co. 2, lett. d) e b), t.u. banc. e le società finanziarie iscritte nell'elenco speciale di cui all'art. 107 dello stesso t.u. banc.; al riguardo, era stata sottolineata la generosità della regola concernente la raccolta c.d. indiretta (cioè realizzata «*tramite*») enti finanziari, secondo la previsione dell'art. 11, co. 4, lett. e), la quale richiedeva soltanto una garanzia per metà dell'indebitamento.

Per quanto riguarda poi gli strumenti attraverso cui i soggetti indicati potevano procedere alla raccolta, il CICR indicava espressamente non solo le richiamate cambiali finanziarie di cui alla l. 13 gennaio 1994, n. 43, ma altresì i «*titoli, anche al portatore, denominati “certificati di investimento”*».

Anche per questi titoli, come per le cambiali finanziarie, erano dettati limiti all'ammontare della raccolta, la quale «*non può eccedere, unitamente alla raccolta mediante obbligazioni, il limite del capitale versato e delle riserve risultanti dall'ultimo bilancio approvato*»⁴⁰⁹. Al fine di garantire poi la riserva di attività bancaria, la raccolta mediante certificati di deposito (così come quella mediante cambiali finanziarie) veniva preclusa agli intermediari finanziari del Titolo V, t.u. banc., eccezion fatta per quelli c.d. vigilati, iscritti nell'elenco speciale di cui all'allora art. 107, t.u. banc.

Il compito più specifico di completare il quadro normativo, infatti, era attribuito dal Comitato all'allora Ministro del tesoro e alla Banca d'Italia, cui era imposto di tenere conto, nella determinazione della durata, della distinzione tra certificati di investimento e cambiali finanziarie.

In particolare, per quanto riguarda nello specifico il contenuto dei titoli in analisi, il CICR ha attribuito alla Banca d'Italia il compito di proporre, sentita la Consob «*le caratteristiche, anche di durata e di taglio, dei predetti titoli al Ministero del tesoro che provvede con proprio decreto*», con la precisazione che «*il taglio minimo non potrà essere inferiore a lire cento milioni (successivamente aggiornato ad euro 51.645,69)*» e che nella determinazione della durata la Banca d'Italia avrebbe dovuto tenere conto «*dell'esigenza di distinguere i due strumenti di raccolta*», ovvero i certificati di investimento dalle cambiali finanziarie. Il Comitato prospettava inoltre la necessità che fossero fissate

⁴⁰⁹ Al riguardo si veda G. FAUCEGLIA, *Prime riflessioni sui certificati di investimento*, cit., *ibidem*; ID., *I certificati di investimento*, in *La raccolta non bancaria del risparmio*, a cura del medesimo, Torino, 1996, p. 175 ss.

«ulteriori caratteristiche» al fine di «assicurare che titoli di una stessa emissione risultino fungibili tra loro»⁴¹⁰.

La risposta da parte del Ministro del tesoro e della Banca d'Italia arrivò nello stesso anno, rispettivamente, con il d.m. 7 ottobre 1994 e con le *Istruzioni* sulla raccolta del risparmio degli enti creditizi del 2 dicembre 1994 (nuovo Titolo LX, poi, Titolo IX, Capo 2, Sezione II, § 3.3 e 3.4, del fascicolo di *Istruzioni di vigilanza per le banche*, nella versione emersa dal 6° aggiornamento del 3 marzo 2002)⁴¹¹.

Il Ministero del tesoro⁴¹², in particolare, richiedeva che i titoli in analisi avessero una durata superiore ad un anno⁴¹³ e, qualora offerti in serie⁴¹⁴, la fungibilità, ovvero medesima durata, le stesse caratteristiche di rendimento, delle stesse valute di denominazione e anche di indicizzazione, se a tasso variabile⁴¹⁵.

La Banca d'Italia, invece, all'art. 3.3 delle richiamate *Istruzioni*, indicava le seguenti «caratteristiche» che i certificati di investimento dovevano presentare: durata minima superiore a 12 mesi, valore nominale unitario non inferiore a euro 51.645,69, fungibilità dei titoli emessi in serie (in tal caso devono avere uguali caratteristiche di durata, di rendimento, di valute, di denominazione e, se a tasso variabile, di indicizzazione. Sui certificati di

⁴¹⁰ Precisando, inoltre, che alla raccolta effettuata con i certificati di investimento si applicano le previsioni dell'art. 129, t.u. banc. e relative norme di attuazione, sulle segnalazioni preventive e consuntive in materia di emissione e collocamento di valori mobiliari.

⁴¹¹ A. URBANI, *op. ult. cit.*, p. 36.

⁴¹² Il cui decreto ha dettato il contenuto non solo dei certificati di investimento, ma anche delle cambiali finanziarie.

⁴¹³ Art. 1, co. 2.

⁴¹⁴ Anche se dal testo della norma non era chiaro se fossero ammesse anche le emissioni non in serie: è stato il successivo intervento della Banca d'Italia a sciogliere il dubbio in senso affermativo: A. URBANI, *op. ult. cit.*, *ibidem*. Cfr. anche G. FAUCEGLIA, *Prime riflessioni sui certificati di investimento*, *cit.*, p. 441; ID., *La cambiale finanziaria tra le discipline del titolo di credito e del valore mobiliare*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, p. 626; ID., *I certificati di investimento*, *cit.*, p. 1.

⁴¹⁵ Art. 1, co. 4.

investimento, poi, dovevano essere chiaramente indicati: la denominazione, l'oggetto e la sede dell'impresa emittente, con l'indicazione dell'ufficio del registro delle imprese presso il quale essa risultava iscritta; il capitale sociale dell'impresa versato ed esistente al momento dell'emissione; il valore nominale di ciascun certificato, gli elementi necessari per la determinazione della remunerazione del prestito, le modalità di rimborso; ove emessi in serie, l'ammontare complessivo dell'emissione; in caso di garanzia, l'identità del garante e l'ammontare della garanzia.

Al successivo art. 3.4, la Banca d'Italia poneva altresì «*limiti all'emissione*» per le imprese emittenti certificati di investimento (ma anche cambiali finanziarie), prevedendo che l'importo, unitamente a quello delle obbligazioni emesse, non dovesse eccedere il capitale versato ed esistente e le riserve risultanti dall'ultimo bilancio approvato.

La deliberazione del CICR del 3 marzo 1994 e il richiamato decreto ministeriale sono stati successivamente revocati dalla deliberazione CICR del 19 luglio 2005, n. 1058, la quale disciplina in generale gli «*strumenti finanziari di raccolta*» emessi da soggetti diversi dalle banche. Il Comitato ha ricompreso all'interno di tale categoria «*le obbligazioni, i titoli di debito e gli altri strumenti finanziari che, comunque denominati e a prescindere dall'eventuale attribuzione di diritti amministrativi, contengono un obbligo di rimborso ai sensi dell'art.1*», senza però fare più riferimento ai certificati di investimento; riferimento che è venuto meno anche nelle nuove *Istruzioni di vigilanza*. Dalla disciplina richiamata, emerge dunque l'evidenza che, per molti aspetti riguardanti la loro disciplina e struttura, i certificati di investimento appaiono assimilabili alle cambiali finanziarie: i due strumenti, infatti, hanno

in comune il taglio quantitativo minimo⁴¹⁶, nonché i limiti quantitativi all'emissione e le garanzie; anche i certificati di investimento, poi, sono titoli astratti e non causali⁴¹⁷; anche la differenza "storica" che vedeva la contrapposizione tra certificati di investimento quali forme di raccolta a medio o lungo termine⁴¹⁸ e cambiali finanziarie, invece, quali strumenti di raccolta a breve termine, in realtà, è sfumata in seguito alle recenti modifiche sulla durata di queste ultime.

Una differenza però permane e riguarda le caratteristiche proprie dei titoli: se da una parte, infatti, le cambiali finanziarie sono «*titoli di credito all'ordine emessi in serie*» ed «*equiparate per ogni effetto di legge alle cambiali ordinarie*», i certificati di investimento, presentando la semplice definizione di «*titoli*», possono essere emessi sia all'ordine sia al portatore e non è necessaria l'emissione in serie⁴¹⁹.

Nella legislazione di fonte secondaria del CICR e della Banca d'Italia, però, vi sono alcuni profili di disciplina che richiedono chiarimenti.

In primo luogo, risulta assente nella delibera CICR del 3 marzo 1994, la connotazione assunta in riferimento alle cambiali finanziari dal legislatore che, all'art. 1, co. 1, l. 13 gennaio 1994, n. 43, le definisce espressamente «*titoli di credito*». La richiamata delibera, infatti, se da una parte conferma la natura

⁴¹⁶ Al riguardo, è stato sostenuto che tale connotato permetterebbe di considerare i certificati di investimento come titoli di investimento in senso proprio, ovvero strumenti attraverso cui procedere alla raccolta del risparmio per iniziative d'impresa a carattere strategico: così G.L. RABITTI, *Valore mobiliare ed investment contract*, in *Contr. e impr.*, 1992, p. 107 ss.

⁴¹⁷ La deliberazione dell'organo societario che procede con la raccolta, infatti, costituisce soltanto un presupposto dell'operazione, senza che essa abbia alcuna incidenza sui profili documentali del titolo.

⁴¹⁸ Si tratta di una caratteristica propria dei titoli di massa, forse esclusiva della categoria: G. CASTELLANO, *I titoli di massa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, I, p. 27.

⁴¹⁹ Tanto che i certificati di investimento sono stati definiti come «*quei titoli, emessi anche al portatore, che rappresentano un indebitamento a medio-lungo termine di un'impresa, in relazione ad un'operazione collettiva di finanziamento*», così G. FAUCEGLIA, *I certificati di investimento*, in *La raccolta non bancaria del risparmio tra il pubblico*, a cura di G. Fauceglia, Torino, 1996, p. 177.

di «valori mobiliari» dei titoli in analisi, dall'altra, precisa soltanto che «tale raccolta è effettuata mediante l'emissione di (...) titoli, anche al portatore, denominati certificati di investimento» e nello stesso d.m., 7 novembre 1994 è utilizzata l'espressione «titoli diversi dalle obbligazioni», figura che non è disciplinata in nessun'altra legge⁴²⁰. Conferma di ciò si trova anche nelle Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia del 2 dicembre 1994 in materia di raccolta non bancaria del risparmio, ove al punto 3.2 le cambiali finanziarie sono espressamente qualificate come «titoli di credito all'ordine emessi in serie», senza che al successivo punto 3.3 si precisi nulla in riferimento ai certificati di investimento. Stante il silenzio del CICR, il dubbio che sorge è se sia ammissibile o meno considerare i certificati di investimento «titoli di credito» ed, eventualmente, a quale disciplina possano essere assoggettati, nonché se sia ammissibile il richiamo alla disciplina della cambiale, qualora il certificato di investimento sia rappresentato in un titolo all'ordine⁴²¹.

Per rispondere a tali quesiti, il punto di partenza sembra essere l'indagine circa la natura dei provvedimenti del CICR: ci si chiede, in particolare, se si tratti di vere e proprie fonti del diritto oppure semplicemente di atti amministrativi, e ciò al fine di indagare sulla portata del sostantivo «titolo» relativamente ai certificati di investimento⁴²². Al riguardo, le previsioni del t.u. banc. che attribuiscono al CICR il potere di indicare le regole che la Banca d'Italia e gli altri operatori del settore debbono

⁴²⁰ P. MASI, *Primo approccio alle "cambiali finanziarie"*, cit., p. 583; anche G. FAUCEGLIA, *Prime riflessioni sui certificati di investimento*, ibidem, 1995, I, p. 431 ss.

⁴²¹ Così G. FAUCEGLIA, *I certificati di investimento*, in *La raccolta non bancaria del risparmio tra il pubblico*, a cura di G. Fauceglia, Torino, 1996, p. 178.

⁴²² G. FAUCEGLIA, *op. ult. cit.*, p. 179; sul punto si fa rinvio anche F. ALMINI, *Il mercato finanziario per le piccole e medie imprese e il "diritto dei mercati regolamentati"*, Milano, 1995, p. 68.

rispettare nell'esercizio dei poteri ad essi attribuiti, sono state equiparate ai veri e propri regolamenti⁴²³.

Conferma di ciò sembra rinvenirsi proprio nel co. 3, dell'art. 11, t.u. banc., il quale, coma sopra precisato, attribuisce pieni poteri al Comitato per quanto riguarda la determinazione delle norme secondarie in tema di raccolta del risparmio con obbligo di restituzione⁴²⁴.

In particolare, è stato osservato che dall'intensificazione di atti normativi, regolamentari e amministrativi, caratterizzati da una maggior vincolatività rispetto al passato, ne sia derivata una maggior omogeneità e forza precettiva degli stessi⁴²⁵. In conseguenza di ciò, la disciplina dei certificati di investimento è stata considerata "fonte legale" che fornisce al titolo un contenuto predeterminato, venendo così meno le perplessità insite nell'interpretazione dell'art. 2004 c.c., qui richiamabile nell'ipotesi in cui il certificato sia stato emesso come titolo al portatore⁴²⁶. In particolare, un certificato di investimento è riconosciuto come titolo di credito laddove sia conforme allo schema delineato dalle varie disposizioni di vigilanza e da ciò emerge il giudizio di meritevolezza espresso dal legislatore con riguardo al titolo, anche sotto il profilo oggettivo di mettere a disposizione degli operatori di mercato un determinato documento negoziabile⁴²⁷.

⁴²³ R. COSTI, *L'ordinamento bancario*⁵, cit., p. 113.

⁴²⁴ Sul punto si deva *supra* il paragrafo che precede.

⁴²⁵ S. STAMMATI, *Brevi riflessioni sulla disciplina del rapporto fra le autorità creditizie nel Titolo I del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 e sulla distribuzione fra le medesime del potere regolamentare*, in AA. VV., *La nuova legge bancaria*, a cura di M. Rispoli Farina, Napoli, 1995, p. 45.

⁴²⁶ Che diviene rilevante laddove il certificato di investimento sia stato emesso come titolo al portatore. Sui titoli "atipici", ovvero quelli non disciplinati da leggi o da regolamenti faceva riferimento già G.L. PELLIZZI, *Principi di diritto cartolare*, Bologna, 1967, p. 146.

⁴²⁷ F. CHIOMENTI, *Il titolo di credito. Fattispecie e disciplina*, Milano, 1978, p. 170 ss. Al riguardo però occorre precisare che il criterio della meritevolezza della tutela degli interessi non sembra invocabile laddove il titolo sia destinato a circolare presso terzi che sono estranei

Occorre poi porre l'attenzione sul quesito riguardante l'applicabilità o meno ai certificati di investimento emessi all'ordine della disciplina prevista per le cambiali, stante la mancanza, in riferimento ai titoli in analisi, di una previsione analoga a quella prevista per le cambiali finanziarie dal secondo comma dell'art. 1, l. 43/1994, la quale rinvia agli elementi di identificazione tipologica del vaglia cambiario⁴²⁸; questione rispetto alla quale è stata ritenuta necessaria l'analisi caso per caso per la determinazione di quali norme risultano applicabili in via analogica.

Un'ulteriore questione affrontata dagli interpreti, dalle rilevanti conseguenze pratiche, è stata quella riguardante la possibilità o meno di creare certificati di investimento non rispondenti al «tipo» creato con le *Istruzioni di Vigilanza* e il d.m. 7 novembre 1994: ipotesi che può ricorrere laddove il documento risulti privo delle caratteristiche di «taglio» richieste oppure abbia una scadenza diversa da quella indicata ovvero sia stato emesso da imprese prive dei requisiti previsti dalla normativa richiamata⁴²⁹.

Al riguardo è stato puntualizzato come «*la fattispecie cartolare in tanto esista in quanto risponda ai requisiti delineati. In caso contrario il documento non sarebbe qualificabile come "certificato di investimento", per contrasto con le prescrizioni poste a tutela del pubblico dei risparmiatori ovvero difetterebbe di quel*

all'accordo negoziale (emblematico è al riguardo il caso dei certificati immobiliari); per ulteriori approfondimenti sul punto si rinvia a N. SALANITRO, *Strumenti di investimento finanziario e sistemi di tutela dei risparmiatori, Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, p. 283 ss.

⁴²⁸ E. GIRINO, *Nascono (o muoiono) i commercial papers*, in *I contratti*, 1994, p. 212 secondo cui la cambiale finanziaria è un vaglia cambiario; occorre poi tenere in considerazione che in relazione ai certificati emessi all'ordine trovano applicazione le norme di cui agli artt. 2008-2020 c.c. Sulla richiamabilità della disciplina della cambiale se compatibile si rinvia in generale ad A. MINTO, A. URBANI, *I titoli all'ordine. Artt. 2008-2020*³, in *Il Codice Civile. Commentario*, cit.

⁴²⁹ Per le cambiali finanziarie, il problema è stato affrontato da P. SPADA, *Dai titoli cambiari ai valori mobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 505, che fa riferimento all'ipotesi di emissione da parte di imprenditori individuali, enti non societari gestori di imprese ed enti non commerciali.

*preventivo giudizio di meritevolezza rinvenibile nelle disposizioni del Cicc e nelle disposizioni attuative della Banca d'Italia»*⁴³⁰. Conseguentemente, perché i certificati di investimento possano essere considerati titoli di credito rivolti al pubblico per la raccolta non bancaria del risparmio, devono presentare le caratteristiche delineate dalle disposizioni richiamate. È stato però altresì messo in luce come per garantire la tutela del pubblico risparmio non sembra sufficiente intervenire sulla "tipicità" del titolo, ma occorre piuttosto esercitare un «controllo sull'operazione sottostante al suo rilascio, in ordine sia alla componente soggettiva dell'emittente sia alla componente oggettiva dei termini economici del rapporto che si instaura con l'investitore»⁴³¹, tanto che il complesso quadro normativo relativo ai certificati di investimento sembra colorarsi di «significato di polizia economica»⁴³² che incide sui profili della disciplina della raccolta del risparmio e non già su quello ulteriore della fattispecie cartolare; anche se nella disciplina dei certificati di investimento, diversamente (forse) che in quella delle cambiali finanziarie, sembra intravedersi una corrispondenza tra disciplina dello strumento di raccolta e fattispecie del titolo.

La possibilità, poi, di "creare" forme di finanziamento attraverso l'utilizzo di certificati di investimento dotati di caratteristiche tipologiche e di contenuto diverso dalla normativa di riferimento, andando oltre i limiti di questa, è stata ritenuta «fortemente limitata»⁴³³ in quanto la disciplina delle *Istruzioni di vigilanza* e del CICC appare volta a scongiurare il rischio che si ricorra eccessivamente a forme di finanziamento esterno le quali, non

⁴³⁰ G. FAUCEGLIA, *op. ult. cit., cit.*, p. 184.

⁴³¹ G. FAUCEGLIA, *op. ult. cit., ibidem*; sul punto si veda anche F. MARTORANO, *Titoli di credito. Titoli non dematerializzati*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, fondato e già diretto da A. Cicu, F. Messineo, continuato da L. Mengoni, ora diretto da P. Schlesinger, Milano, 1994, p. 164.

⁴³² G. FAUCEGLIA, *op. ult. cit.*, p. 187.

⁴³³ G. FAUCEGLIA, *op. ult. cit.*, p. 188.

prevedendo limitazioni quantitative, possano minare la solvibilità dell'emittente: «l'emissione di titoli da attuarsi mediante valori mobiliari che concretano un fenomeno di «sollecitazione al pubblico risparmio» potrà realizzarsi, in effetti, solo nell'ambito delle disposizioni dettate dalla normativa di settore, ciò per le note ragioni di tutela degli investitori e del mercato»⁴³⁴.

In proposito, è stato sostenuto che, «proprio la maggiore flessibilità offerta dalla riforma porterebbe però a concludere per la permanente piena libertà di emissione di certificati di investimento (ovvero di titoli aventi i connotati loro assegnati dalla disciplina previgente), pacificamente riconducibili nell'ambito della categoria dei "titoli di debito"»⁴³⁵. Anche se è stato osservato che la nuova disciplina delle cambiali finanziarie che, come noto, ha elevato a 36 mesi la scadenza massima di queste e la riforma del trattamento fiscale delle rendite finanziarie (che ha riguardato anche le obbligazioni), «ha finito per rendere i certificati di investimento affatto inutili dal punto di vista della durata temporale del finanziamento, quando in passato la ragion d'essere dei certificati di investimento riposava invece unicamente proprio nel costituire sotto tale profilo la "cerniera" tra le cambiali finanziarie e i prestiti obbligazionari»⁴³⁶. Considerata l'esistenza, infatti, di una disciplina di rango primario dettata per cambiali finanziarie e obbligazioni, è ragionevole attendere uno scarso ricorso ai certificati di investimento, rientrati ormai «nel magma indistinto dei titoli atipici»⁴³⁷.

⁴³⁴ G. FAUCEGLIA, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

⁴³⁵ Così A. URBANI, *op. ult. cit.*, p. 37.

⁴³⁶ Ancora A. URBANI, *op. ult. cit.*, p. 38.

⁴³⁷ Sono parole di A. URBANI, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

1.2 La raccolta bancaria del risparmio

Le *Istruzioni di vigilanza* della Banca d'Italia, all'interno del Titolo V (Operatività), Capitolo III (Raccolta in titoli delle banche) disciplinano le diverse forme di raccolta bancaria che comportano l'emissione di titoli; ciò al fine, come si legge nella Sezione I (Disposizioni di carattere generale) di favorire la *trasparenza* nei rapporti tra gli intermediari e la clientela.

I titoli della raccolta non bancaria del risparmio rispetto ai quali la Banca d'Italia ha fornito le «*caratteristiche tipiche minimali*» sono le obbligazioni, i certificati di deposito e i buoni fruttiferi, in quanto «*il pubblico deve essere posto in grado di associare a tali forme negoziali posizioni giuridiche certe e determinate nei loro contenuti essenziali*».

Giova qui richiamare la precisazione contenuta nelle *Istruzioni di vigilanza* in analisi, relativamente agli strumenti per la raccolta non bancaria del risparmio, secondo cui la denominazione di tali strumenti «*non deve contenere indicazioni tali da ingenerare confusione tra gli stessi e i titoli di raccolta bancari (certificati di deposito, buoni fruttiferi)*»⁴³⁸. Particolare importanza assume altresì la precisazione relativa all'autonomia contrattuale delle parti, la quale, puntualizza l'Autorità, non viene lesa dalla «*tipizzazione*» dei menzionati strumenti che «*non preclude, ovviamente, l'emissione di altri titoli di raccolta*»⁴³⁹.

In particolare, gli strumenti per la raccolta del risparmio che sono stati oggetto di tale «*tipizzazione*» sono le obbligazioni, i certificati di deposito, i buoni fruttiferi e gli «*altri titoli*».

La possibilità di raccogliere risparmio mediante emissione di obbligazioni è offerta a tutti gli intermediari, con la precisazione che sono agevolate, sul piano delle modalità, le emissioni di importo rilevante e quelle

⁴³⁸ Titolo IX, Capitolo II, Sezione IV.

⁴³⁹ Titolo V, Capitolo III, Sezione I.

effettuate da banche in possesso di determinati requisiti patrimoniali e reddituali.

In riferimento ai certificati di deposito e ai buoni fruttiferi, l'Autorità specifica come la disciplina di questi strumenti «è volta a individuare caratteristiche tipiche minime che consentano di distinguere tali strumenti di raccolta da altri potenzialmente fungibili».

Per quel che riguarda, da ultimo, la raccolta mediante «titoli diversi» dalle obbligazioni, dai certificati e dai buoni, sono da sottolineare le «esigenze informative» sentite dalla Banca d'Italia con riferimento alle emissioni di importo rilevante o che rappresentino comunque una quota significativa delle passività della banca.

La Banca d'Italia poi si riserva la facoltà di «prevedere limiti specifici» alla raccolta in titoli delle banche qualora le caratteristiche risultino in contrasto con la sana e prudente gestione delle banche stesse.

Queste le considerazioni introduttive della disciplina inerente i diversi strumenti della raccolta del risparmio delle banche dettata dalla Banca d'Italia - oggetto di analisi più approfondita nei paragrafi che seguono - la quale richiama espressamente, tra le fonti normative che disciplinano la materia, gli articoli contenuti nel Titolo VI, Capo I, in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali in generale e l'art. 117, co. 8, in particolare⁴⁴⁰.

⁴⁴⁰ Di seguito il §2 "Fonti normative" contenuto nel Titolo V, Capitolo 3, Sezione I delle Istruzioni di vigilanza per le banche:

«La materia è disciplinata dai seguenti articoli del T.U.:

- art. 10, comma 1, in base al quale la raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito costituiscono l'attività bancaria;
- art. 11, comma 1, ove la raccolta del risparmio è definita come l'acquisizione di fondi con obbligo di rimborso, sia sotto forma di depositi, sia sotto altra forma;
- art. 10, comma 2, e art. 11, comma 2, i quali prevedono che l'esercizio dell'attività bancaria, con particolare riferimento alla raccolta del risparmio tra il pubblico, è riservata alle banche;
- art. 12, che tra l'altro riconosce a tutte le banche, in qualunque forma costituite, la possibilità di emettere obbligazioni rimettendo alla Banca d'Italia, in conformità delle determinazioni del

1.2.1 Le obbligazioni

L'art. 12, t.u. banc., disciplina l'emissione da parte delle banche di obbligazioni, titoli di deposito e prestiti subordinati (irredimibili e a rimborsabilità vincolata) prevedendo elementi di peculiarità rispetto alla disciplina prevista dalle norme di diritto societario di cui al codice civile.

Il fenomeno della c.d. despecializzazione istituzionale degli enti creditizi che si caratterizza per l'omogeneizzazione della soggettività bancaria⁴⁴¹, già sancito dal d.lgs. 14 dicembre 1992, n. 481, di recepimento della dir. 1989/646/CEE, ha trovato definitiva conferma nella norma in analisi e in quella che concerne la nozione di "attività bancaria", prevedendo l'esercizio da parte delle banche di tale attività e di «ogni altra attività

CICR, il compito di disciplinare l'emissione delle obbligazioni non convertibili o convertibili in titoli di altre società;

- *art. 53, comma 3, lett. d), ove è prevista la facoltà per la Banca d'Italia di adottare, ove la situazione lo richieda, provvedimenti specifici nei confronti di singole banche anche in materia di contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni;*
- *articoli di cui al titolo VI, capo I, in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali e in particolare art. 117, comma 8, che riconosce alla Banca d'Italia il potere di prescrivere che determinati contratti o titoli, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato;*
e inoltre
- *dal decreto n. 436659 emanato dal Ministro del tesoro il 28 dicembre 1992, che disciplina, tra l'altro, i controlli esercitabili dalla Banca d'Italia sulle succursali di enti creditizi comunitari insediate in Italia;*
- *dal decreto n. 242631 emanato dal Ministro del tesoro il 22 giugno 1993, che detta direttive riguardanti l'emissione di obbligazioni, di certificati di deposito e le altre forme di raccolta delle banche;*
- *dal decreto legislativo 24 giugno 1998, n. 213, che, nell'ambito delle disposizioni per l'introduzione dell'euro nell'ordinamento nazionale, disciplina la ridenominazione e la dematerializzazione degli strumenti di debito privati;*
- *dal regolamento della Consob adottato con deliberazione del 23 dicembre 1998 e successive modifiche, che disciplina la gestione accentrata e la dematerializzazione degli strumenti finanziari, i tempi e i modi della ridenominazione in euro degli strumenti finanziari privati».*

⁴⁴¹ Cfr. AA.VV., *Despecializzazione e nuova operatività degli enti creditizi*, a cura di F. Capriglione, Milano, 1992, ove il tema è affrontato in chiave giuridica ed economica.

*finanziaria secondo la disciplina propria di ciascuna di esse»*⁴⁴². Nella legge bancaria del '36-'38, infatti, erano espressamente legittimati ad emettere obbligazioni soltanto gli istituti di credito, ovvero le banche operanti nel medio-lungo termine⁴⁴³, mentre non vi era alcun riferimento alle aziende di credito operanti nel breve periodo⁴⁴⁴. Dal raffronto con la disciplina previgente emerge la portata innovatrice delle previsioni di cui all'art. 12, t.u. banc., ai sensi del quale le banche «*in qualunque forma costituite*» possono ora emettere obbligazioni, anche convertibili, tanto nominative quanto al portatore⁴⁴⁵.

La legittimazione dei poteri della Banca d'Italia in relazione alla determinazione delle caratteristiche di questi titoli risiede nel quinto comma⁴⁴⁶ dell'art. 12, che attribuisce all'Autorità il compito di disciplinare «*l'emissione da parte delle banche delle obbligazioni non convertibili o convertibili in titoli di altre società nonché degli strumenti finanziari diversi dalle partecipazioni*». La Banca d'Italia ha svolto tale compito nelle più volte richiamate *Istruzioni di vigilanza* per le banche, indicando le «*caratteristiche*»⁴⁴⁷ che le obbligazioni - che possono essere emesse da «*tutte le banche*» - devono possedere e stabilendo, in particolare, che esse «*devono indicare, se non dematerializzate*»⁴⁴⁸:

⁴⁴² Art. 10, co. 3, t.u. banc.

⁴⁴³ Cfr. art. 44, legge bancaria del '36-'38.

⁴⁴⁴ Così A. URBANI, *Attività bancaria, finanziaria e d'investimento: caratteri, contenuti e tecniche di prevenzione degli abusi*, cit., p. 141, ove l'Autore precisa che tale differenziazione «*aveva legittimato una disciplina regolamentare particolarmente restrittiva in merito alla possibilità per le aziende di credito di raccogliere risparmio a scadenza protratta, all'evidente fine di evitare squilibri tra attività e passività relativamente alla durata delle operazioni; soltanto negli ultimi anni antecedenti all'avvento del testo unico tale rigore era stato parzialmente allentato*».

⁴⁴⁵ Prosegue così A. URBANI, *op. ult. cit., ibidem*.

⁴⁴⁶ Sostituito dall'art. 9.3, co. 1, lett. d), d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, inserito dall'art. 2, co. 1, d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, e successivamente così modificato dall'art. 1, co. 6, lett. a), d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72.

⁴⁴⁷ Il § 2, del Titolo V, Capitolo 3, Sezione II, è rubricato «*Caratteristiche dei titoli*».

⁴⁴⁸ Secondo quanto previsto dall'art. 2413, co. 1, c.c.

- *la denominazione, l'oggetto e la sede della banca, con l'indicazione dell'ufficio del registro delle imprese presso il quale essa è iscritta;*
- *il capitale sociale della banca versato ed esistente al momento dell'emissione;*
- *l'ammontare complessivo delle obbligazioni emesse, il valore nominale di ciascuna, il saggio di interesse e il modo di pagamento e di rimborso;*
- *le eventuali garanzie da cui sono assistite».*

Ulteriori indicazioni, poi, sono state fornite in relazione alla durata minima originaria di questi titoli (la quale deve essere di almeno 36 mesi ovvero, se inferiore, almeno pari a 24 mesi di media), fermo restando che in nessun caso la durata media può scendere al di sotto dei 24 mesi. In caso di riapertura delle emissioni o in caso di periodo di collocamento prolungato, la durata media dell'emissione nel suo complesso non può scendere al di sotto del limite minimo di 24 mesi; i titoli emessi non possono avere una durata residua inferiore a 18 mesi.

Si prevede poi che il rimborso anticipato delle obbligazioni su iniziativa della banca non possa avvenire prima che siano trascorsi 18 mesi dalla data di chiusura del periodo di offerta dell'ultima *tranche* ovvero del collocamento. Il rimborso anticipato delle obbligazioni su richiesta del sottoscrittore non può avvenire prima che siano trascorsi almeno 24 mesi dalla chiusura del periodo di offerta dell'ultima *tranche*. Resta ferma la possibilità per le banche di procedere al riacquisto, sul mercato, delle obbligazioni emesse.

Le *Istruzioni* in commento forniscono indicazioni anche in riferimento al taglio minimo che le obbligazioni emesse dalle banche debbono presentare: 10.000 euro e, anche nell'ambito di una stessa emissione, sono consentiti tagli più elevati per importi comunque multipli di 1.000 euro.

Nel caso di banche extraeuropee, le indicazioni da riportare sui titoli devono riferirsi alla succursale; nel caso di banche europee, le informazioni possono riferirsi alla casa madre.

Disposizioni ulteriori sono dettate per le emissioni di obbligazioni che possono essere negoziate sui mercati regolamentati, laddove si prevedono i requisiti dell'importo di emissione pari almeno a 150 milioni di euro o l'emissione da parte di banche in possesso di un ammontare di fondi propri pari ad almeno 25 milioni di euro (con i bilanci degli ultimi tre esercizi in utile e l'ultimo bilancio certificato), del taglio minimo pari a 1000 euro (o multipli di tale importo) rendendo in tal modo più appetibili le emissioni con elevate caratteristiche di liquidità, ovvero realizzate dalle maggiori banche, pur potendo la Banca d'Italia esercitare il potere di cui alla lett. d), del primo comma dell'art. 53-bis, t.u. banc., ove è prevista la facoltà per la Banca d'Italia di adottare – per le materie indicate nel precedente art. 53, co. 1⁴⁴⁹ - qualora la situazione lo richieda, provvedimenti specifici nei confronti di una o più banche o dell'intero sistema bancario, riguardanti anche: «*la restrizione delle attività o della struttura territoriale; il divieto di effettuare determinate operazioni, anche di natura societaria, e di distribuire utili o altri elementi del patrimonio, nonché, con riferimento a strumenti finanziari computabili nel patrimonio a fini di vigilanza, il divieto di pagare interessi; la fissazione di limiti all'importo totale della parte variabile delle remunerazioni nella banca, quando sia necessario per il mantenimento di una solida base patrimoniale*»⁴⁵⁰; ben potendo, dunque, la Banca d'Italia limitare singole emissioni per ragioni prudenziali.

Ulteriori previsioni circa il contenuto delle obbligazioni sono dettate, sempre dalle *Istruzioni di vigilanza*, in riferimento ai dati della banca che emette le obbligazioni, all'ammontare complessivo dell'emissione, agli interessi pattuiti, alle modalità di pagamento e di rimborso e ad eventuali

⁴⁴⁹ Tra cui rientrano «*l'adeguatezza patrimoniale*» e «*il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni*».

⁴⁵⁰ Art. 53-bis, co. 1, lett. d), t.u. banc., ove si conclude precisando che «*per le banche che beneficiano di eccezionali interventi di sostegno pubblico, la Banca d'Italia può inoltre fissare limiti alla remunerazione complessiva degli esponenti aziendali*».

garanzie che assistono le obbligazioni e concernenti il divieto di rappresentare le obbligazioni emesse con titoli (obbligo di dematerializzazione) e la previsione che le obbligazioni emesse siano immesse nel sistema di gestione accentrata⁴⁵¹.

La Banca d'Italia ha prescritto il contenuto delle obbligazioni bancarie e degli altri titoli di raccolta perseguendo esigenze di trasparenza e di informazione dei risparmiatori al fine di porli nella condizione di «*associare a tali forme negoziali posizioni giuridiche certe e determinate nei loro contenuti essenziali*»⁴⁵², prevedendo un contenuto tipico determinato, concretizzando un'operazione di "tipizzazione" degli strumenti in questione⁴⁵³.

Nelle richiamate *Istruzioni* (Titolo V, Capitolo 3, Sezione II) ha precisato che «*non è consentita l'emissione di titoli denominati "obbligazioni" che possiedano caratteristiche diverse da quelle indicate nelle presenti Istruzioni. È del pari vietata l'emissione di titoli dotati delle caratteristiche indicate per le obbligazioni ma diversamente denominati*», con l'ulteriore precisazione secondo cui «*tale divieto non si applica nel caso in cui il titolo sia altrimenti "tipizzato" dall'ordinamento ovvero qualora l'emissione sia destinata a mercati diversi da quello italiano. In tali casi, trovano applicazione le disposizioni di cui alla Sez. IV*» del Capitolo 3. Si tratta di previsioni aventi natura inderogabile, tanto che, come noto, le obbligazioni che presentino un contenuto contrastante con quanto previsto dall'Autorità saranno travolte dalla nullità, così come, per i medesimi motivi, risulta altresì vietata l'emissione di titoli con le

⁴⁵¹ Così G. FAUCEGLIA, P. BRENCA, *Commento sub art. 12, in Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, cit.*, p. 112. Sul punto, il riferimento è al Regolamento congiunto Consob e Banca d'Italia del 22 febbraio 2008 che precisa come le obbligazioni bancarie "negoziato" o "destinate alla negoziazione", al pari di ogni altro strumento finanziario così connotato, non possono essere rappresentate da "titoli" e, ove non presentino i requisiti indicati permettono all'emittente di accedere al regime di dematerializzazione.

⁴⁵² Ancora G. FAUCEGLIA, P. BRENCA, *op. ult. cit., ibidem*.

⁴⁵³ Si rinvia a G. FAUCEGLIA, *Le obbligazioni emesse dalle banche*, Milano, 2000, p. 57 ss.

caratteristiche proprie delle obbligazioni, aventi, però, diversa denominazione. L'applicazione del rimedio della nullità, infatti, in questo caso, non pare possa essere messa in discussione, risultando, come noto, l'art. 117, co. 8, t.u. banc., presente tra le fonti normative disciplinanti la raccolta bancaria del risparmio, richiamate dalla Banca d'Italia in premessa alle *Istruzioni di vigilanza*.

Per di più, nelle *Istruzioni di Vigilanza* (Titolo V, Capitolo III) è stata espressamente sancita come «vincolante» la precisazione per la quale le obbligazioni bancarie di una stessa emissione sono «*frazioni uguali di un prestito unitario, fungibili tra di loro*». La violazione di tali previsioni, dunque, assume i connotati di un «*difetto di forma*», configurandosi come una delle eccezioni che, ai sensi dell'art. 1993 c.c., il debitore può opporre al possessore del titolo, anche se, e ciò costituisce un fondamentale elemento di diversità, l'obbligazione emessa dalla banca non dovesse presentare i requisiti indicati dall'Autorità, la nullità non potrà essere eccepita dalla banca ma esclusivamente dall'obbligazionista; anche se, come è stato sostenuto, «*tale processo di tipizzazione, in ogni caso, non preclude alle banche la possibilità di emettere "altri" strumenti di raccolta, anche a fronte del fatto che al di là di quelli enucleati nell'articolo 12 del Testo Unico bancario, la potestà regolamentare sembra comprendere ogni altra forma di raccolta "cartolarizzata" di fondi rimborsabili, con esclusione dei soli titoli di partecipazione (comma quinto)*»⁴⁵⁴.

La delineazione dei profili riguardanti le condizioni di emissione e la relativa prassi delle banche, invece, risulta poco agevole «*in conseguenza della contenuta "uniformazione contrattuale"*»⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ G. FAUCEGLIA, P. BRENCIA, *Commento sub art. 12, in Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, cit.*, p. 113.

⁴⁵⁵ Proseguono così G. FAUCEGLIA, P. BRENCIA, *op. cit.*, *ibidem*.

Un ulteriore dato occorre mettere in luce: il richiamato quinto comma, dell'art. 12 in analisi, è stato di recente modificato dal d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72 che ha fatto venire meno la competenza che, nella versione previgente della norma, era riservata al CICR in quanto la Banca d'Italia doveva determinare le caratteristiche delle obbligazioni «*in conformità alle deliberazioni del Cicr*».

1.2.2 I “titoli di deposito”: certificati di deposito e buoni fruttiferi

Ulteriori titoli in relazione ai quali la Banca d'Italia ha esercitato i poteri di cui all'ottavo comma dell'art. 117, t.u. banc., sono i certificati di deposito e i buoni fruttiferi (la cui emissione è consentita, come per le obbligazioni, a tutte le banche), determinandone il contenuto minimo tipico.

Il fondamento legislativo per l'emissione di tali strumenti risiede nell'art. 12, co. 6, t.u. banc., ove il legislatore introduce la categoria generale dei «*titoli di deposito*», specificando che si tratta di titoli che possono essere *nominativi* o *al portatore* e riservando alla Banca d'Italia il compito di «*disciplinare le modalità di emissione*» di tali strumenti⁴⁵⁶.

⁴⁵⁶ Per un commento alla norma contemporaneo alla sua entrata in vigore si rinvia a D. FOCARELLI, R. TEDESCHI, *Il ruolo della concorrenza nell'evoluzione delle politiche di raccolta delle banche italiane*, in Banca d'Italia, *Temi di discussione*, n. 189, 1993. Benché richiamati in alcune leggi di settore (anche fiscali), i certificati di deposito non hanno ricevuto nel nostro ordinamento una disciplina organica. Un primo richiamo si rinveniva nella delibera CICR del 21 ottobre del 1949 in cui i certificati di deposito erano ricompresi tra le possibili forme di raccolta degli istituti di credito a medio termine costituiti sotto forma di società per azioni: così C. BALDINELLI, *Commento sub art. 12*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, Padova, 1994, p. 82. Un altro riferimento poi si riscontrava nell'art. 1, lett. b), l. 27 luglio 1962, n. 1228, recante «*Trattamento tributario degli Istituti di credito a medio e lungo termine*», ove venivano ricompresi i certificati tra i mezzi di raccolta assoggettati all'imposta di ricchezza mobile cat. A; anche il d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 (*Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi*), faceva riferimento ai certificati di deposito, determinando (all'art. 26, co. 1) la misura delle ritenute sugli interessi passivi corrisposti dagli enti creditizi a medio-lungo termine. Con la delibera del 28 gennaio 1963, il CICR aveva fornito la disciplina relativa all'emissione di “certificati di

Anche in relazione a siffatti titoli, il recente intervento del legislatore, attraverso il d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72, ha eliminato l'inciso «*in conformità delle deliberazioni del CICR*», risultando così accresciuta la discrezionalità dell'Autorità nella determinazione delle modalità di emissione.

In ossequio a tale attribuzione di competenza, la Banca d'Italia è intervenuta con delle previsioni *ad hoc*, contenute anch'esse nelle richiamate *Istruzioni di vigilanza per le banche*⁴⁵⁷ (Titolo V, Capitolo 3, Sezione III), volte a definire i titoli in analisi⁴⁵⁸ e a predeterminarne le caratteristiche tipiche minime⁴⁵⁹.

deposito per finanziamenti a medio termine" da parte degli istituti a ciò abilitati; per gli enti a medio-lungo termine ha assunto rilievo anche la l. 10 febbraio 1981, n. 23, art. 10, per le generali potestà autorizzatorie che attribuiva al CICR per le emissioni di buoni fruttiferi e certificati di deposito. Al contrario, in relazione all'emissione di certificati di deposito da parte delle aziende di credito, non erano state dettate norme *ad hoc*: tale disciplina, infatti, si rinveniva nelle previsioni di carattere amministrativo emanate dalle autorità di settore (il CICR, con la delibera del 2 maggio 1987 che dettava previsioni uniformi per tutte le categorie di aziende delle modalità di raccolta del risparmio a scadenza protratta).

Prima dell'entrata in vigore del t.u. banc., poi, ulteriore elemento di dubbio riguardava la possibilità o meno per i certificati di deposito di circolazione al portatore, stante il disposto dell'art. 2004 c.c. («*Il titolo di credito contenente l'obbligazione di pagare una somma di danaro non può essere emesso al portatore se non nei casi stabiliti dalla legge*»): la risposta positiva a tale quesito sancita dal sesto comma dell'art. 12, t.u. banc., sotto il profilo economico, riflette la «*presa d'atto di una realtà operativa che si è andata ormai consolidando presso l'insieme degli intermediari bancari, dietro l'esigenza di assecondare l'evoluzione del mercato finanziario e le diversificate esigenze della clientela*», così C. BALDINELLI, *op. cit.*, p. 83.

⁴⁵⁷ Ai certificati di deposito è dedicata la Sezione III, del Capitolo 3, all'interno del Titolo V.

⁴⁵⁸ Titolo V «Operatività», Capitolo 3 «Raccolta in titoli delle banche», Sezione I «Disposizioni di carattere generale», §3 «Definizioni»:

«*"certificati di deposito" e "buoni fruttiferi", titoli di credito emessi per la raccolta del risparmio a breve e medio termine. Essi costituiscono "titoli individuali" in quanto ogni titolo rappresentando una specifica operazione di prestito, può essere emesso su richiesta del singolo cliente delle cui specifiche esigenze può quindi tener conto [ciò non toglie, ovviamente, che la banca possa offrire, in blocco, certificati (o buoni) tra loro identici]; sono emessi generalmente "a flusso continuo"*».

⁴⁵⁹ Sezione III «Certificati di deposito e buoni fruttiferi», §2, «Caratteristiche dei titoli»:

«*I certificati e i buoni sono titoli destinati alla circolazione e come tali devono possedere caratteristiche che ne agevolino l'individuazione da parte del pubblico.*

L'Autorità chiarisce innanzitutto che si tratta di titoli «*destinati alla circolazione*» che, come tali, «*devono possedere caratteristiche che ne agevolino l'individuazione da parte del pubblico*»: assume rilievo, allora, la presenza, tra le disposizioni normative che disciplinano la materia della raccolta bancaria del risparmio, dell'art. 117, co. 8, del t.u. banc., il quale, come si è visto, a sua volta è collocato all'interno del Titolo VI dedicato alla «*Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*».

I certificati e i buoni devono indicare [Le indicazioni da riportare sui titoli devono riferirsi alla succursale nel caso di banche extracomunitarie; nel caso di banche comunitarie, le informazioni possono riferirsi alla casa madre]:

- *la denominazione, l'oggetto e la sede della banca, con l'indicazione dell'ufficio del registro delle imprese presso il quale essa è iscritta;*
- *il capitale sociale della banca versato ed esistente al momento dell'emissione;*
- *il valore nominale, gli elementi necessari per la determinazione della remunerazione del prestito, le modalità di rimborso, le eventuali garanzie.*

I certificati e i buoni hanno durata non inferiore a 3 mesi e non superiore a 5 anni.

Per le emissioni a tasso variabile è consentito esclusivamente l'utilizzo di parametri finanziari. Gli emittenti possono adottare sia parametri a breve termine, sia a medio e lungo termine, sia una combinazione di più indicatori. I parametri devono essere calcolati con criteri di oggettività e rilevati su mercati ampi e trasparenti. Deve trattarsi di indicatori di mercato monetario (ad es. rendimento dei BOT, EURIBOR, LIBOR), di indicatori a medio-lungo termine (ad es. RENDISTATO) e di indici di borsa. [Si rammenta che per i certificati di deposito non aventi le caratteristiche standard sussiste l'obbligo di comunicazione ai sensi dell'articolo 129 T.U. (cfr. Tit. IX, Cap. 1, delle presenti Istruzioni)].

Non è consentita l'emissione di titoli denominati "certificati di deposito" (o "buoni fruttiferi") che possiedano caratteristiche diverse da quelle indicate nelle presenti Istruzioni. È del pari vietata l'emissione di titoli dotati delle caratteristiche indicate per i certificati (o i buoni) ma diversamente denominati. [Tale divieto non si applica nel caso in cui il titolo sia altrimenti "tipizzato" dall'ordinamento ovvero l'emissione sia destinata a mercati diversi da quello italiano. In tali casi, trovano applicazione le disposizioni di cui alla Sez. IV del presente Capitolo].

Nel caso in cui l'emissione di certificati di deposito e di buoni fruttiferi avvenga senza la consegna materiale dei titoli, va rilasciata al cliente una ricevuta non cedibile a terzi e deve essere garantita la possibilità di ottenere il titolo senza oneri aggiuntivi [Alla circostanza che il titolo non venga cartolarizzato non conseguono ulteriori obblighi né l'automatico instaurarsi di un contratto di deposito titoli, salva diversa espressa volontà delle parti. Inoltre, alla mera sottoscrizione di titoli non cartolarizzati non si applicano gli obblighi di comunicazione periodica alla clientela previsti dalla normativa in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali.]».

Dalla disciplina dettata dalla Banca d'Italia emerge la natura di categoria generale dei «*titoli di deposito*» - prevista già dal legislatore all'art. 12, co. 6, t.u. banc. – la quale ricomprende al suo interno i certificati di deposito, i buoni fruttiferi e gli «*altri documenti*».

I certificati di deposito e i buoni fruttiferi, in particolare, sono titoli di credito per la raccolta bancaria del risparmio (di fondi rimborsabili) a breve e medio termine, destinati alla circolazione, i quali presentano una garanzia del rimborso c.d. alla pari che consiste nella conservazione del capitale⁴⁶⁰. Si tratta di strumenti che possono essere emessi sia in forma standardizzata sia individuale, alla cui base vi è una specifica operazione di prestito da cui scaturisce un rapporto diretto tra emittente e singolo investitore; tali strumenti, infatti, si caratterizzano per il fatto di essere *titoli individuali*, nel senso che ogni titolo, rappresentando una specifica operazione di prestito, può essere emesso su richiesta del singolo cliente, tenendo conto delle specifiche esigenze di questo in termini di durata, ammontare o prospettive di remunerazione. Dal carattere individuale dei certificati di deposito ne consegue la modalità di emissione *a flusso continuo*: non vi sono infatti scadenze prestabilite che la banca deve rispettare nell'emettere questi titoli; la Banca d'Italia conferisce alle banche anche la possibilità di emettere *in blocco* certificati tra loro *identici*⁴⁶¹.

Dopo le indicazioni riguardanti la natura dei certificati, la Banca d'Italia, al §2 delle *Istruzioni di vigilanza*, ha previsto in modo specifico alcune «*caratteristiche dei titoli*» in analisi.

⁴⁶⁰ G. FAUCEGLIA, P. BRENCA, *Commento sub art. 12, in Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, cit.*, p. 122.

⁴⁶¹ R. LENER, *La raccolta bancaria del risparmio attraverso certificati di deposito*, in *Società, banca e crisi d'impresa, Liber amicorum* Pietro Abbadessa, Torino, 2014, p. 2259.

L'Autorità, in particolare, richiede che tali strumenti rechino: «*la denominazione, l'oggetto e la sede della banca, con l'indicazione dell'ufficio del registro delle imprese presso il quale essa è iscritta; il capitale sociale della banca versato ed esistente al momento dell'emissione; il valore nominale, gli elementi necessari per la determinazione della remunerazione del prestito, le modalità di rimborso, le eventuali garanzie*»⁴⁶².

La Banca d'Italia ha anche fornito indicazioni vincolanti sulla durata dei certificati di deposito, prevedendo, in origine, che essa dovesse essere compresa tra un minimo di 3 mesi e un massimo di 5 anni, abbassandola poi⁴⁶³ ad un mese, fino ad arrivare, da ultimo, alla sua completa eliminazione (nel tentativo di agevolare la crescita del mercato degli strumenti di debito a breve termine)⁴⁶⁴; la durata poi deve essere indicata dall'emittente nel regolamento di emissione⁴⁶⁵; i certificati di deposito possono presentare un tasso fisso oppure variabile, a seconda della scelta del cliente, e possono essere nominativi o al portatore⁴⁶⁶ (i buoni fruttiferi, invece, si presentano soltanto con un tasso fisso e unicamente al portatore).

Particolare interesse assume il divieto sancito dalla Banca d'Italia, secondo cui «*non è consentita l'emissione di titoli denominati "certificati di deposito" (o "buoni fruttiferi") che possiedano caratteristiche diverse da quelle indicate nelle presenti Istruzioni*». È vietato anche l'opposto, ovvero «*l'emissione di titoli dotati delle caratteristiche indicate per i certificati (o i buoni) ma*

⁴⁶² Con la precisazione che «*le indicazioni da riportare sui titoli devono riferirsi alla succursale nel caso di banche extracomunitarie; nel caso di banche comunitarie, le informazioni possono riferirsi alla casa madre*».

⁴⁶³ Si veda il Provvedimento della Banca d'Italia del luglio 2004.

⁴⁶⁴ Cfr. *Disposizioni di Vigilanza in tema di raccolta in titoli delle banche* del 26 aprile 2006.

⁴⁶⁵ Cfr. *Disposizioni di Vigilanza in tema di raccolta in titoli delle banche* del 26 aprile 2006.

⁴⁶⁶ E possono vedere applicati come parametri di indicizzazione anche le valute (cfr. *Bollettino di vigilanza*, n. 7, 2000).

*diversamente denominati»*⁴⁶⁷, salvo che «*titolo sia altrimenti "tipizzato" dall'ordinamento ovvero l'emissione sia destinata a mercati diversi da quello italiano»*⁴⁶⁸.

Dalla disciplina dettata dalla Banca d'Italia sembra emergere l'intenzione di voler scindere il genere «*certificati di deposito»*, in due sottocategorie: «*titoli individuati*» e «*titoli in blocco*», soggetti a diversa disciplina, anche se «*vi sono due elementi che, almeno a un primo approccio, sembrano turbare questa lettura dicotomica della fattispecie, pur apparentemente postulata, come si è visto, dalle Istruzioni»*⁴⁶⁹. Al riguardo, infatti, occorre considerare innanzitutto la disciplina delle *Istruzioni di vigilanza* dedicata alle «*caratteristiche dei titoli*», da cui sembra emergere la necessaria destinazione dei certificati di deposito alla *circolazione*⁴⁷⁰; assume poi particolare rilevanza, in quanto risponde all'esigenza di facilitare *l'individuazione da parte del pubblico*, di profili di «*standardizzazione*» del contenuto dei titoli in analisi dalla quale sembrano trovare giustificazione le indicazioni vincolanti fornite dalla Banca d'Italia⁴⁷¹, benché ciò appaia in contrapposizione con la richiamata *individualità* voluta dalla stessa Banca d'Italia⁴⁷².

⁴⁶⁷ *Istruzioni di Vigilanza per le banche*, Titolo V, Capitolo 3, §2; si veda sul punto Così G. FAUCEGLIA, P. BRENCIA, Commento *sub art. 12*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, *cit.*, p. 104 ss.

⁴⁶⁸ In tali casi, trovano applicazione le disposizioni di cui alla Sezione IV (Altri titoli) del Capitolo in analisi.

⁴⁶⁹ Così R. LENER, *op. ult. cit.*, p. 2259, ove precisa ulteriormente che «*da ciò potrebbe, inoltre, ricavarsi, come elemento di differenziazione rispetto alla raccolta bancaria tramite emissione di obbligazioni, la conclusione che l'emissione di certificati di deposito non sia necessariamente un'operazione di finanziamento della banca funzionalmente unitaria, potendosi risolvere in una molteplicità di operazioni di prestito con i singoli clienti*».

⁴⁷⁰ Anche se la Banca d'Italia ha ammesso l'emissione dei certificati di deposito anche senza la materiale consegna dei titoli, con semplice rilascio al cliente di una ricevuta non cedibile a terzi e con garanzia di ottenere il titolo senza oneri aggiuntivi.

⁴⁷¹ R. LENER, *op. ult. cit.*, p. 2259.

⁴⁷² Sul requisito dell'*individualità* cfr. le note valutazioni di G. FERRI, *I titoli di credito*², in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1965, p. 36, ove, ribadita

Ai fini di trasparenza, possono denominarsi “certificati di deposito” soltanto quei titoli che soddisfano le caratteristiche indicate dalle *Istruzioni di Vigilanza*, il cui contenuto può essere individuato dal cliente in modo agevole e “trasparente”; ne consegue che il margine di manovra delle banche nella determinazione delle caratteristiche di questi titoli in modo “personalizzato”, ovvero in funzione delle richieste individuali del cliente, è comunque limitato al rispetto delle caratteristiche *standardizzate* previste nelle *Istruzioni di vigilanza*. Al fine di ridurre il rischio di credito, è consentita l’emissione di certificati di deposito a tasso variabile ancorandola a parametri finanziari a breve termine, a medio-lungo termine oppure come «una combinazione di più indicatori, purché siffatti parametri siano calcolati con criteri di oggettività e rilevati su mercati ampi e trasparenti»⁴⁷³.

Un’ulteriore questione profilatasi in relazione ai certificati di deposito riguarda la disciplina normativa cui risulteranno soggette le banche quando offrono questi strumenti. Gli interpreti che hanno affrontato il tema si sono chiesti in particolare se trova applicazione la disciplina bancaria della trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari⁴⁷⁴ oppure quella

L’unitarietà del concetto di titoli di credito, precisa che la distinzione tra titoli individuali e titoli di massa si basa essenzialmente su una diversità di funzione economica: strumenti di mobilitazione del credito i titoli individuali, strumenti di dissociazione tra proprietà (in senso economico) e controllo delle ricchezze, i titoli di massa. Lo spunto è ripreso, di recente, da N. SALANITRO, *Titoli di credito e strumenti finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, p. 1 ss., ove l’osservazione che la distinzione tra titoli individuali e titoli di massa pare traducibile «nel senso che la funzione economica dei titoli individuali si manifesta soprattutto nell’ausilio allo svolgimento delle attività commerciali per provvedere al pagamento (ad es. cambiali, assegni) degli acquisti di beni e delle esecuzioni di servizi; mentre la funzione economica dei titoli di massa (titoli di debito e/o di investimento) è rivolta soprattutto ad agevolare la raccolta dei capitali occorrenti per l’esercizio e lo sviluppo delle stesse imprese».

⁴⁷³ R. LENER, *op. ult. cit.*, p. 2260, ove si precisa che deve trattarsi di indicatori del mercato monetario (ad es. rendimento dei BOT, Euribor, Libor), di indicatori a medio-lungo termine (ad es. Rendistato), di indici di borsa.

⁴⁷⁴ Provvedimento del 29 luglio 2009 e successive modificazioni.

di cui all'art. 25-bis, t.u. fin., la quale prevede regole di condotta in relazione all'emissione da parte di banche di prodotti finanziari, la quale rinvia agli artt. 21-23, t.u. fin. Al riguardo assume particolare rilevanza il dato letterale del provvedimento della Banca d'Italia, in materia di trasparenza, il cui art. 1.1, co. 4, sancisce la non applicabilità della disciplina della trasparenza bancaria ai «*servizi e alle attività di investimento [e] al collocamento di prodotti finanziari*», richiamando espressamente quanto previsto dall'art. 23, co. 4, t.u. fin. Il quinto comma, poi, dell'art. 1.1, lett. a), stabilisce che le norme sulla trasparenza bancaria non si applicano «*ai servizi e alle attività di investimento come definiti dal T.U.F. e al collocamento di prodotti finanziari aventi finalità di investimento, quali, ad esempio, obbligazioni e altri titoli di debito, certificati di deposito, contratti derivati, pronti contro termine*». La Banca d'Italia, inoltre, nella nota 1 allo stesso art. 1.1, co. 4, fa rinvio alla definizione di «*prodotto finanziario*» contenuta nell'art. 1, co. 1, lett. u), t.u. fin, prevedendo poi che «*la disciplina di cui al presente provvedimento si applica, quindi, oltre che ai depositi, anche ai buoni fruttiferi e ai certificati di deposito consistenti in titoli individuali non negoziati nel mercato monetario*». Sembra riemergere, dunque, anche con riferimento alla determinazione della disciplina applicabile, la contrapposizione tra «*titoli individuali non negoziati sul mercato monetario*» - soggetti alla disciplina sulla trasparenza bancaria - e gli altri certificati di deposito, qualificabili quali strumenti finanziari e assoggettabili perciò alla disciplina del t.u. fin., benché entrambe le categorie appartengano al genere dei certificati di deposito; ed è proprio da ciò che deriva una certa «*difficoltà per l'interprete*» in quanto se da una parte la disciplina dettata dalla Banca d'Italia riflette la volontà di operare la distinzione in parola, dall'altra però «*non riesce a portare, per dir così, sino in fondo questa impostazione, consentendo di*

*differenziare le due species secondo criteri certi e univoci*⁴⁷⁵. Tale “sdoppiamento” di disciplina certamente non giova a conferire certezza e trasparenza al contenuto e alla struttura degli strumenti in analisi, risultando allora attribuito ai giudici il compito di verificare, quando ormai l’emissione è avvenuta, la correttezza dell’una o dell’altra qualificazione. In proposito, si è auspicato uno sforzo dell’interprete di *«fornire di un contenuto, se possibile, diverso le due sub-categorie, spostando in una prospettiva de iure condendo – dunque quale mero auspicio o suggerimento per la futura regolamentazione secondaria – la pur corretta riflessione in ordine alla opportunità di dare “nome” differente alle due differenti figure»*⁴⁷⁶.

Neppure dalla normativa primaria sembrano potersi ricavare delle soluzioni certe della questione. L’art. 11 della richiamata *legge per la tutela del risparmio*⁴⁷⁷ - che ha introdotto l’art. 25-bis, t.u. fin.⁴⁷⁸- infatti sottopone sia la sottoscrizione sia il collocamento di prodotti finanziari⁴⁷⁹ emessi dalle banche alla disciplina degli artt. 21-23, t.u. banc., ove vengono fornite regole di condotta per intermediari che prestano servizi e attività di investimento, ma non si chiarisce quando siffatti prodotti emessi dalle banche debbano considerarsi prodotti finanziari. Ai sensi dell’art. 1, primo comma, lett. u), t.u. fin., sono prodotti finanziari *«gli strumenti finanziari e ogni altra forma di*

⁴⁷⁵ R. LENER, *op. ult. cit.*, p. 2261.

⁴⁷⁶ Ancora R. LENER, *op. ult. cit.*, p. 2262, ove si precisa altresì che la pur corretta riflessione sull’opportunità o meno di denominare in modo differente le due figure, diviene *«mero auspicio o suggerimento per la regolamentazione secondaria. A meno di non concludere, beninteso, che le due figure sono in principio distinte, ma in realtà sono la medesima... e allora l’auspicio sarebbe una rapida rimozione delle norme che creano l’equivoco circa la possibile “duplice natura” dei certificati di deposito»*.

⁴⁷⁷ L. 28 dicembre 2005, n. 262.

⁴⁷⁸ Sul punto si veda A. PORTOLANO, *Commento sub art. 25-bis*, in *Il Testo unico della finanza*, a cura di M. Fratini e G. Gasparri, Torino, 2012, I, p. 447 ss.

⁴⁷⁹ Il riferimento alla sottoscrizione e al collocamento permette di ricomprendere l’attività della banca di immissione di prodotti finanziari nel mercato primario e secondario.

investimento di natura finanziaria», con la precisazione, aggiunta successivamente e che sembra complicare ulteriormente lo scenario, secondo cui «*non costituiscono prodotti finanziari i depositi bancari o postali non rappresentati da strumenti finanziari*»⁴⁸⁰. Al riguardo è stato sostenuto come da tale definizione possa «*solo dedursi che un prodotto finanziario deve possedere due requisiti: deve trattarsi di una “forma di investimento” e deve essere “di natura finanziaria”*»⁴⁸¹. Il problema è stato affrontato precisando come nel concetto di “investimento” siano insiti il conferimento di una somma di un bene fungibile (prevalentemente una somma di denaro) dal cui utilizzo possono derivare ritorni economici e richiamando il quarto comma dello stesso art. 1, t.u. fin., secondo cui non sono strumenti finanziari «*i mezzi di pagamento*». Il carattere “finanziario” dell’investimento, invece, emerge dal fatto che a fronte del conferimento di un bene presente, si riceverà in corrispettivo un bene il cui valore non è noto al momento dell’investimento.

L’art. 1, t.u. fin., contiene due riferimenti ai certificati di investimento: al comma 1-bis, lett. b), in quanto «*valori mobiliari*» ove «*possano essere negoziati nel mercato dei capitali*» e al comma 1-ter, in quanto «*strumenti del mercato monetario*», a condizione che siano «*normalmente negoziati nel mercato monetario*».

Pur nella consapevolezza dell’estrema incertezza del quadro di riferimento, i certificati di deposito non sono stati considerati valori mobiliari⁴⁸². La negoziabilità, in ogni caso, è un requisito astratto che non richiede che i titoli siano effettivamente negoziati su mercati regolamentati o su sistemi multilaterali di negoziazione: ciò che rileva ai fini della qualifica di strumenti finanziari è soltanto l’idoneità ad essere trasferiti sul mercato dei capitali,

⁴⁸⁰ Dall’art. 3, d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303.

⁴⁸¹ Ancora R. LENER, *op. ult. cit.*, p. 2263.

⁴⁸² R. LENER, *op. ult. cit.*, p. 2263.

non l'effettiva quotazione anche se «appare corretta la lettura che vede nella negoziabilità sul mercato dei capitali non una mera trasferibilità – i certificati di deposito devono essere necessariamente trasferibili, stando alle Istruzioni – bensì una “potenziale negoziabilità sul mercato”, una agilità nello scambio, che ha come prima necessaria caratteristica l'appartenenza del valore a una categoria omogenea»⁴⁸³.

Il tratto peculiare della maggior parte dei certificati di deposito emessi, invece, come si è visto, è la possibilità di essere “personalizzati” in base alle richieste individuali del cliente: conseguentemente, essi si presentano tra loro differenti in punto, ad esempio, di durata, di data di decorrenza del deposito, di regola di circolazione (normativa oppure al portatore), di taglio minimo del deposito, di tasso di interesse e di possibilità di “dematerializzazione”.

Un'altra questione affrontata dagli interpreti riguarda la riconducibilità o meno dei prodotti in analisi agli strumenti del mercato monetario, quali «strumenti normalmente negoziati nel mercato monetario»⁴⁸⁴; questione rispetto alla quale è stato ritenuto possibile affermare che «mentre il requisito della “negoziabilità” implica la potenzialità di trattazione di uno strumento sul mercato, ed è astrattamente predicabile anche per i titoli atipici di nuova emissione, “normale negoziazione” implica una valutazione a posteriori di carattere statico, sì che può considerarsi “strumento finanziario” un titolo del mercato monetario ove non si dimostri che un simile titolo già esiste ed è trattato con continuità sul mercato»⁴⁸⁵.

⁴⁸³ R. LENER, *op. ult. cit.*, p. 2264, ove si fa rinvio anche a M. ONZA, L. SALAMONE, *Prodotti, strumenti finanziari, valori mobiliari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, p. 575 ss.

⁴⁸⁴ Problema affrontato da R. LENER, *op. ult. cit.*, p. 2264.

⁴⁸⁵ Così R. LENER, *op. ult. cit.*, p. 2264, ove si fa rinvio a ID. *Gli strumenti finanziari*, in *Diritto del mercato finanziario. Saggi*, a cura di R. Lener, Torino, 2011, p. 63. Sul tema cfr. anche P. SPADA, *La circolazione della «ricchezza assente» alla fine del millennio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, I, p. 406 ss.; M. ONZA, L. SALAMONE, *op. cit.*, p. 576 ss.; A. NIUTTA, *Prodotti, strumenti finanziari e valori mobiliari nel T.U.F. aggiornato in base alla MIFID (con il d.lgs. n. 164/2007)*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, p. 807 ss.

Seppur con le opportune cautele, stante la complessità e, per alcuni aspetti, contraddittorietà, delle norme primarie e secondarie, si è ritenuto che i certificati di deposito siano qualificabili come strumenti finanziari «rientranti nella sub-categoria dei titoli emessi “in blocco”»⁴⁸⁶; al contrario, invece, non sono stati ritenuti strumenti finanziari i certificati emessi in forma personalizzata, in base alle richieste individualizzate dei clienti che non presentano dunque un contenuto standardizzato, «di cui non sia “normale” la negoziazione sul mercato»⁴⁸⁷.

Occorre porre l'attenzione poi su un altro dato: nelle disposizioni regolamentari si prevede che i poteri di intervento della Banca d'Italia in materia di raccolta in titoli delle banche non sono soltanto quelli relativi alla predeterminazione delle caratteristiche tipologiche, ai sensi dell'art. 12, co. 5, secondo cui «la Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, disciplina l'emissione da parte delle banche delle obbligazioni non convertibili o convertibili in titoli di altre società nonché degli strumenti finanziari diversi dalle partecipazioni»⁴⁸⁸.

Anche in relazione alle emissioni di certificati di deposito e di buoni fruttiferi vale il richiamo, contenuto tra le fonti normative che disciplinano la raccolta bancaria del risparmio, all'art. 53, co. 3, lett. d), ove si legittima l'Autorità a limitare, per mezzo di provvedimenti specifici, la facoltà delle banche di

⁴⁸⁶ R. LENER, *op. ult. cit.*, p. 2265.

⁴⁸⁷ R. LENER, *op. ult. cit.*, *ibidem*, il quale prosegue precisando che «a quanto è dato sapere, gran parte dei certificati oggi emessi dalle banche, pur se in astratto trasferibili – in quanto richiesto dalla disciplina della Banca d'Italia – non sono in concreto negoziati sul mercato e dunque non appaiono, quanto meno in prima battuta, sussumibili nella categoria normativa degli strumenti del mercato monetario».

⁴⁸⁸ La formulazione riportata è frutto della modifica operata dall'art. 9.3, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, inserito dall'art. 2, d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37 (l'art. 6 del d.lgs. da ultimo richiamato fornisce la relativa disciplina transitoria).

emettere gli strumenti in parola, al fine del contenimento del rischio e della tutela dell'adeguatezza patrimoniale.

In relazione, invece, agli strumenti finanziari non partecipativi, non è stata dettata alcuna specifica disposizione: l'autorità di vigilanza, ad oggi, non si è ancora avvalsa del potere di cui all'art. 117, co. 8. Conseguentemente, gli emittenti sono liberi di determinarne le caratteristiche, purché però segnalino alla Banca d'Italia i casi in cui tali emissioni rappresentino una quota significativa delle passività della banca, così come previsto in via generale per tutti i titoli diversi dalle obbligazioni e dai certificati di deposito.

1.2.3 Gli «*altri titoli*»

Il Titolo V, Capitolo 3, Sezione IV, delle *Istruzioni di vigilanza*, nella premessa generale secondo cui le banche raccolgono risparmio anche attraverso l'emissione di titoli aventi caratteristiche diverse da quelle fissate per le obbligazioni e per i certificati di deposito e i buoni fruttiferi, è dedicato infatti agli «*altri titoli*». L'Autorità ha precisato come, nei casi in cui le emissioni di tali titoli rappresentino una quota significativa delle passività della banca, «*sussistono esigenze conoscitive della Banca d'Italia*», da cui consegue l'attivazione, da parte delle banche, della procedura di segnalazione indicata nelle stesse *Istruzioni di vigilanza*⁴⁸⁹.

In relazione poi alle caratteristiche di tali «*altri titoli*», si prevede che questi debbano indicare, se non dematerializzati⁴⁹⁰: la denominazione, l'oggetto e la sede della banca, con l'indicazione dell'ufficio del registro delle imprese

⁴⁸⁹ §3, Sezione IV in analisi, ove si prevede che le banche provvedano a segnalare alla Filiale della Banca d'Italia competente per territorio le emissioni già effettuate (che non siano state oggetto di comunicazione ai sensi dell'art. 129, t.u. banc.) il cui ammontare rappresenti almeno l'1% della raccolta complessiva.

⁴⁹⁰ Le indicazioni da riportare sui titoli devono riferirsi alla succursale nel caso di banche extraeuropee.

presso il quale essa è iscritta; il capitale sociale della banca versato ed esistente al momento dell'emissione; nonché il valore nominale, gli elementi necessari per la determinazione della remunerazione del prestito, le modalità di rimborso e le eventuali garanzie.

2 I contratti

2.1 Il nuovo conto corrente: prima «semplice» poi «di base»

La Banca d'Italia ha esercitato il potere di cui all'art. 117, co. 8, t.u. banc., per la prima volta in relazione ai contratti, con le disposizioni sulla «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti», emanate il 29 luglio del 2009. Tale provvedimento costituisce l'esito del tentativo avviato dalla stessa Banca d'Italia il 18 marzo 2009, attraverso la messa in consultazione di un documento nel quale si ipotizzava la previsione del conto corrente «semplice»⁴⁹¹ e chiedendo alle banche e alle associazioni di consumatori di esprimere il proprio giudizio circa la messa a disposizione della clientela da parte delle banche (che avevano la facoltà di offrirlo) di una forma di contratto con caratteristiche standardizzate e contenuto minimo predeterminato dalla stessa Autorità.

Tale proposta è stata accolta in sede di consultazione con giudizi in linea di massima positivi, anche se l'ABI aveva precisato come il consorzio Patti Chiari (organizzazione promossa dalla stessa ABI), in via di autoregolamentazione, offrì già un servizio analogo, denominato conto

⁴⁹¹ Alla base della decisione di introdurre tale contratto vi è una duplice motivazione. Da un lato, vi è stato il tentativo di promuovere l'inclusione finanziaria, accogliendo le proposte europee di *soft law* e, dall'altro, di perseguire una politica di contrasto dell'uso del contante, volta a ridurre i costi della p.a. e, soprattutto, incrementare la tracciabilità della circolazione della ricchezza, come è stato osservato da V. MELI, *Il conto corrente di base tra inclusione finanziaria e controllo della circolazione della ricchezza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2014, p. 56.

corrente «*di base*» che, tuttavia, non aveva riscosso particolare successo nel mercato; le caratteristiche di tale figura erano la totale libertà di tariffazione, un servizio minimo garantito ai clienti (ad esempio, versamenti, accrediti periodici e domiciliazioni) e il divieto di includere alcuni servizi (ad esempio, assegni e finanziamenti) e di intrattenere altri rapporti con la stessa banca⁴⁹².

Dopo la chiusura della fase di consultazione, la Banca d'Italia ha deciso di adottare tale figura tipica di contratto precisando la legittimazione del proprio intervento in forza dell'art. 117, co. 8, t.u. banc., e sancendo così anche la nullità di eventuali contratti denominati conto corrente «*semplice*», ma privi delle caratteristiche minime sancite dalla stessa Autorità⁴⁹³.

Nelle sue linee generali, il conto corrente «*semplice*» è previsto in due versioni, con operatività allo sportello oppure solo *on line*; essendo un contratto disegnato sulle esigenze «*di base dei consumatori*», la Banca d'Italia ha previsto una tariffazione di tipo *flat*, ovvero con canone fisso, ma modificabile in corso di rapporto, in applicazione dell'art. 118, t.u. banc.⁴⁹⁴; l'intermediario non può addebitare al cliente nessun'altra spesa, onere o commissione in relazione al conto corrente e, pertanto, l'indicatore sistemico di costo dovrà coincidere necessariamente con il canone annuo di base; l'informativa al cliente dovrà essere trasmessa con una periodicità almeno trimestrale e i relativi costi dovranno essere compresi nel canone.

Per definire il numero *standard* di operazioni di scritturazione contabile e di servizi da ricomprendere nel conto corrente semplice, con il provvedimento attuativo del 27 novembre 2009, la Banca d'Italia, ha recepito

⁴⁹² Così A. MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: Istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto, cit.*, p. 557 ss.

⁴⁹³ Con provvedimento adottato in data 27 novembre 2009, d'intesa con l'ABI e le principali associazioni di consumatori.

⁴⁹⁴ Secondo il documento posto in consultazione, in alternativa, la Banca d'Italia avrebbe potuto prevedere una tariffazione libera (con costi fissi e variabili) oppure mista (*flat* per i servizi di base, con possibilità di ulteriori servizi a pagamento).

l'accordo tra ABI e la maggioranza delle Associazioni facenti parte del Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti (CNCU)⁴⁹⁵, stabilendo quali tipologie di operazioni le banche dovessero offrire ai propri clienti che avevano aperto un conto corrente semplice e il numero massimo di operazioni incluse nella tariffa annua: sei elenchi movimenti, sei prelievi allo sportello, sei prelievi su ATM di altre banche, sei bonifici e dodici versamenti allo sportello. I clienti possono illimitatamente effettuare prelievi ATM presso altre banche del gruppo, domiciliazioni, accredito di giroconti e bonifici e operazioni con carte di debito. Per le operazioni in eccesso, al cliente potranno essere addebitati dei costi aggiuntivi, di cui dovrà essere data evidenza nell'estratto conto.

In base a tale accordo, il canone annuo onnicomprensivo e il tasso di interesse creditore sono rimessi alla libera determinazione dell'intermediario, prevedendosi solamente che *«considerata la rilevanza degli obiettivi di inclusione finanziaria e tenuto conto delle caratteristiche dei potenziali destinatari del prodotto, ferma restando l'autonomia delle banche nella fissazione delle condizioni economiche del rapporto, le parti auspicano che le banche che intendono offrire il “Conto Corrente Semplice” applichino alla clientela condizioni di particolare favore, valutando – ad esempio – la possibilità di offrire un “canone bloccato”, ovvero senza aumenti, per un determinato periodo di tempo»*. Sul punto si è riscontrata una esplicita presa di posizione a favore degli utenti del conto corrente semplice, più incisiva rispetto alla semplice indicazione di ragionevolezza espressa successivamente nella Raccomandazione cui si è ispirato il legislatore italiano nel disciplinare il conto corrente *«di base»*.

La Banca d'Italia introduceva altresì il divieto di offrire servizi aggiuntivi, quali il rilascio di carte di credito, l'affidamento oppure la

⁴⁹⁵ Accordo sottoscritto in data 28 ottobre 2009.

convenzione di assegno. Tuttavia, il conto corrente «*semplice*» previsto dalla Banca d'Italia si differenziava dal conto corrente «*di base*» del consorzio Patti Chiari in quanto non contemplava né il divieto di aprire separati e ulteriori rapporti con l'intermediario volti alla gestione titoli né il divieto di aprire, con la stessa banca, altri rapporti di conto corrente. Diversamente dalla libertà di tariffazione del conto corrente «*di base*» da ultimo richiamato, il contratto introdotto dalla Banca d'Italia prevede il vincolo tassativo di tariffazione tramite un canone onnicomprensivo.

Il conto corrente «*semplice*» non ha riscosso un grande successo né tra la clientela né tra gli istituti di credito; dall'elenco pubblicato sul sito della Banca d'Italia⁴⁹⁶ si legge infatti che le banche (nemmeno le più grandi) che lo offrono sono solo sedici. Come è stato precisato, l'insuccesso del conto corrente semplice non può certo sorprendere dato che esso appare un prodotto poco "attraente" per le banche e probabilmente troppo "semplice" per i consumatori, risultando inidoneo (non da ultimo, per la mancanza totale di informazione al mercato) ad attirare la clientela rimasta *unbanked*⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ È possibile consultarlo, aggiornato al 28 febbraio 2014, all'indirizzo https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativo/archivio-norme/disposizioni/trasparenza_operazioni/elenco_intermediari_CC_semplice_28_02_14.pdf

⁴⁹⁷ Clientela "vittima" del fenomeno di *financial exclusion*, espressione che in origine venne utilizzata per descrivere le limitazioni fisiche all'accesso a servizi bancari dovute alla chiusura degli sportelli in conseguenza della crisi finanziaria. Per ulteriori approfondimenti, A. LEYSHON, N. THRIFT, *Geographies of financial exclusion: financial abandonment in Britain and the United States*, in *Transactions of the Institute of British Geographers*, Vol. 20, n. 3, 1995, p. 312 ss. Successivamente, l'espressione ha assunto un'accezione sensibilmente differente, in quanto facente riferimento a alle difficoltà che alcune fasce di popolazione riscontravano nell'accedere ai moderni strumenti di pagamento (e ad altri servizi bancari) e al credito al consumo.

L'iniziale insuccesso del conto corrente semplice avrebbe dovuto già indicare la necessità di un diverso approccio per il perseguimento degli obiettivi di *financial inclusion*⁴⁹⁸.

Con l'art. 12, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con la l. 22 dicembre 2011, n. 214, è stato introdotto l'obbligo (non più la mera facoltà)

⁴⁹⁸ A. MIRONE, *op. ult. cit.*, p. 557 ss., aveva messo in luce alcune criticità dello schema del conto corrente semplice, precisando come l'aspetto critico «*risiede proprio nella possibilità che tale strumento si diffonda – conformemente agli auspici – in modo pervasivo sul mercato, determinando una sostanziale uniformazione dei servizi di base offerti dalle banche. [...] La linea seguita dalla Banca d'Italia, di uniformare l'offerta di base mediante una standardizzazione completa del prodotto (e conseguente estromissione di alcuni servizi non secondari, come assegni e carte di credito, dal contratto base), accompagnata da un altrettanto completa standardizzazione dei meccanismi di calcolo del corrispettivo, potrebbe pertanto anche determinare effetti negativi: a) di riduzione dei servizi offerti alla clientela; b) di aumento del costo finale di servizi di base, che le varie banche potrebbero offrire in modo sostanzialmente uniforme, con ciò determinando, in assenza di differenziazione sul prodotto, una reciproca convenienza al mantenimento di prezzi sovracompetitivi*». Nell'Unione europea si è cominciato a parlare ufficialmente di "*financial inclusion*" nel 2007, quando la Commissione, con la *Single Market Review*, ha presentato un Documento di lavoro dedicato ad «*Initiatives in the area of retail financial services*». Successivamente, è stato avviato un vero e proprio processo di studio e consultazioni pubbliche che ha portato all'emanazione della Raccomandazione del 18 luglio 2011 che rappresenta il modello al quale il legislatore italiano ha cercato di uniformarsi nel disciplinare il conto corrente di base. In particolare, i presupposti e gli obiettivi di tale Raccomandazione sono precisati nel Considerando 2, secondo il quale «*I severi requisiti attualmente imposti dai prestatori di servizi di pagamento per l'apertura di un conto di pagamento che vanno oltre le disposizioni di legge possono pregiudicare il pieno godimento della libertà di circolazione delle persone all'interno dell'Unione. Inoltre, chi non dispone di un conto di pagamento ha un accesso limitato ai servizi finanziari tradizionali, da cui consegue un indebolimento dell'inclusione finanziaria e sociale, spesso a discapito delle categorie di popolazione più vulnerabili. In tale situazione è inoltre più difficile per i consumatori accedere a beni e servizi essenziali. È pertanto necessario stabilire dei principi che regolino l'accesso ai conti di pagamento di base, che costituiscono un elemento fondamentale nella promozione dell'inclusione e coesione sociale, al fine di consentire ai consumatori di beneficiare di un minimo garantito di servizi di pagamento essenziali*». La conseguenza di ciò è che «*In ciascuno Stato membro, i consumatori che risiedono legalmente all'interno dell'Unione e che non sono titolari di un conto di pagamento in tale Stato membro dovrebbero avere la facoltà di aprire e disporre di un conto di pagamento di base. Al fine di garantire un accesso più ampio possibile ai conti di pagamento di base, è indispensabile che gli Stati membri garantiscano che i consumatori abbiano accesso a un tale conto indipendentemente dalla situazione finanziaria di questi ultimi, ad esempio in caso di disoccupazione o fallimento personale*» (Considerando 7).

per le banche, la società Poste italiane S.p.a. e gli altri prestatori di servizi di pagamento abilitati ad offrire servizi a valere su un conto di pagamento, di offrire un conto corrente «*di base*».

Tale contratto, secondo il testo legislativo richiamato, nell'offerta che verrà fatta al cliente deve includere un numero adeguato di servizi e operazioni, tra cui la disponibilità di una carta di debito gratuita. La struttura dei costi di tale servizio dovrà essere semplice, trasparente e di facile comprensione. Per la determinazione delle caratteristiche del conto, il legislatore fa espresso riferimento alle prescrizioni contenute nella sezione III della Raccomandazione n. 2011/442/UE della Commissione, del 18 luglio 2011 (che descrive i servizi minimi che tale tipologia di conto corrente dovrebbe offrire alla clientela), mantenendo «*un livello di costi coerente con le finalità di inclusione finanziaria conforme a quanto stabilito dalla sezione IV della predetta raccomandazione*».

La definizione delle caratteristiche più di dettaglio, invece, è stata rimessa ad un'apposita convenzione tra il Ministero dell'economia e delle finanze, la Banca d'Italia, l'ABI, la società Poste italiane Spa e le associazioni dei prestatori di servizi di pagamento, sottoscritta il 20 aprile 2012 e integrata con un *addendum* il 20 aprile dell'anno successivo. Tale convenzione fissa un numero di operazioni annue (precisato in una tabella allegata) ricomprese in un canone annuo fisso; il titolare può chiedere di svolgere operazioni aggiuntive o in numero superiore (separatamente remunerate), ma il prestatore del servizio non può imporle; nel canone annuo sono compresi l'*home banking*, l'ATM e l'ATM evoluto (non sono dunque ricompresi il *cartet* di assegni e la carte di credito); le giacenze sul conto non sono remunerate; il prestatore di servizi di pagamento non può offrire, nel conto di base, altri

servizi, né autorizzare lo scoperto o l'esecuzione di operazioni di pagamento che comportano un saldo negativo sul conto.

In riferimento al canone annuo onnicomprensivo e al costo delle operazioni eccedenti i limiti fissati nella tabella, la convenzione richiamata si limita a precisare solamente che *«essi devono essere ragionevoli e coerenti con finalità di inclusione finanziaria»*, aggiungendo che il costo delle operazioni eccedenti i limiti non deve in ogni caso essere superiore a quello applicato dallo stesso prestatore di servizi di pagamento per i conti correnti offerti a consumatori con esigenze di base.

La convenzione, inoltre, ha specificato quali sono le fasce socialmente svantaggiate che, ai sensi della lett. d) del quinto comma dell'art. 2 del d.l. 201/2011, possono beneficiare del conto corrente di base.

Il primo riferimento è a quanti hanno un ISEE⁴⁹⁹ in corso di validità inferiore a 7.500 euro lordi, i quali hanno diritto ad accedere al conto corrente di base senza alcuna spesa (escluse le operazioni in eccessi rispetto al numero massimo prestabilito) e senza dover pagare l'imposta di bollo. Il secondo riferimento è a favore di quanti (non rientranti nella categoria appena analizzata) abbiano diritto a trattamenti pensionistici fino a 1.500,00 euro

⁴⁹⁹ L'Indicatore della Situazione Economica Equivalente è un parametro di valutazione della situazione economica delle famiglie, utilizzato al fine di valutare chi ha diritto di godere le prestazioni sociali, in conformità a quanto previsto dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 109. Tale parametro viene calcolato dall'INPS e la certificazione che si ottiene vale per un anno e fa riferimento ai dati dell'anno precedente. Le situazioni considerate da tale parametro sono quella reddituale, quella patrimoniale e quella economica. La prima di tali situazioni viene calcolata sommando il reddito complessivo lordo ed il reddito delle attività finanziarie al netto di eventuali canoni di locazioni, entro un tetto massimo. La situazione patrimoniale, invece, è data dalla somma del patrimonio mobiliare (depositi bancari, postali, titoli di stato, etc.), al netto della franchigia, con il patrimonio immobiliare (detraendo una franchigia per la casa di abitazione), moltiplicando il risultato per il coefficiente 0,20. La situazione economica, infine, si calcola sommando le prime due situazioni e dividendo il risultato ottenuto per un coefficiente determinato dalla legge, a seconda dei componenti che compongono il nucleo familiare.

netti mensili, i quali avranno la possibilità di scegliere tra un conto parzialmente gratuito (solo per la tipologia di servizi e il numero di operazioni indicate nell'Allegato B) e un conto interamente gratuito che però permetterà di godere solo ed esclusivamente dei servizi indicati nello stesso allegato, senza che il cliente possa beneficiare a pagamento di servizi aggiuntivi (la banca, infatti, potrà soltanto offrire maggiori quantità di servizi, ma non tipologie ulteriori).

Per quanto riguarda il coordinamento tra le due figure contrattuali introdotte dalla Banca d'Italia, occorre precisare come la stessa Autorità, in un documento posto in consultazione il 17 giugno 2013, partendo dalla constatazione che il conto di base e di quello semplice presentano caratteristiche «*molto simili*» e assolvono alla «*medesima funzione*», si è quindi provveduto «*a sostituire la disciplina del secondo con quella del primo e a effettuare il necessario coordinamento con il resto delle Disposizioni; in particolare, il paragrafo 4 della sezione III:*

- tipizza il “conto di base” ai sensi dell’articolo 117, comma 8, del TU (su questo punto verrà acquisita l’intesa della Consob⁵⁰⁰): gli intermediari non potranno, pertanto, denominare “conto di base” prodotti che abbiano caratteristiche diverse da quelle indicate nella convenzione».

Ciò chiarito, la disciplina del conto corrente «*di base*» suscita particolare interesse in relazione al tema generale della presente analisi in quanto, dal punto di vista della sua legittimità, i poteri di cui all'art. 117, co. 8, t.u. banc., non sembrano essere stati utilizzati come espressione di un potere meramente connotativo (così come definito nei precedenti paragrafi), tanto che, in dottrina, anche chi aveva interpretato i poteri conferiti all'Autorità in chiave connotativa, alla luce della disciplina del nuovo conto corrente «*di*

⁵⁰⁰ Con conseguente riduzione dell'intervento del legislatore che aveva fatto venire meno la “collaborazione” tra le due Autorità.

base», ha dato una «lettura estensiva dell'art. 117, comma 8, come potere regolamentare generale»⁵⁰¹.

2.2 Il mutuo fondiario? La parola alla giurisprudenza.

Recentemente l'art. 117, co. 8, t.u. banc., è stato oggetto di alcune decisioni tanto dei giudici di merito quanto di quelli di legittimità, le quali hanno avuto ad oggetto gli effetti sulla validità del contratto di mutuo fondiario derivanti dal superamento del limite massimo di finanziabilità di cui all'art. 38, t.u. banc.⁵⁰² e alla relativa disciplina di attuazione contenuta nella deliberazione CICR 22 aprile 1995.

L'art. 38 infatti dopo aver definito «fondiario» il credito che «ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili» stabilisce, al comma successivo, che «la Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, determina l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti».

In attuazione di tale disciplina il CICR, nella richiamata deliberazione, ha stabilito che «l'ammontare massimo dei finanziamenti di credito fondiario è pari all'80 per cento del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli

⁵⁰¹ Così G. DE NOVA, *La trasparenza bancaria: lex generalis o lex specialis?*, *Banking contracts and transparency regulation*, cit., p. 61.

⁵⁰² Di seguito il testo dell'art. 38, rubricato «Nozione di credito fondiario»:

«1. Il credito fondiario ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili.

2. La Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, determina l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti».

stessi» e che «*tale percentuale può essere elevata sino al 100 per cento, qualora vengano prestate garanzie integrative, rappresentate da fideiussioni bancarie e assicurative, polizze di compagnie di assicurazione, cessioni di annualità o contributi a carico dello Stato o di enti pubblici, fondi di garanzia e da altre idonee garanzie, secondo i criteri previsti dalla Banca d'Italia*» ed inoltre «*in presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie su un immobile, ai fini della determinazione dell'ammontare massimo di un finanziamento di credito fondiario, al relativo importo va aggiunto il capitale residuo del finanziamento pregresso*».

In conformità a tale deliberazione, la Banca d'Italia, nelle *Istruzioni di vigilanza per le banche* di cui alla richiamata Circolare 21 aprile 1999, n. 229 (Titolo V, Capitolo I, Sezione II) da una parte, ha confermato detto limite di finanziabilità e, dall'altra, ha esteso l'applicazione di questo anche ai finanziamenti erogati sulla base di stati di avanzamento lavori, con la precisazione che, in tali ipotesi, il limite deve essere osservato in relazione a ciascuna fase di esecuzione dei lavori⁵⁰³.

L'espressa previsione già a livello di fonte primaria di limiti di finanziabilità, rappresenta un elemento di continuità rispetto alla previgente legislazione sul credito fondiario ed edilizio, che ha sempre richiesto il rispetto di un determinato rapporto tra l'importo del finanziamento e il valore della garanzia⁵⁰⁴, giustificandolo in considerazione della necessità di

⁵⁰³ Prima dell'entrata in vigore della richiamata normativa di attuazione la Banca d'Italia aveva precisato che «*in assenza di disposizioni della Banca d'Italia continua ad applicarsi, conformemente al disposto dell'art. 153, co. 1, la disciplina dettata dalle norme di legge precedenti*» ovvero l'art. 4 della l. 6 giugno 1991, n. 175, la quale fissava il limite di finanziabilità al 75% del valore dell'immobile e l'art. 9 della medesima legge che considerava il 90% del costo delle opere da eseguirsi sui beni gravati da ipoteca.

⁵⁰⁴ Si vedano in particolare: il r.d. 16 luglio 1905, n. 646, *Testo unico delle leggi sul credito fondiario*, il cui art. 12 stabiliva che il credito fondiario avesse per oggetto «*di prestare per prima ipoteca sopra immobili e fino alla metà del loro valore somme rimborsabili con ammortizzazione*» e «*di fare anticipazioni in seguito all'apertura di un credito a conto corrente garantito da ipoteca alle stesse condizioni dei prestiti*»; il d.l. 2 maggio 1920, n. 698, recante

assicurare agli istituti abilitati in via esclusiva ad erogare tali crediti speciali una costante simmetria tra provvista, originariamente acquisita con l'emissione di apposite cartelle, ed impieghi, da rispettare sia in fase di costituzione del rapporto sia in fase di sua estinzione⁵⁰⁵.

La previsione legislativa di suddetti limiti di finanziabilità ha portato inevitabilmente gli interpreti a chiedersi quali fossero per il contratto le conseguenze del loro superamento; interrogativo che ha trovato, da parte della giurisprudenza, differenti soluzioni oscillate tra (i) la dichiarazione di

«Creazione di un Istituto nazionale di credito fondiario con sede in Roma», convertito nella l. 17 aprile 1925, n. 473, il quale, regolando un Istituto la cui finalità era la concessione di *«mutui esclusivamente per la costruzione di case di abitazione, eccettuate quelle di lusso»*, stabiliva all'art. 4 che *«per la concessione dei mutui i richiedenti debbono comprovare di disporre del quarto del totale della spesa prevista per la costruzione, compreso il costo dell'area»*, e che il mutuo poteva essere concesso per non più del 75% della spesa per l'acquisto dell'area e per la costruzione delle abitazioni; la l. 29 luglio 1949, n. 474, *Provvedimenti per il credito fondiario, edilizio e agrario di miglioramento*, la quale accordava a tutti gli Istituti autorizzati all'esercizio del credito fondiario la possibilità di concedere, in aggiunta alle operazioni fondiarie, *«anche mutui destinati alla costruzione, ricostruzione, riparazione, trasformazione e sopraelevazione di edifici ad uso prevalente di abitazioni non di lusso»*, e all'art. 3 stabiliva altresì che *«l'ammontare di ciascun mutuo non può eccedere la metà del valore cauzionale dell'immobile, da stabilirsi a giudizio esclusivo dell'Istituto mutuante»*; la l. 6 giugno 1991, n. 175, *Revisione della normativa in materia di credito fondiario, edilizio ed alle opere pubbliche*, all'art. 4 chiariva cosa dovesse intendersi per oggetto del credito fondiario, individuato, in particolare, nella *«concessione di mutui di durata non inferiore a cinque anni garantiti da ipoteca di primo grado su immobili fino al 75% del loro valore»* ovvero nella *«concessione di anticipazioni di durata superiore a diciotto mesi garantite da ipoteca alle stesse condizioni previste per i mutui»*; la medesima legge inoltre, all'art. 9, precisava come l'oggetto del credito edilizio consistesse nella *«concessione di mutui ed anticipazioni garantiti da ipoteca destinati alla costruzione, ricostruzione, riparazione, trasformazione, sopraelevazione e recupero di immobili»* – facendo così del credito edilizio un *«credito di scopo»* - e prevedendo che *«l'ammontare di ciascun mutuo o anticipazione può raggiungere il 90% del costo della costruzione, ivi compreso quello dell'area, o della spesa necessaria alla realizzazione della sopraelevazione, ricostruzione, riparazione, trasformazione e recupero di immobili»*. La l. 6 giugno 1991, n. 175 è stata successivamente abrogata dall'art. 161, t.u. banc.

⁵⁰⁵ Per ulteriori approfondimenti circa la normativa previgente si vedano S. BONELLI, *Il credito fondiario, il credito edilizio e la legislazione edilizia del dopoguerra*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1950, I, p. 257 ss.; G. MURÉ, *Credito edilizio* (voce), in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 293 ss.; ID., *Credito fondiario* (voce), *ivi*, p. 295 ss.; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*⁵, *cit.*, *ibidem*.

nullità dell'intero contratto concluso in violazione dei limiti di finanziabilità (a meno che dal tenore del contratto non risulti che le parti avrebbero comunque voluto stipulare il contratto di mutuo con il minore importo oggetto di erogazione, nel rispetto dei suddetti limiti di finanziabilità)⁵⁰⁶; (ii) la dichiarazione di nullità parziale del contratto in relazione alla parte che eccede la percentuale massima di finanziabilità, con la conversione di tale parte in mutuo ipotecario ordinario (la parte di credito non in eccesso rispetto ai limiti di finanziabilità, invece, continua ad essere regolata dalla disciplina del mutuo fondiario)⁵⁰⁷; (iii) la dichiarazione di nullità dell'intero contratto e, laddove ricorrano i presupposti di cui all'art. 1424 c.c., conversione di questo in mutuo ipotecario ordinario⁵⁰⁸; oppure (iv) la mera applicazione delle sanzioni previste dall'ordinamento bancario, ferma

⁵⁰⁶ Così la citata sentenza Cass., 1 settembre 1995, n. 9219, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, p. 243, con nota di C.M. TARDIVO, *Inderogabilità delle norme attinenti alla percentuale di concessione del finanziamento*. Nello stesso senso, più di recente, Trib. Lodi, 24 aprile 2013, consultabile al seguente sito *web*: in *www.ilcaso.it*.

⁵⁰⁷ In questo senso, Trib. Padova, 5 giugno 2013, in *Giur. merito*, 2004, p. 925; Trib. Roma, 2 febbraio 1989, in *Temi rom.*, 1989, I, p. 80, con nota di C.M. TARDIVO, *Sorte dei mutui fondiari illegittimamente concessi*, decisione di primo grado alla base della richiamata Cass., 1 settembre 1995, n. 9219; con tale decisione, assunta con riferimento al regime previgente rispetto all'emanazione del t.u. banc., i giudici dal superamento dei limiti di finanziabilità (al tempo stabiliti dal P.D.R. 7/1976) hanno fatto derivare la nullità del contratto di mutuo fondiario per la parte eccedente tale limite e, in applicazione delle norme civilistiche in materia di conversione del contratto nullo, la conversione del mutuo ipotecario in mutuo ordinario.

⁵⁰⁸ Trib. Milano, d. 16 ottobre 1995, in *Fall.*, 1996, p. 485, con nota di A. PETRAGLIA, *Crediti Fondiari nuovo testo unico in materia bancaria e finanziaria*, secondo cui «È esclusa la natura fondiaria del credito di finanziamento insinuato al passivo, per il mancato rispetto delle regole di concessione che governano tale tipo di credito; pertanto, non risultano ammesse al passivo, salvo l'esperimento dell'azione revocatoria ordinaria, le varie voci del credito, compresi gli oneri dovuti per rischi di cambio».

restando la responsabilità della banca e dei suoi amministratori, senza alcun effetto, invece, per la validità del contratto⁵⁰⁹.

Al riguardo, di particolare importanza per l'oggetto della presente indagine appaiono le decisioni⁵¹⁰ che hanno ricondotto alla violazione dei limiti di finanziabilità suddetti la nullità del contratto in quanto, in alcuni casi, detta nullità è stata fatta derivare proprio dalla violazione della norma di cui all'art. 117, co. 8, t.u. banc.⁵¹¹.

Tali decisioni, infatti, hanno posto a fondamento delle precisazioni della Banca d'Italia in relazione ai limiti di finanziabilità il potere normativo attribuito alla medesima Autorità dall'art. 117, co. 8; ne è discesa la dichiarazione di nullità del contratto difforme dalle previsioni dettate dalla Banca d'Italia in attuazione dell'art. 38, co. 2, t.u. banc., ciò in applicazione del medesimo art. 117, co. 8, e dell'art. 127, t.u. banc.

Al riguardo, assume rilevanza la sentenza della Suprema Corte di Cassazione 1 settembre 1995, n. 9219⁵¹², la quale, sebbene intervenuta in tema di "mutuo di scopo", ha enunciato principi perfettamente sovrapponibili all'attuale disciplina⁵¹³; in particolare, tale decisione, accogliendo il principio

⁵⁰⁹ App. Roma, 11 novembre 1991, in *Risp.*, 1996, p. 1023, con nota di A. PETRAGLIA, *Riflessioni in materia di credito fondiario*; Trib. Roma, 9 aprile 2000, in *Dir. fall.*, 2003, II, p. 116, con nota di R. TRINCHIERI, *In tema di risoluzione dell'art. 38, comma 2, t.u. bancario*; Cass., 28 novembre 2013, n. 26672, in *Corr. giur.*, 2014, p. 936 ss., con nota di M. MARTINO, *Sulla sorte del mutuo fondiario che viola i limiti di finanziabilità: un recente, criticabile arresto della Cassazione*.

⁵¹⁰ Il riferimento, in particolare, è alla richiamata Cass., 1 settembre 1995, n. 9219 (concernente però un caso di credito edilizio che ad ogni modo persegue le stesse finalità di stampo pubblicistico perseguite dal mutuo fondiario, tanto che il vigente t.u. banc. ne ha uniformato i regimi giuridici); tra le decisioni dei giudici di merito, occorre considerare Trib. Cagliari, 4 aprile 2013, in *www.ilcaso.it*, la richiamata sentenza Trib. Lodi, 24 aprile 2013 e Trib. Cagliari, 15 maggio 2012, in *www.ilcaso.it* (poi riformata dalla richiamata Cass., 28 novembre 2013, n. 26672).

⁵¹¹ Qualificandosi, dunque, come un'ipotesi di nullità testuale.

⁵¹² In *Vita not.*, 1996, I, p. 102.

⁵¹³ Così G. TRONCI, *Mutuo fondiario: superamento dei limiti di finanziabilità e violazione dell'art. 2741 cod. civ.*, in *www.ilcaso.it*, 2013, p. 2, ove si precisa come la disciplina di cui all'art. 38, t.u.

della nullità parziale laddove «risulti che le parti avrebbero in ogni caso posto in essere il contenuto ridotto del contratto»⁵¹⁴ ed escludendo l'automaticità della conversione del contratto nullo (in considerazione della necessità di indagare se le parti avrebbero voluto la stipula del diverso contratto di cui il contratto nullo presenta i contenuti), sulla base del sistema sanzionatorio disegnato dal t.u. banc., ha fatto derivare dalla violazione della disciplina dettata dalla Banca d'Italia in attuazione dell'art. 38, t.u. banc., la nullità testuale per violazione dell'art. 117, co. 8⁵¹⁵: il sistema introdotto con il t.u. banc., precisa la Corte, è senza dubbio «più duttile», ma si tratta in ogni caso di un sistema che «non sfugge alla sanzione della nullità, posta dall'art. 117 comma 8, in caso di difformità dalla prescrizione della Banca d'Italia»⁵¹⁶, precisando peraltro che nella specie «non si tratta di "clausole nulle", ma di nullità "parziale" e cioè di parte del

banc., in vigore a partire dal 1 gennaio 1994, abbia modificato la nozione di "credito fondiario", facendo venire meno specifici vincoli di destinazione delle somme erogate previsti dalla disciplina precedente.

⁵¹⁴ Così si legge nella sentenza in analisi: «Nella specie, in primo luogo non si tratta di "clausole nulle", ma di nullità "parziale" e cioè di parte del contenuto del contratto, scindibile nelle sue obbligazioni e riducibile ad un contenuto minore. In ogni caso, la conservazione del contratto nel suo contenuto minore dipende dalla volontà delle parti (ai sensi dell'art. 1419 primo comma, come si è detto) e dagli scopi che esse si prefiggevano e non dalla sostituzione di tale volontà con norme imperative, che fissano i limiti dell'autonomia privata, ma non determinano direttamente il contenuto negoziale. Si tratta, quindi, di stabilire se la volontà delle parti avrebbe posto in essere in ogni caso il contenuto più "ridotto" del contratto (con la connessa, inscindibile iscrizione ipotecaria)».

⁵¹⁵ Mentre nel precedente sistema normativo dalla violazione delle medesime disposizioni si riteneva derivasse la nullità virtuale dei contratti per contrarietà a norme imperative, di cui all'art. 1418, co. 1, c.c.

⁵¹⁶ Nella fattispecie oggetto della decisione in analisi, tuttavia, in forza della previsione di cui al sesto comma dell'art. 161, t.u. banc. (secondo cui «I contratti già conclusi e i procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo restano regolati dalle norme anteriori») la nullità non è quella relativa di cui al secondo comma dell'art. 127, t.u. banc., bensì quella di cui all'art. 1421 c.c.

contenuto del contratto, scindibile nelle sue obbligazioni e riducibile ad un contenuto minore»⁵¹⁷.

Ulteriore elemento da considerare è il connotato pubblicistico riconosciuto agli interessi che secondo la medesima Corte sarebbero sottesi alla previsione di un limite di finanziabilità che, appunto, costituisce un precetto imperativo volto a proteggere siffatti interessi e preordinato a regolare l'andamento dell'attività creditizia, essenziale all'economia nazionale, come emerge dalla (allora) nuova disposizione stabilita per il credito fondiario dal combinato disposto degli artt. 38, co. 2, e 117, co. 8, t.u. banc., il quale appunto sanziona con la nullità la difformità dei contratti dalle prescrizioni adottate dalla Banca d'Italia in conformità alle deliberazioni CICR⁵¹⁸.

Più recentemente, siffatte conclusioni sono state riprese dalla giurisprudenza di merito, ancorché, in alcuni casi, implicitamente.

Il Tribunale di Cagliari⁵¹⁹, ad esempio, dopo aver richiamato il precedente della Corte di Cassazione del 1995, riconduce l'art. 38 nel novero dei poteri di cui all'art. 117, co. 8, anche sotto il profilo delle finalità perseguite dalla norma, precisando come *«le finalità sociali a rilevanza pubblica (gestione positiva del credito, garanzia della restituzione della somma mutuata,*

⁵¹⁷ Così si continua a leggere nella sentenza in analisi: *«In ogni caso, la conservazione del contratto nel suo contenuto minore dipende dalla volontà delle parti (ai sensi dell'art. 1419, primo comma, come di è detto) e dagli scopi che esse si prefiggevano e non dalla sostituzione di tale volontà con norme imperative, che fissano i limiti dell'autonomia privata, ma non determinano direttamente il contenuto negoziale. Si tratta, quindi, di stabilire se la volontà delle parti avrebbe posto in essere in ogni caso il contenuto più "ridotto" del contratto (con la connessa, inscindibile iscrizione ipotecaria); contenuto più ridotto che è sufficiente a fondare l'esecuzione forzata "speciale", pur permanendo l'interesse della parte soggetta a tale esecuzione a limitare l'ammontare del credito per cui si procede all'esecuzione stessa, ad ogni fine (per esempio, in tema di conversione del pignoramento)».*

⁵¹⁸ Aspetto già messo in luce dalla stessa Corte di Cassazione nelle sentenze Cass., 6 maggio 1977, n. 1724, in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 1094 e Cass., Sez. Un., 13 ottobre 1994, n. 8355, in *Gius.*, 1994, p. 99.

⁵¹⁹ Nella richiamata decisione del 4 aprile 2013.

limitazione al principio generale di cui all'art. 2741 c.c.) valgono comunque anche per il credito fondiario – come riconosciuto dalla stessa Corte – a maggior ragione in quanto espressamente contemplate nella normativa di settore (artt. 38 e 117 cit.)».

Di recente, la Suprema Corte di Cassazione, con sentenza 28 novembre 2013, n. 26672⁵²⁰, è tornata ad interrogarsi sul tema dei rapporti tra la

⁵²⁰ La cui fattispecie era consistita nella presentazione da parte di una banca della domanda di insinuazione allo stato passivo in seguito alla dichiarazione di fallimento di un terzo datore di ipoteca, facendo valere un credito soddisfatto solo parzialmente (derivante da un mutuo fondiario concluso con il debitore garantito) e un altro credito (derivante da un finanziamento erogato in favore di un soggetto diverso dal debitore garantito, ma da questi accollato) e chiedendo in via principale il riconoscimento del carattere "privilegiato" dell'intero credito garantito (di importo pari ad euro 11.615.298 che con il calcolo degli interessi maturati alla data della domanda di insinuazione era arrivato ad euro 12.517.869). Il giudice delegato ha respinto la domanda di insinuazione in via privilegiata ritenendo che la banca non risultasse creditrice della società fallita e che al tempo in cui era stato fatto il riconoscimento del debito e rinegoziato il finanziamento ad opera del debitore garantito, nonché concessa la garanzia ipotecaria da parte del terzo, la quota dell'originario finanziamento qualificabile come fondiario in quanto coincidente con la percentuale erogata nel limite di finanziabilità previsto dalla relativa disciplina, fosse già stata estinta; in conseguenza di ciò, il giudice delegato ha ritenuto che il debito residuo fosse un'attribuzione patrimoniale non sorretta da causa perché travolta dalla nullità del contratto di mutuo fondiario per la parte eccedente tale limite, con conseguente venir meno della garanzia ipotecaria. Il giudice delegato, inoltre, ha escluso la riconducibilità della fattispecie all'ipotesi di mutuo fondiario: ciò sia per la revocabilità della garanzia che è stata costituita per mezzo di un atto a titolo gratuito e non contestualmente all'assunzione del debito. Così la banca aveva proposto opposizione allo stato passivo, ma anche il Tribunale confermava la negazione della natura privilegiata del credito fatto valere ritenendo che fosse stato superato il limite di finanziabilità fissato all'80% del valore dell'immobile sulla quale è costituita la garanzia ipotecaria; in particolare, il giudice dell'opposizione (Tribunale di Cagliari con decreto inedito, 15 marzo 2012) partendo dalla constatazione secondo la quale il valore dell'immobile al tempo della concessione del finanziamento doveva ritenersi pari a 5 milioni di euro (e che conseguentemente per rispettare il limite dell'80% dell'importo massimo finanziabile avrebbe dovuto essere 4 milioni di euro) aveva ritenuto parzialmente nullo (soltanto per la parte eccedente il suddetto limite dell'80%) il finanziamento erogato, non permettendo quindi alla banca di far valere questa parte di credito (ritenendo poi che la parte al di sotto della menzionata soglia fosse già stata rimborsata dal debitore). La banca propone allora ricorso per cassazione contro il provvedimento di rigetto cui il Fallimento resiste proponendo, a sua volta, ricorso incidentale condizionato. La Suprema Corte di Cassazione, nell'assumere la decisione, si è soffermata principalmente sulla questione se la

disciplina di cui all'art. 38, t.u. banc. (unitamente a quella di attuazione) e l'art. 117, co. 8, chiedendosi in primo luogo se la delibera del CICR sia applicazione diretta dell'art. 38, t.u. banc., o se invece la stessa costituisca primaria applicazione dell'art. 117, co. 8; ovvero, con le parole della Corte, «se la previsione del limite di finanziabilità prevista dall'articolo 38 del Testo Unico costituisca una ipotesi rientrante tra quelle previste dall'art. 117 Tub o se, invece, sia una autonoma previsione alla quale, come tale, le disposizioni di tale ultimo articolo non risultano applicabili»⁵²¹.

In particolare, in controtendenza rispetto all'orientamento formatosi in precedenza, la Suprema Corte ha statuito che il limite di finanziabilità in parola non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 117, co. 8, non sussistendo un rapporto di *genus ad speciem* tra l'art. 38, co. 2, e il 117, co. 8, con conseguente esclusione della nullità del contratto. La Corte, infatti, ha evidenziato come l'art. 117, co. 8, t.u. banc., si limita ad attribuire alla Banca d'Italia il potere di stabilire il contenuto di determinati contratti attraverso l'inserimento di apposite clausole, mentre l'art. 38, t.u. banc., attribuisce all'Autorità il potere di «determinare la percentuale massima del finanziamento che costituisce l'oggetto del contratto e che è quindi elemento tipizzato e costituente clausola necessaria». Nel giungere a tale conclusione la Corte svolge le proprie

nullità fosse la sanzione corretta per la violazione dell'art. 38, t.u. banc. (come è stato sostenuto dai giudici che hanno pronunciato la sentenza impugnata e in generale da orientamenti dottrinali e giurisprudenziali) ovvero se alla violazione in parola dovesse applicarsi un diverso rimedio.

⁵²¹ Questo l'orientamento espresso di recente dalla Suprema Corte di Cassazione con la richiamata sentenza Cass., 28 novembre 2013, n. 26672. In questo senso già la richiamata decisione di Trib. Roma, 9 aprile 2000, in *Dir. fall.*, 2003, II, p. 116, con nota di R. TRINCHIERI, *In tema di risoluzione dell'art. 38, comma 2, t.u. bancario*, secondo cui «la violazione del limite di finanziabilità potrebbe eventualmente dare luogo ad una responsabilità da parte dei soggetti che tale superamento hanno posto in essere e/o consentito, atteso che il loro comportamento concretizza un pregiudizio alla consistenza patrimoniale dell'Ente erogatore, determinato dalla avventatezza e dalle conseguenze lesive dell'operazione».

argomentazioni su un duplice piano che riflette le due principali regole sancite dall'art. 117, co. 8: la prescrizione del contenuto tipico determinato e la nullità dei contratti che presentano un contenuto contrastante con le previsioni della Banca d'Italia.

In relazione al primo di tali aspetti la Corte, a sostegno della non riconducibilità della previsione del limite di finanziabilità all'interno dei poteri di cui all'art. 117, co. 8, precisa come l'art. 38, co. 2, indica già quale sia il contratto su cui la Banca d'Italia debba intervenire, privando quest'ultima della facoltà di determinarlo in autonomia⁵²². Secondo la Corte, infatti, alla Banca d'Italia non è accordato il potere di determinare il contenuto tipico del contratto poiché è già lo stesso art. 38 a canalizzare l'intervento dell'Autorità sulla determinazione dell'ammontare massimo dei finanziamenti, da determinarsi in relazione al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi: ciò che il legislatore ha rimesso alla discrezionalità della Banca d'Italia è soltanto la fissazione della percentuale massima di finanziabilità⁵²³.

⁵²² G. FALCONE, *Riflessioni sulla nozione di «finanziamento» negli artt. 38 ss. del decreto legislativo n. 385 del 1993: il credito fondiario come contratto*, in *Dir. fall.*, 1999, I, p. 707; F. ONNIS CUGIA, *La regola dell'art. 117, comma 8°, t.u.b. e il credito fondiario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, p. 147.

⁵²³ La Corte così si esprime: «*Invero, l'art. 117 comma ottavo Tub risulta attribuire alla Banca d'Italia un potere, definito dalla migliore dottrina come conformativo o tipizzatorio, in ragione del quale essa può stabilire il contenuto di certi contratti (così come di determinati titoli) prevedendo clausole tipo da inserire nelle categorie di contratti previsti. L'articolo 38 del Tub invece conferisce alla Banca d'Italia non già il potere di stabilire una certa clausola del contratto di mutuo fondiario bensì solo quello di determinare la percentuale massima del finanziamento che costituisce l'oggetto del contratto e che è quindi un elemento di per sé già tipizzato e costituisce una clausola necessaria. Del resto che il limite di finanziabilità di cui all'art 38 non rientri in una delle ipotesi indeterminate di cui all'art 117 Tub è dimostrato dal fatto che in questo caso il legislatore ha espressamente previsto quale fosse il contratto cui la Banca d'Italia dovesse intervenire e quale fosse la disposizione secondaria da introdurre, senza lasciare quest'ultima ogni violazione circa la scelta del tipo di contratto su cui operare un intervento tipizzatorio e la scelta di quale clausola inserire.*

Sotto un ulteriore profilo non può non rilevarsi che il rispetto del limite del finanziamento non risulta essere una circostanza rilevabile dal contratto in quanto l'accertamento in proposito può avvenire solo

tramite valutazioni estimatorie dell'immobile oggetto di finanziamento suscettibili di opinabilità e soggette a margini di incertezza valutativa e come tali non rilevabili dal testo del contratto. A tale proposito va osservato che la Banca d'Italia, nel determinare il limite di finanziamento, non ha prescritto che nel contratto venissero indicati degli elementi di riferimento quali il valore dell'immobile o il costo delle opere, il che fa ulteriormente escludere che la previsione della circolare del 1995 abbia introdotto una clausola determinativa del contenuto del contratto.

Per quanto concerne poi gli interessi tutelati dalle due diverse norme, va osservato che l'art. 117 TUB è inserito nel Titolo VI relativo alla "trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti". È quindi una norma volta alla tutela dei contraenti più deboli apparendo volta a prevenire, tramite l'inserimento di clausole standard, l'utilizzazione da parte delle banche di schemi contrattuali di difficile lettura od interpretazione da parte del cliente ovvero recanti clausole onerose o eccessivamente vessatorie.

In tal senso le violazioni delle disposizioni della Banca d'Italia attuative dell'art. 117 TUB, sono state ritenute dal legislatore fonti di nullità relative, come prescritto dallo stesso art. 117 nonché dall'art. 127 TUB, che espressamente prevede che le dette nullità possono essere fatte valere solo dal cliente della banca.

Non altrettanto può dirsi nel caso della violazione dell'art. 38 TUB. È infatti agevole osservare che in tal caso il cliente ha tutto l'interesse ad ottenere il finanziamento nel massimo importo possibile anche a prescindere dal limite di finanziabilità. In tal senso la nullità relativa di cui agli artt. 117 e 127 Tub non risulta applicabile al caso di specie proprio perché il cliente non avrebbe interesse a farla valere e perché comunque avrebbe applicazione l'art. 127, comma 2, n. 1 Tub, secondo cui le disposizioni del titolo VI e quindi dell'art. 117, comma 8, sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente, ed un mutuo concesso oltre il limite di finanziabilità è di regola più favorevole al cliente.

La disposizione dell'art. 38, comma 2 TUB non appare quindi essere a tutela del contraente più debole ma invece a tutela delle stesse banche e indirettamente del sistema bancario in quanto è volta ad impedire che le banche assumano esposizioni finanziarie senza adeguate contropartite e garanzie.

Esaminando ora la violazione del limite di finanziamento in relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (c.d. "nullità virtuale"), questa Corte si è attestata sulla 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 eventualmente fonte di responsabilità, ovvero quando la legge assicura l'effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi. (Cass. Sez. un. 26724/07; Cass. 25222/10). La Corte costituzionale, investita della questione di costituzionalità dell'art. 38 Tub ha già rilevato con la sentenza n. 175/04 che il Testo unico bancario, nella parte riferentesi al credito fondiario, ha perseguito lo scopo di favorire la mobilitazione della proprietà immobiliare ampliando la possibilità di far ricorso a finanziamenti potenzialmente idonei a assicurare il superamento di situazioni di crisi. Sulla base di questa argomentazione è agevole osservare che la ratio della nuova normativa sul credito fondiario per un verso tende a favorire il ricorso al mutuo fondiario nell'interesse degli imprenditori e, dall'altro, si propone di meglio garantire e tenere indenni le banche che effettuano siffatte operazioni finanziarie

Procedendo poi sull'altro binario, quello della sanzione della nullità, la Corte distaccandosi dai precedenti di legittimità e di merito⁵²⁴ ha accordato piena validità al contratto nonostante il superamento del limite di finanziabilità stabilito dall'Autorità, argomentando la propria decisione sulla base della finalità della norma che si prefigge come obiettivo la «*tutela delle stesse banche e indirettamente del sistema bancario in quanto è volta ad impedire che le banche assumano esposizioni finanziarie senza adeguate contropartite e garanzie*»⁵²⁵.

con una serie di norme quali, ad esempio, quella sulla revocabilità in sede fallimentare delle ipoteche sottoposta ad un brevissimo termine di dieci giorni.

In tale contesto si inserisce il limite di finanziamento dei mutui fondiari come norma volta ad impedire che le banche si spongano oltre un limite di ragionevolezza a finanziamenti a favore di terzi che, se non adeguatamente garantiti, potrebbero portare a possibili perdite di esercizio.

Tale disposizione imperativa non incide però sul sinallagma contrattuale ma investe esclusivamente il comportamento della Banca tenuta ad attenersi al limite prudenziale stabilito dall'art. 38, comma 2, del TUB e dalla circolare del Cibr del 1995.

Le disposizioni in questione non appaiono quindi volte ad inficiare norme inderogabili sulla validità del contratto ma appaiono norme di buona condotta la cui violazione potrà comportare l'irrogazione delle sanzioni previste dall'ordinamento bancario, qualora ne venga accertata la violazione a seguito dei controlli che competono alla Banca d'Italia, nonché eventuale responsabilità, senza ingenerare una causa di nullità, parziale o meno, del contratto di mutuo.

Come ultima notazione a tale proposito non può non osservarsi che, essendo il limite di erogabilità del mutuo ipotecario stabilito anche e soprattutto in funzione della stabilità patrimoniale della banca erogante, far discendere dalla violazione di quel limite la conseguenza della nullità del mutuo ormai erogato ed il venire meno della connessa garanzia ipotecaria condurrebbe al paradossale risultato di pregiudicare ancor più proprio quel valore della stabilità patrimoniale della banca che la norma intendeva proteggere».

⁵²⁴ Secondo i quali il contratto in violazione del limite di finanziabilità sarebbe affetto da nullità (che colpirebbe anche la relativa iscrizione ipotecaria), ma solo per la somma in eccesso rispetto ai limiti di legge, rimanendo, invece, la parte di mutuo erogata entro i limiti di legge del tutto valida ed efficace, con ciò delineandosi un'ipotesi di nullità parziale.

⁵²⁵ Cass., 28 novembre 2012, n. 26672; si tratta di uno degli aspetti più criticati di tale sentenza rispetto alla quale è stato sottolineato che «*affermare che la previsione del limite di finanziabilità appare a tutela delle banche e del sistema bancario — in quanto volta ad impedire che le banche assumano esposizioni finanziarie oltre un limite di ragionevolezza a favore di terzi senza adeguate contropartite e garanzie — confligge con quelle che sono le finalità proprie del credito fondiario*», così F. ONNIS CUGIA, *Discordanze giurisprudenziali sulle conseguenze del superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario dopo il recente arresto della Corte di Cassazione*, in *Banca, borsa,*

L'unica conseguenza che la Corte riconduce alla violazione in parola è la sanzione amministrativa a carico della banca inflitta dalla stessa Banca d'Italia in esercizio dei poteri di vigilanza⁵²⁶ ed, eventualmente, la responsabilità degli amministratori dell'istituto di credito⁵²⁷. A fondamento

tit. cred., 2015, II, p. 471. Sul punto si è espresso anche A.A. DOLMETTA, *Identità del credito fondiario e «premio dell'irragionevolezza»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, p. 128, ove afferma che la decisione della Corte appare «tutt'altro che priva di sgrammaticature tecniche» in quanto «trascura in toto, tra le altre cose, di guardare la questione sotto la lente della tutela dei chirografari, che per contro costituisce punto cardine dell'opposto indirizzo [...]: l'occhio della Corte ha sguardo solo per le posizioni del mutuatario e del mutuante. Perché, ancora (ma in via correlata), nel suo complesso la sentenza tende a riprodurre la palude che caratterizzava il diritto bancario vivente degli anni '60 e '70: basta pensare che il contesto della motivazione neppure avverte il profilo – vero classico della materia, peraltro – dell'“iperprotezione” normativa che avvantaggia la banca nel fondiario».

⁵²⁶ A tutela del mercato bancario che, come precisato, deve essere svolta in ossequio delle finalità di cui all'art. 5, t.u. banc.: sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, stabilità complessiva, efficienza e competitività del sistema finanziario e osservanza delle disposizioni in materia creditizia.

⁵²⁷ La Suprema Corte non ha specificato il tipo di responsabilità che si configurerebbe in una simile fattispecie né i criteri per la quantificazione del danno risarcibile; tali aspetti, invece, erano stati affrontati dalla giurisprudenza di merito: App. Roma, 11 novembre 1991, in *Risp.*, 1996, p. 1023, con nota di A. PETRAGLIA, *Riflessioni in materia di credito fondiario*, in cui i giudici, dopo aver escluso la nullità, ritengono che la sanzione per il superamento del limite di finanziabilità debba rinvenirsi nelle norme «che fissano la responsabilità degli amministratori verso l'Istituto e di questo verso l'Autorità di controllo». Benché la sede non consenta una trattazione specifica del punto, l'analisi giurisprudenziale porta all'individuazione di un profilo di responsabilità degli amministratori nei confronti della banca fondato sugli artt. 2392 e 2396 c.c. che potrebbe essere esteso anche ai creditori sociali, ove si riscontri una violazione degli «obblighi inerenti alla conservazione del patrimonio sociale» di cui al primo comma dell'art. 2394 c.c. Di recente, la Corte di Cassazione ha anche profilato, in astratto, l'irrogazione della sanzione amministrativa di cui all'art. 144, t.u. banc., anche se, occorre precisarlo, l'art. 144 non fa espressamente rinvio all'art. 38, tanto che sul punto è stato sostenuto che «l'irrogazione delle sanzioni potrebbe trovare in tal caso appiglio nella violazione dell'art. 53 t.u.b., che attribuisce alla Banca d'Italia il potere di emanare direttive di vigilanza con particolare riferimento anche al conferimento del rischio di credito» (M. FARINA, *Superamento del limite di finanziabilità e (nullità del) credito fondiario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I, p. 534 ss.). Un'ipotesi di responsabilità della banca finanziatrice potrebbe sorgere nei confronti dei creditori della stessa laddove il mutuo fondiario abbia integrato un'ipotesi di abusiva concessione di credito; per ulteriori approfondimenti sul punto si veda F. DI MARZIO, *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento all'impresa insolvente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 145 ss.; A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2004,

di ciò, la Corte sembra aver posto le diverse finalità perseguite dal legislatore con le due norme in analisi: l'impianto di cui all'art. 117, co. 8, come visto, vuole accordare protezione al cliente quale parte debole del rapporto con la parte bancaria, tanto che impone una nullità soltanto relativa, la cui azionabilità è rimessa alla valutazione discrezionale del cliente medesimo; non a caso poi la norma è collocata all'interno del Titolo VI, divenendo in tal modo funzionale alle esigenze di trasparenza bancaria⁵²⁸. Nella fattispecie oggetto della decisione della Corte, invece, la nullità non potrebbe mai essere fatta valere poiché il mutuatario ha interesse ad ottenere a titolo di finanziamento l'importo più elevato possibile e non sarebbe di certo nel suo interesse far valere la nullità del contratto in quanto in violazione del limite di finanziabilità⁵²⁹. A parere della Corte, infatti, la previsione del limite di finanziabilità, traducendosi nella limitazione dell'esposizione finanziaria delle banche, è volta ad accordare tutela alla banca e al sistema bancario in generale⁵³⁰.

p. 6 ss.; B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, p. 265 ss.; V. ROPPO, *Crisi d'impresa e responsabilità civile della banca*, in *Fall.*, 1996, p. 875 ss.; F. GALGANO, *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 20 ss.; A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, in *Giur. comm.*, 1978, I, p. 219 ss.

⁵²⁸ Si legge nella sentenza in analisi, infatti, che «l'art. 117 TUB è inserito nel Titolo VI relativo alla "trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti". È quindi una norma volta alla tutela dei contraenti più deboli apparendo volta a prevenire, tramite l'inserimento di clausole standard, l'utilizzazione da parte delle banche di schemi contrattuali di difficile lettura o interpretazione da parte del cliente ovvero recanti clausole onerose o eccessivamente vessatorie».

⁵²⁹ Così precisa la Corte: nel caso di violazione dell'art. 38, t.u. banc. «il cliente ha tutto l'interesse ad ottenere il finanziamento nel massimo importo possibile anche a prescindere dal limite di finanziabilità. In tal senso la nullità relativa di cui agli artt. 117 e 127 Tub non risulta applicabile al caso di specie proprio perché il cliente non avrebbe interesse a farla valere e perché comunque avrebbe applicazione l'art. 127 comma secondo n. 1 Tub, secondo cui le disposizioni del titolo VI e quindi dell'art. 117 comma 8 sono derogabili solo in senso più favorevoli al cliente, ed un mutuo concesso oltre il limite di finanziabilità è di regola più favorevole al cliente».

⁵³⁰ Secondo l'interpretazione in commento, infatti, le restrizioni e le limitazioni all'operatività delle banche sanciti dall'art. 38 T.U.B., infatti, trovano il loro fondamento sia nella tutela del

È stato messo in luce poi come la riconduzione dei limiti di finanziabilità nel novero delle prescrizioni relative al «*contenuto tipico determinato*» di cui all'art. 117, co. 8, non appare sufficientemente fondata neppure sulla lettera della legge: da una parte, infatti, la previsione di percentuali massime di finanziabilità, se costituisce un elemento senz'altro necessario del contratto di mutuo fondiario, per di più tipico, «*non può dirsi "prescritta", ai sensi dell'articolo 117, comma 8, dalla Banca d'Italia, essendo invece prevista direttamente dall'art. 38 comma 2, e da quest'ultima semplicemente delimitata nel suo concreto ammontare*»⁵³¹.

«*regolare andamento dell'economia nazionale*» sia nella tutela del principio della *par condicio* di cui all'art. 2741 c.c.

⁵³¹ Così G. FALCONE, Commento *sub* art. 38, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina, V. Santoro, Milano, 2010, p. 378 ss.

PROFILI DI DIRITTO COMPARATO: IL SISTEMA STATUNITENSE

SOMMARIO: 1. *Il Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act.* - 2. *I poteri attribuiti al nuovo Consumer Financial Protection Bureau.* – 2.1 *Il potere normativo c.d. di rule-making.* - 2.2 *Il potere di vigilanza e il c.d. potere di enforcement: i rimedi.* - 3. *L’ambito di applicazione soggettiva dei poteri del Consumer Financial Protection Bureau.* – 4. *Disposizioni vincolanti il contenuto dei contratti che disciplinano i servizi delle carte di credito emanate dal Federal Reserve Board prima e dal Consumer Financial Protection Bureau poi.* - 5. *Dalla proposta di introdurre l’obbligo di offrire mutui “di base” (i c.d. plain vanilla mortgages) all’effettiva previsione dei c.d. qualified residential mortgages.*

1. Il Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act

È apparso di particolare interesse per chi scrive, seppur nella consapevolezza della particolarità e della stretta appartenenza ai confini della legislazione domestica del tema oggetto della presente analisi, tentare una comparazione con la regolazione presente negli Stati Uniti.

Il sistema bancario e creditizio del nostro ordinamento e quello statunitense, infatti, sono stati oggetto di profonde modifiche proprio nello stesso anno, il 2010, nel pieno della crisi economica e finanziaria sorta nel 2008⁵³². Negli Stati Uniti, il grande moto di riforme *post-crisi* ha portato all’entrata in vigore, il 10 luglio del 2010⁵³³, del *Dodd-Frank Wall Street Reform*

⁵³² Come noto, in Italia, la disciplina del t.u. banc. e, in particolare, il Titolo VI, in materia di trasparenza, hanno subito, ad opera del più volte richiamato d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141. Sul punto, si rimanda *supra* al paragrafo 2, Capitolo II.

⁵³³ Pub. L. No. 111-203, 124 Stat. 1376 (*July 21, 2010*). Soltanto alcune delle disposizioni contenute nel *Dodd-Frank Act* sono entrate in vigore il 21 luglio del 2010; per molte altre, invece, alle autorità di settore è stato attribuito un periodo di tempo per l’emanazione delle

and Consumer Protection Act (di seguito, il *Dodd-Frank Act*) che ha mutato, se non stravolto, l'impianto normativo preesistente⁵³⁴, attuando il più radicale sistema di riforme approvato dal Congresso dai tempi della Grande Depressione.

L'obiettivo principale del *Dodd-Frank Act* è la ridefinizione delle regole del sistema finanziario statunitense, al fine di favorire la fiducia nei confronti del mercato, attraverso la riduzione di quelle debolezze strutturali che hanno portato al (quasi) collasso del sistema finanziario⁵³⁵.

norme di implementazione. Il *Dodd-Frank Act* si contraddistingue per l'ampiezza degli ambiti interessati e modificati dalle norme in esso contenute. Di seguito i principali macro-ambiti travolti dalle nuove disposizioni contenute nel *Dodd-Frank Act*: obblighi di capitale delle banche, protezione finanziaria dei consumatori, *corporate governance*, *private equity* ed *hedge funds*, regolazione delle istituzioni finanziarie aventi rilevanza sistemica, la c.d. «*regulatory structure*», la risoluzione delle crisi delle istituzioni finanziarie, la disciplina della U.S. Securities and Exchange Commission (SEC), *Swap* e derivati, la c.d. *Volcker Rule* (cfr. sul punto *infra* nt. 537).

⁵³⁴ Nel 2008, infatti, la crisi del sistema finanziario statunitense aveva assunto dimensioni che non si registravano dai tempi della Grande Depressione.

⁵³⁵ Lo scopo, benché i tempi probabilmente sono ancora prematuri, secondo alcuni è stato raggiunto: «*The President and the 111th Congress were afforded an opportunity to fundamentally improve a broken financial system, and I believe we succeeded in reducing the potential for a future bailout or financial collapse. Much of Dodd-Frank focuses on creating a framework that will effectively regulate derivatives, credit default swaps, and asset-backed securities. The extensive use of these instruments created a complex web of assets that was nearly impossible to untangle. When faced with the collapse of Bear Sterns, American International Group, and Lehman Brothers, the government discovered that the tools necessary to work with large firms to avoid a market collapse were not available. This dangerous reality forced policy-makers to rethink how government interacted with the financial industry. Thanks to Dodd-Frank, the government now has tools to fashion a variety of measures that will mitigate the risk created by an ever-increasing web of interdependent institutions. [...] I believe that, after the implementation of Dodd-Frank, a strong framework will exist to give regulators tools to protect against a future threat to the financial system. Yet, many questions remain about how Dodd-Frank will affect future operations within financial markets and how its enactment will lead to sustained change within "too big to fail" companies. Appropriately, Dodd-Frank's implementation will continue to provoke serious questions*» così il politico americano U.S. Rep. E. Towns, al servizio della *United States House of Representatives* dal 1983 al 2013, nell'introduzione alla *Harvard Business Law Review* (U.S. REP. E. TOWNS, *On the Dodd-Frank Act*, in 1 *Harv. Bus. L. Rev.*, VII, 2011) chiarendo le proprie aspettative rispetto al *Dodd-Frank Act*, ha precisato come: «*My paramount goals for Dodd-Frank included spreading more*

Il perseguimento di tali obiettivi è stato ritenuto raggiungibile partendo da una modifica strutturale delle prerogative e dei compiti attribuiti alle autorità federali di regolazione e delle norme attraverso cui queste sono vigilate, regolate e possono operare⁵³⁶.

transparency across complex financial transactions and instruments, holding institutions and investment advisers more accountable for their misdeeds and foreseeable investor harms, and curbing exorbitant executive pay and incentive compensation. Going forward, it will be incumbent upon us in Congress to regularly oversee the U.S. economic health and investor capacity to interpret and measure risk more precisely».

⁵³⁶ Il *Dodd-Frank Act* definisce altresì i contorni del potere regolamentare del *Federal Reserve Board*, precisando che esso deve (i) tenere in considerazione le raccomandazione del FSOC (cfr. *infra* nt. 537) per innalzare e rafforzare gli *standard* di vigilanza prudenziale delle SSFIs e di qualsiasi altra entità che, a giudizio del FSOC, necessita di maggiore vigilanza, in considerazione, ad esempio, delle dimensioni e della rischiosità dell'attività da esse svolte; (ii) consultarsi con i membri delle FSOC prima di imporre *standard* prudenziali che possano avere un impatto significativo sulle *subsidiaries* delle SSFI; (iii) la revisione e l'approvazione dei piani di risoluzione delle crisi, i c.d. «*living wills*»; (iv) la conduzione di *stress test* sulle SSFIs; (v) l'imposizione di *fees* in capo alle SSFIs qualora ciò sia necessario e opportuno per il finanziamento della propria attività di vigilanza.

Il *Dodd-Frank Act*, inoltre, ha modificato la *Section 13(3)* del *Federal Reserve Act* (12 U.S.C. § 343) essendo ora possibile soltanto per il *Federal Reserve Board* autorizzare la *Federal Reserve Bank* a fornire assistenza finanziaria agli enti a rischio di fallimento, come parte di un programma «*with broad-based eligibility*»: un programma non ha «*broad-based eligibility*» quando è finalizzato alla rimozione di determinati *assets* dal bilancio di una determinata e specifica società oppure quando è posto in essere al fine di prestare assistenza ad una determinata e specifica società al fine di scongiurarne il fallimento. Il *Federal Reserve Board*, poi, previa consultazione con il Segretario del Tesoro, adotta politiche e strategie volte a regolare gli aiuti finanziari straordinari al fine di assicurare che ogni finanziamento erogato sia volto a fornire liquidità al sistema finanziario nel suo complesso e non, invece, ad una singola e specifica istituzione finanziaria sulla via del fallimento; tale previsione è volta ad evitare il ripetersi di aiuti finanziari come quelli prestati a favore di Citigroup, Bank of America, AIG e altre istituzioni finanziari nel corso della crisi. Sui poteri in generale delle banche centrali nel sistema degli Stati Uniti si vedano: G.L. BACH, *Federal Reserve Policy Making*, New York, A.A. Knopf, Inc., 1950; E.A. GOLDENWEISER, *Monetary Management*, New York, McGraw-Hill Book Co., Inc., 1949; E.W. KEMMERER, D.L. KEMMERER, *The ABC of the Federal Reserve System*¹², New York, 1950; H.V. PROCHNOW, *American Financial Institutions*, fornito dalla Arthur W. Diamond Lae Library, Columbia University, 1950; e M. FELDSTEIN, *What Powers to the Federal Reserve?*, *Journal of Economic Literature*, 2010, p. 134 ss.

Particolarmente rilevante al riguardo è la modifica delle competenze e dei poteri della *Federal Reserve*⁵³⁷. Da una parte, infatti, i poteri spettanti al *Federal Reserve Board*⁵³⁸ sono stati considerevolmente incrementati dal *Dodd-Frank Act*, tanto che oggi esso può esercitarli anche su enti che, storicamente, sono sempre stati sottratti al suo controllo⁵³⁹; dall'altra però, i poteri in

⁵³⁷ La *Federal Reserve Bank of New York* è la banca centrale degli Stati Uniti, nella forma di agenzia governativa. È stata fondata nel 1913 e divenne operativa a partire dal 1916. È un'autorità indipendente dal governo americano: le sue decisioni non sono ratificate dagli organi del potere esecutivo o legislativo. Fanno parte della *Federal Reserve Bank* il *Board of Governors of the Federal Reserve System*, che ha sede nel distretto di Washington D.C.; è presieduta da 7 governatori nominati direttamente dal Presidente degli Stati Uniti e 12 *Federal Reserve Banks* regionali, enti di diritto privato. Le azioni e titoli delle *Federal Reserve Banks* regionali possono essere detenuti e gestiti solo da banche americane e la detenzione di siffatti titoli è condizione necessaria affinché la *Federal Reserve Bank* sia organo di vigilanza per quell'istituto bancario (fermo restando che le singole banche possono comunque scegliere di sottoporsi al controllo di altri soggetti abilitati quali, tra gli altri, l'*Office of the Comptroller of the Currency* (OCC) e la *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC). I compiti principali del *Board* e delle *Reserve Banks* consistono nella vigilanza sugli intermediari finanziari e relative attività e il controllo dell'offerta di servizi bancari a istituti di credito. Altro organo fondamentale del *Federal Reserve System* è il *Federal Open Market Committee* (FOMC), cui è attribuita la prerogativa di definire le operazioni da compiere sul mercato aperto. A proposito dell'indipendenza della *Federal Reserve Bank* è stato precisato «*Notwithstanding structures designed to cosset expertise, agencies may yield, sometimes voluntarily, to political will. One example is the Federal Reserve Board, which has often been considered the paradigm "independent" agency, even though, as discussed in chapter 1, it lacks any explicit "for cause" removal protection. Although the Federal Reserve was created to separate politics from monetary policy, "two political appointees – the Secretary of the Treasury and the Comptroller of the Currency – served as ex officio members of its board, with the Secretary as board chairman*», così A.H. MELTZER, *A history of the Federal Reserve*, vol. 1: 1913-1951, 4, 2003, pp. 65-67. Si veda, in generale, anche M. TAYLOR, *Central Bank Independence: the Policy Background*, in *Blackstone's guide to the Bank of England Act 1998*, 1998; D.R. WELLS, *The Federal Reserve System: A History*, 2004 e E.W. KEMMERER, D.L. KEMMERER, *op. cit.*

⁵³⁸ Si tratta dell'organo governativo del *Federal Reserve System*, composto da sette membri nominati dal Presidente e soggetti a gradimento da parte del Senato.

⁵³⁹ Il riferimento, in particolare, è alle c.d. *thrift holding companies*. In aggiunta, al potere di vigilanza che il *Federal Reserve Act* attribuisce al *Federal Reserve Board* e che quest'ultimo può esercitare nei confronti, *inter alia*, delle banche che hanno scelto di far parte del c.d. *Federal System*. Il *Federal Reserve Board* ora ha il potere, quale autorità di regolazione, nei confronti delle c.d. *Systematically Significant Financial Institution* (SSFIs) e, in conseguenza

precedenza spettanti alla *Federal Reserve Bank*, in materia di protezione del consumatore nel momento della conclusione dei contratti relativi a prodotti e

dell'estinzione del *Office of Thrift Supervision* (OTS), quale autorità di vigilanza e di *rule-making*, nei confronti delle richiamate *thrift holding companies* e delle loro *non-depository institution subsidiaries*. Il 21 luglio del 2011, il *Federal Reserve Board* ha pubblicato una lettera di intenti nella quale ha identificato la normativa disciplinante le *thrift holding company* rimasta in vigore.

Oltre a ciò, il *Dodd-Frank Act* ora chiede al *US Government Accountability Office* (GAO) la pubblicazione di un *report* sulle conseguenze che possono scaturire dall'eliminazione di alcune esenzioni incluse nella definizione del termine "bank" di cui al *Bank Holding Company Act* del 1956 (*BHC Act*). L'eliminazione di queste esenzioni comporta la soggezione delle *parent holding companies* ai poteri del *Federal Reserve Board* in quanto *bank holding companies*.

È doveroso anche un cenno a quello che da subito è apparso come uno dei più importanti strumenti di regolazione offerti dal *Dodd-Frank Act*, il c.d. *Financial Stability Oversight Council* (FSOC), presieduto dal Segretario del Tesoro il cui compito principale consiste nell'identificazione degli indici di debolezza potenziale delle istituzioni finanziarie che possono avere impatto sistemico sul mercato statunitense: una volta identificate tali istituzioni, il FSOC può suggerire al *Federal Reserve Board* di sottoporre queste ultime a sorveglianza e, se del caso, di procedere alla loro liquidazione. Data la complessità del sistema finanziario, il ruolo del FSOC riveste particolare importanza perché molte delle debolezze emerse nel corso della crisi possono essere ricondotte alla mancanza di trasparenza di istituzioni tra loro connesse. Il nuovo sistema invece, costruito sulla stretta collaborazione informativa tra il FSOC e la *Federal Reserve Bank*, sembra rendere possibile il monitoraggio degli sviluppi del mercato finanziario: «*we learned from the crisis that the market was slow in identifying large-scale weaknesses and that coordination between affected institution was nonexistent. After Dodd-Frank, if an institution under the FSOC's supervision were to face liquidation, the market would be prepared to address the problem before it grew to a level that threatened the stability of the market*», così U.S. REP. E. TOWNS, *op. cit.*, *ibidem*.

Altrettanto importante, a garanzia della stabilità finanziaria, è la c.d. *Volcker Rule* che vieta alle banche di avere investimenti in *hedge funds* e impone agli intermediari che investono in operazioni particolarmente rischiose di adottare strumenti volti all'incremento del capitale: alla base di ciò, vi è la convinzione secondo cui rendendo gli investimenti più rischiosi meno appetibili per le banche (in considerazione, appunto, degli obblighi di aumento del capitale richiamati) queste ultime dovrebbero favorire investimenti meno speculativi, basati sulla crescita nel lungo periodo e sulla stabilità: «*the restriction on proprietary trading was among the most hotly debated provisions during the conference committee. The loss of trust between the American public and traditional banks is one of the more troubling consequences of the financial crisis. Most depositors were unaware that speculators within banks were using taxpayer-insured deposits to gamble on investments that would not benefit the vast majority of bank customers. By restricting bank proprietary trading, the Volcker Rule goes a long way in closing loopholes that allowed banks to pursue deals in direct conflict with the interest of depositors*», U.S. REP. E. TOWNS, *op. cit.*, *ibidem*.

servizi bancari e finanziari, sono stati attribuiti ad un'autorità creata *ad hoc*, il *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB) che può esercitare poteri normativi (c.d. di *rule-making*), di vigilanza e di c.d. *enforcement* (ovvero di attuazione e implementazione delle norme vigenti in materia di servizi e prodotti finanziari, le c.d. «*Federal Consumer Financial laws*»⁵⁴⁰) che il CFPB potrà esercitare in autonomia rispetto alla *Federal Reserve Bank*, trattandosi di un'autorità indipendente da quest'ultima, seppur costituita al suo interno⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ Cfr. *infra* nt. 554.

⁵⁴¹ In capo al CFPB sono confluiti anche i poteri relativi alla protezione finanziaria dei consumatori, spettanti in precedenza alle altre autorità del settore bancario e finanziario diverse dalla *Federal Reserve Bank*, le c.d. *banking agencies*, che hanno assunto le vesti di primari regolatori del settore richiamato: *Federal Reserve Board*, *Office of the Comptroller of the Currency* (OCC), *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC), *National Credit Union Administration* (NCUA) e *Office of Thrift Supervision* (OTS). Al riguardo si riporta quanto sostenuto da O. BAR-GILL, *Seduction by contract, Law, Economics, and Psychology in consumer markets*, Oxford University Press, 2012, pp. 133-135: «*Before the financial crisis, regulatory authority over mortgage lending was divided between the federal and state levels and among several regulators at the federal level. Federal banking agencies – the FRB, the Office of the Comptroller of the Currency (OCC), the Office of Thrift Supervision (OTS), the Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC), and the Nation Credit Union Administration (NCUA) – regulated depository institutions. The Federal Trade Commission Improvements Act of 1980 authorized the Federal Reserve to identify unfair or deceptive acts or practices by banks and to issue regulations prohibiting them. Moreover, the Federal Deposit Insurance Act to prevent unfair or deceptive acts or practices under the Section 5 of the Federal Trade Commission Act, regardless of whether there was an FRB regulation defining the particular act or practice as unfair or deceptive. Focusing on high-priced mortgage loans, the Home Ownership and Equity Protection Act (HOEPA) granted the FRB broad powers to police unfair or deceptive lending practice. The FRB also promulgated disclosure regulations under TILA. Non-depository institutions – that is, nonbanks, including mortgage companies, brokers, and advertisers – fell under the jurisdiction of the FTC. The FTC enforced TILA, HOEPA and § 5 of the Federal Trade Commission Act. At the state level, mini-FTC statutes prohibited unfair and deceptive acts and practices. Likewise, mini-HOEPA statutes, as well as other statutes, banned or restricted specific practices, such as prepayment penalties and balloon clauses. There was, however, substantial variation in the scope and enforcement of state laws. Because some states clearly went further than federal regulators in their attempts to protect borrowers, heated preemption battles erupted, especially with the OCC and OTC. These battles were often won by the federal regulators. This regulatory landscape was substantially altered by the Dodd-Frank Act Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010. Congress recognized that when authority and responsibility for protecting borrowers is divided between multiple federal agencies, coordination problems and regulatory*

Nelle previsioni introduttive del Titolo X, il *Dodd-Frank Act* definisce l'ambito soggettivo di applicazione delle previsioni in esso contenute, precisando che esse si applicano alle c.d. *covedered persons*, definite come quelle persone che offrono servizi o prodotti finanziari ai consumatori. Il *Dodd-Frank Act* fornisce anche la definizione di «*consumer financial product or service*», la quale ricomprende diversi e molteplici prodotti e servizi utilizzati dai consumatori per soddisfare primarie esigenze in ambito personale e familiare, tra cui, in generale, i servizi di prestito, i prestiti di intermediazione creditizia, le attività di raccolta dei depositi, l'emissione di carte di debito prepagate, l'incasso degli assegni, il c.d. «*credit reporting*» e la generale raccolta di raccolta del debito⁵⁴².

Il *Subtitle B* contiene previsioni generali sui poteri attribuiti dal *Dodd-Frank Act* al CFPB, precisando come le principali finalità di quest'attività siano la garanzia a favore dei consumatori circa la ricezione da parte di questi ultimi di informazioni chiare e comprensibili; la protezione dei consumatori contro pratiche e atti ingiusti, ingannevoli e abusivi, così come contro qualsiasi forma di discriminazione; nonché la riduzione degli oneri ritenuti superflui, l'attuazione e l'implementazione delle *Federal Consumer*

competition gone awry leave borrowers inadequately protected. Moreover, the old regulatory scheme exhibited a fundamental mismatch: banking agencies that care more about the safety and soundness of financial institutions and less about consumer protection were given the authority to protect consumers, while the FTC – the one federal agency with a primary consumer protection mission – was denied authority over depository institutions. In response to these systemic failures, the Dodd-Frank Act created the Consumer Financial Protection Bureau (CFPB) and entrusted it with broad authority over providers of consumer credit. In essence, the Congress took the consumer protection powers that dispersed across multiple agencies and gave them to CFPB, along with some new powers. Congress also sought to restore some of the power taken from the states in the preemption battles».

⁵⁴² Non sono ricompresi all'interno della definizione, invece, le assicurazioni, i titoli, il *trading di commodities* e la materia dell'intermediazione immobiliare.

*Laws*⁵⁴³ e la promozione della creazione di un mercato concorrenziale per i consumatori⁵⁴⁴.

2. I poteri attribuiti al nuovo *Consumer Financial Protection Bureau*

Quanto precede, se pur nella generalità della trattazione che la sede consente, lascia intuire la portata della riforma posta in essere con il *Dodd-Frank Act*, il quale, oltre alla *Wall Street Reform*, consta anche del *Consumer Protection Act*.

Nel corso dei lavori preparatori che hanno portato all'entrata in vigore del testo legislativo in analisi, uno degli aspetti senza dubbio più dibattuti della riforma del sistema finanziario è stato proprio l'opportunità o meno della creazione di un'istituzione *ad hoc* a presidio della tutela finanziaria dei consumatori. La proposta di legge presentata dall'amministrazione Obama nell'estate del 2009 prevedeva la creazione di un'agenzia indipendente cui attribuire tutte le prerogative riguardanti la produzione normativa, la vigilanza e *l'enforcement* di dette norme in funzione della protezione dei consumatori⁵⁴⁵; tale proposta fu sostenuta dalla *House of Representatives* e criticata, invece, da alcuni membri del Congresso che, in luogo della creazione di un'agenzia indipendente *ad hoc*⁵⁴⁶, invocavano l'attribuzione

⁵⁴³ Cfr. *infra* nt. 554.

⁵⁴⁴ 12 U.S.C. § 5511.

⁵⁴⁵ Il *report* rilasciato dal Dipartimento del Tesoro, il "*Financial Regulatory Reform: A New Foundation*" è disponibile al seguente link: http://www.treasury.gov/initiatives/Documents/FinalReport_web.pdf.

⁵⁴⁶ L'idea della costituzione di un'agenzia cui fosse attribuito il compito di regolare la materia della protezione finanziaria dei consumatori è da attribuirsi alla professoressa dell'Università di Harvard Elisabeth Warren la quale, in un articolo pubblicato nel 2007 (E. WARREN, *Unsafe at Any Rate*, in *Democracy Journal*, Summer 2007, disponibile al seguente link <http://www.democracyjournal.org/pdf/5/Warren.pdf>) sosteneva come il modello basato sull'attribuzione di poteri alla *Consumer Product Safety Commission*, cui era già stato attribuito il compito di proteggere i consumatori dall'acquisto di prodotti difettosi o comunque

delle competenze in materia di responsabilità per la protezione dei consumatori alla *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC). La proposta dell'amministrazione Obama, ciononostante, è stata approvata dal Senato che ha adottato comunque una soluzione di compromesso attraverso la creazione di un *independent bureau* all'interno della *Federal Reserve*: il richiamato *Consumer Financial Protection Bureau*⁵⁴⁷.

dannosi, sarebbe stato altrettanto utile alla protezione dei consumatori contro i danni derivanti dai prodotti finanziari. In particolare, la professoressa Warren insisteva sulla necessità dell'istituzione di una nuova commissione in considerazione dell'evidente fallimento dei tradizionali meccanismi di regolamentazione: alle autorità indipendenti, quali il *Federal Reserve Board*, invece, sono attribuiti determinati poteri di controllo contro pratiche scorrette insite nei mercati finanziari, anche se la loro «*main mission is to protect the financial stability of banks and other financial institutions, not to protect consumers*» (p. 15), precisando però «*whether it is housed in a current agency like the CPSC or stands alone, the point is to concentrate the review of financial products in a single location, with a focus on the safety of the products as consumers use them*» (pp. 15-16). Si consideri inoltre che «*In the run-up to the Senate version of Dodd-Frank, Senator Christopher Dodd suggested that a consumer protection bureau be created within the Treasury Department. In a memo leaked to various news agencies in February 2010, Dodd proposed a Bureau of Financial Protection inside the Treasury Department that would have a director appointed by the president and a budget stemming from assessments on large banks and nonbank lenders. Many saw this as an attempt to find middle ground with Republicans. After resistance from Republican senator Richard Shelby, Dodd changed his approach and included language slotting the bureau within the Federal Reserve. In April 2010 Dodd introduced his version of the bill. It differed from the House bill in a number of respects. In the Senate version the agency would be called the Bureau of Consumer Financial Protection and would be headed by a single director appointed by the president with the advice and consent of the Senate. The other significant difference is that the Senate version established the bureau within the Federal Reserve System, and sought to secure the autonomy of the bureau by determining that "the Board of Governors may not intervene in any matter or proceeding before the Director...appoint, direct or remove any officer or employee of the Bureau; or merge or consolidate the Bureau, or any of the functions or responsibilities of the Bureau, with any division or office of the Board of Governors of the Federal reserve banks"*» così, M.J. BREGER, G.J. EDLES, *Independent Agencies in the United States: Law, Structure and Politics*, Oxford University Press, 2015, p. 215; la citazione riportata nel testo è da riferirsi a S. CHAN, *Dodd Proposes Financial Protection Agency*, in *N.Y. Times*, Feb. 27, 2010, B6.

⁵⁴⁷ In generale, si vedano R.E. BARKOW, *Insulating Agencies: Avoiding Capture Through Institutional Design*, 89, *Tex. L. Rev.*, 2010 p. 15 ss.; L.J. KENNEDY, P.A. MCCOY, E. BERNSTEIN, *The Consumer Financial Protection Bureau: Financial Regulation for the Twenty-First Century*, *Cornell L. Rev.*, 97, 2012, p. 1141 ss.; ID. *Recent Legislation: Dodd-Frank Act Creates the Consumer Financial Protection Bureau*, *Harv. L. Rev.*, 124, 2011, p. 2123 ss.; E. WARREN, O. BAR-GILL,

La costituzione del CFPB è stata incoraggiata⁵⁴⁸ dalla necessità di porre rimedio alle numerose pratiche considerate “abusive” e lesive degli interessi dei consumatori⁵⁴⁹ e l’indipendenza di tale organismo dal *Federal Reserve Board* è stata una dura conquista⁵⁵⁰.

Making Credit Safer, U. PA. L. Rev., I, 2008, p. 157 ss.; L.A. DUNCAN, *Defending a Wolf Clad As a Wolf: Formalism and Functionalism in Separation of Powers Suits against the Consumer Financial Protection Bureau*, 37, *Rev. Banking & Fin. Law*, 2014, p. 543 ss.; J.E. VILLAFRANCO, K.A. MCPARLAND, *What You Need To Know About the Consumer Financial Protection Bureau*, 10-2 *Antitrust Source I* (ABA Dec. 2010).

⁵⁴⁸ Da alcuni però anche fortemente scoraggiata, tanto che nel corso dei lavori preparatori si riteneva che «because of the problems suffered by many homeowners, there is political pressure to create a new separate Consumer Financial Protection Agency outside the Federal Reserve. It is not clear what the advantage would be of giving that responsibility to a new agency. The Fed’s supervisory mandate could be extended to deal with all entities that make loans to household, requiring mortgage brokers as well as banks to use uniform loan agreements. A new agency whose sole purpose is consumer finance protection would lack the experience of the Fed and the quality of the Fed’s staff. There is also the danger that it would be overzealous in “protecting” households in ways similar to those that led to excessive credit availability to subprime borrowers. The Federal Reserve would be in a better position to balance individual consumer protection and systemic considerations» e precisando nelle conclusioni che «there is no doubt that the Federal Reserve deserves some of the blame for the monetary policy that contributed to the mis-pricing of risk and the asset bubbles that caused the downturn. There is also no doubt that the Federal Reserve, like other financial supervisors, did not give adequate attention to the capital position and asset quality of the institutions that they supervised. But the reforms that are adopted now should aim to strengthen the performance of the Federal Reserve rather than to reduce its powers. The Fed should continue to manage monetary policy as it has in the past, should act as the nation’s lender of last resort, should supervise the large bank holding companies, and should be given resolution authority over the institution that it supervises. While a council of supervisors and regulators can play a useful role in dealing with macro prudential risks, it should not replace the central role of the Federal Reserve. The virtually unlimited lending powers that the Fed has exercised in creating credit and in helping individual institutions during the past few years should now be restricted in duration and subjected to formal Treasury approval backed by Congressional pre-authorization of funds. The Fed’s capital rules for commercial banks need to be strengthened by replacing the existing risk-based capital approach with a broader definition of risk and the introduction of contingent capital. A broader range of Fed regulations can contribute to overall stability, particularly in mortgage lending. Stronger Fed powers in dealing with non-bank creators of mortgage products and other lending authority would be better than the creation of a new consumer financial protection organization», così M. FELDSTEIN, *What Powers to the Federal Reserve?*, *Journal of Economic Literature*, 2010, p. 136.

⁵⁴⁹ «It also allowed a chance to strengthen the hand of the state regulators and attorneys general, who often were seen as having tried harder than the federal regulators to protect consumers. Indeed, some

state legislatures and regulators had tried to address some of the problematic mortgage lending practices, only to see their efforts blocked by federal regulatory agencies who asserted that the state laws were preempted by federal law», CCH ATTORNEY-EDITOR STAFF *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act: Law, Explanation and Analysis, cit.*, p. 480, ove viene anche specificata la struttura del *Consumer Financial Protection Act*: «In addition to two introductory sections, the *Consumer Financial Protection Act* comprises eight subtitles:

- A. *Bureau of Consumer Protection Act* – establishes the Bureau of Consumer Financial Protection within the Federal Reserve System and outlines the Bureau's organization and funding.
- B. *General Powers of the Bureau* – grants the Bureau the authority to supervise and regulate providers of consumer financial products and services.
- C. *Specific Bureau Authorities* – establishes the Bureau's power to act against unfair, deceptive or abusive acts and practices.
- D. *Preservation of State Law* – describes the effect of federal law on state law and preserves some regulatory and enforcement powers of state authorities.
- E. *Enforcement Powers* – authorizes the Bureau to enforce the Act in court or administratively and to seek remedies for violation of the Act.
- F. *Transfer of Functions and Personnel; Transitional Provisions* – provides for the transfer of necessary personnel from the other federal regulatory agencies to the Bureau and establishes protections for the transferred employees.
- G. *Regulatory Improvements* – amends a number of the existing federal consumer financial protection laws.
- H. *Conforming Amendments* – provides amendments to a number of other federal laws to maintain consistency with the Act».

⁵⁵⁰ La *Federal Reserve Bank* può attribuire al CFPB il compito di vigilare sulle banche e gli intermediari assoggettati alla vigilanza della stessa *Federal Reserve Bank*, ma quest'ultima non è legittimata ad intervenire nelle materie che sono di competenza del CFPB senza una previsione di legge che le attribuisca siffatta legittimazione. La *Federal Reserve Bank*, inoltre, non può nominare né impartire istruzioni o revocare dal loro incarico i funzionari e gli impiegati del CFPB, né prendere parte ai lavori del CFPB o interferire con i poteri ad esso attribuiti. Al riguardo è stato chiarito come: «the *Dodd-Frank Act* specifies that the Fed has no power to review and no right to approve any rule or order of the Bureau, and that it cannot delay or block the Bureau's issuance of any regulation. (However, the Fed does have a seat on the *Financial Stability Oversight Council*, which does have such powers). The *BCFP Director* and officers also are shielded from any efforts to control their contracts with Congress, as long as it is made clear that any statements are the views of the Director or the officer, rather than of the Fed or the President. The *Dodd-Frank Act* also makes clear that neither the Fed nor the Bureau have any legal liability for the other's action or inaction (Sec. 1012(c) of the *Dodd-Frank Act*)», così CCH ATTORNEY-EDITOR STAFF, *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act: Law, Explanation and Analysis, cit.*, p. 485.

Il Titolo X del *Dodd-Frank Act*, rubricato «*Consumer Financial Protection Act of 2010*»⁵⁵¹ è dedicato proprio alla delimitazione delle competenze e delle caratteristiche di questo organismo a cui sono stati attribuiti molteplici poteri in materia di protezione finanziaria dei consumatori, la cui ampiezza offre spunti di riflessione e comparazione con il sistema italiano analizzato nei capitoli precedenti⁵⁵².

2.1. Il potere normativo c.d. di *rule-making*

Ai fini della presente indagine, tra le molteplici attribuzioni del CFPB, rileva soprattutto la sua funzione c.d. di “*rule-making*”, potendo esso, come precisato, utilizzare i poteri attribuitigli al fine di attuare e implementare, attraverso regolamenti, ordini e linee-guida, la disciplina federale vigente in materia di protezione finanziaria dei consumatori⁵⁵³

In particolare, ai sensi della Sezione 1021(a) del *Dodd-Frank Act*, al CFPB è attribuito, innanzitutto, il generale compito di emanare previsioni normative vincolanti volte a dare applicazione e attuazione alla disciplina

⁵⁵¹ Sec. 1001 *Dodd-Frank Act*.

⁵⁵² «*The major justification offered for the creation of a consumer financial protection agency of some type was that the existing federal regulators had not done an adequate job of regulating irresponsible mortgage lending practices that contributed substantially to the financial system meltdown. To oversimplify the assertion, mortgage brokers and lenders made loans with high loan-to-value ratios (in extreme cases lending as much as 120 percent of a home's appraised value), loans based on the value of the property rather than the borrower's income and assets (including infamously named "liar loans"), loans that permitted negative amortization and other loans that, for one reason or another, were far too likely to default when economic conditions deteriorated and that also, often, were abusive to consumers. The securitization of these loans resulted in worldwide economic pain when they began to go into default*», così, CCH ATTORNEY-EDITOR STAFF, *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act: Law, Explanation and Analysis*, Wolters Kluwer Law & Business, 2010, p. 480.

⁵⁵³ Il CFPB, inoltre, ha la facoltà quasi esclusiva di adottare previsioni normative di implementazione del *Federal Trade Commission Act* (Sec. 1061(b) *Dodd-Frank Act*); qualora l'adozione di tali previsioni richieda l'interpretazione di norme dal significato ambiguo, i giudici sono tenuti a conformarsi a tale interpretazione purché questa sia ragionevole (l'ambiguità di tale previsione è evidente).

normativa federale a tutela dei consumatori, al fine di permettere a questi ultimi di accedere al mercato dei prodotti e dei servizi finanziari e di vigilare affinché tale accesso avvenga a condizioni «*fair, transparent, and competitive*». Il *Dodd-Frank Act* chiarisce come all'interno delle «*Federal Consumer Financial laws*» siano ricompresi, da una parte, il Titolo X dello stesso *Dodd-Frank Act* che vieta le pratiche e gli atti abusivi in relazione ai prodotti e servizi finanziari offerti ai consumatori, e, dall'altra, le c.d. «*enumerated consumer laws*»⁵⁵⁴; l'importanza di tale precisazione consiste nell'onere di cui è stato gravato il CFPB, il quale è chiamato a rendere dette «*enumerated consumer laws*» coerenti con le finalità di protezione finanziaria dei consumatori di cui al *Dodd-Frank Act* e alla normativa che sarà emanata dal CFPB, con conseguente soggezione di tali leggi ai poteri del CFPB medesimo che potrà

⁵⁵⁴ Si tratta delle seguenti leggi:

- *Alternative Mortgage Transaction Parity Act* del 1982 (12 U.S.C. § 3801).
- *Consumer Leasing Act* del 1976 (15 U.S.C. § 1667).
- *Electronic Fund Transfer Act* (15 U.S.C. § 1693), ad eccezione della Sezione 920, nota come *Durbin Amendment* che deve essere attuata dalle autorità bancarie federali.
- *Equal Credit Opportunity Act* (15 U.S.C. § 1691).
- *Fair Credit Billing Act* (15 U.S.C. § 1666).
- *Fair Credit Reporting Act* (15 U.S.C. § 1681), ad eccezione della Sezione 615(e) e 628.
- *Home Owners Protection Act* del 1998 (12 U.S.C. § 4901).
- *Fair Debt Collection Practices Act* (15 U.S.C. § 1692).
- Sub-sezioni da (b) ad (f) della Sezione 43 del *Federal Deposit Insurance Act* (12 U.S.C. §§ 1831t(b)-(f)).
- Sezioni da 502 a 509 del *Gramm-Leach-Bliley Act* (15 U.S.C. §§ 6802-6809).
- *Home Mortgage Disclosure Act* del 1975 (12 U.S.C. § 2801).
- *Home Ownership and Equity Protection Act* del 1994 (15 U.S.C. § 1601 note).
- *Real Estate Settlement Procedures Act* del 1974 (12 U.S.C. § 2601).
- *S.A.F.E. Mortgage Licensing Act* del 2008 (12 U.S.C. § 5101).
- *Truth in Lending Act* (15 U.S.C. § 1601).
- *Truth in Savings Act* (12 U.S.C. § 4301).
- Sezione 626 del *Omnibus Appropriations Act* del 2009, implementata dal 12 CFR 1014.6.
- *Interstate Land Sales Full Disclosure Act* (15 U.S.C. § 1701).

modificarle e implementarle al fine di attuare i predetti scopi di protezione dei consumatori⁵⁵⁵.

Alla successiva lett. *b*) sono poi tracciate alcune linee-guida che il CFPB deve seguire nell'esercizio dei poteri ad esso attribuiti: al consumatore devono, innanzitutto, essere fornite le informazioni necessarie per l'assunzione di decisioni responsabili in relazione ai prodotti e servizi finanziari e il consumatore stesso deve altresì essere posto al riparo da pratiche e atti ingiusti, discriminatori e ingannevoli («*unfair, deceptive, or abusive acts and practices*»)⁵⁵⁶; il CFPB deve poi individuare le previsioni

⁵⁵⁵ 12 U.S.C. § 5512.

⁵⁵⁶ Gli atti «*unfair and deceptive*» sono stati a lungo vietati dal *Federal Trade Commission Act* che ne ha anche chiarito il significato: conseguentemente, dall'interpretazione di questi termini non solleva particolari problematiche (cfr. 15 U.S.C. §45); il riferimento, invece, alle pratiche abusive («*abusive*») costituisce una "invenzione" del *Dodd-Frank Act*; il *director* Richard Cordray ha affermato davanti al Congresso che il termine è «*a little bit of a puzzle*» e che la soluzione di tale *puzzle* è di fondamentale importanza per l'inquadramento e la comprensione dei poteri attribuiti al CFPB, tema di cruciale importanza, considerati soprattutto i poteri che sono attribuiti ad esso (può infatti infliggere sanzioni di ammontare ad un milione di dollari al giorno). Benché il *Dodd-Frank Act* non definisca cosa debba intendersi per pratiche "abusive", afferma tuttavia che il CFPB non può sancire l'abusività di un atto, a meno che l'atto stesso non incida direttamente sulla capacità del consumatore di comprendere termini o condizioni dei prodotti o dei servizi; oppure quando tale atto trae un ingiustificato vantaggio dalla mancata comprensione da parte del consumatore dei rischi, costi o condizioni dei prodotti o dei servizi oppure dall'incapacità del consumatore di conferire tutela ai propri interessi nel selezionare e fare uso di un determinato prodotto o servizio (cfr. 12 U.S.C. § 5531 (d)). Nel corso dei lavori preparatori del *Dodd-Frank Act*, una delle proposte avanzate conteneva una restrizione ulteriore in base alla quale un atto non sarebbe stato considerato abusivo a meno che esso non avesse contribuito causalmente all'insorgenza del rischio sistemico di un determinato sistema finanziario e ciò avrebbe comportato l'introduzione di una preziosa, dal punto di vista interpretativo, soglia minima di rilevanza (H.R. 4173 111th Cong. § 4031 (c), come approvato dalla *House* in data 11 dicembre 2009); sul punto il *director* Richard Cordray ha sostenuto che la determinazione di quelle pratiche che possono considerarsi abusive «*is going to have to be a fact and circumstances issue*» e ciò sembra «*not to be useful to try to define a term like that in the abstract*» (*How Will the CFPB Function Under Richard Cordray: Hearing before the Subcomm, TARP, Financial Services and Bailouts of Public and Private Programs*, 112th Cong. 112-107, n. 69, 2012).

normative abrogate, quelle non necessarie o ingiustificatamente gravose e vigilare sui mercati dei prodotti e servizi finanziari relativi ai consumatori affinché tali mercati operino con trasparenza ed efficienza in modo tale da incrementare l'accesso e l'innovazione. Strumentali al perseguimento di tali obiettivi sono le specifiche prerogative che il *Dodd-Frank Act*, alla successiva Sezione 1021(c), ha attribuito al CFPB: l'organizzazione e la conduzione di programmi di "educazione" finanziaria, la presa in carico, la gestione e la risposta ai reclami dei consumatori, la pubblicazione di informazioni sul funzionamento dei mercati, la vigilanza sugli intermediari finanziari che non sono soggetti alla vigilanza prudenziale di altre Autorità, l'adozione di regolamenti, provvedimenti autoritativi e linee-guida al fine di dare attuazione alla disciplina federale in materia di tutela dei consumatori nonché lo svolgimento di attività ancillari a quelle che precedono⁵⁵⁷.

Il CFPB, dal canto suo, potrebbe chiarire cosa debba intendersi per pratiche abusive, ma, ad oggi, non ha ancora esercitato tale potere, essendosi limitato soltanto a chiarire che le definizioni di atti «*unfair*», «*deceptive*» e «*abusive*» sono distinte, ma presentato punti di contatto.

⁵⁵⁷ Sec. 1021. PURPOSE, OBJECTIVES, AND FUNCTIONS.

(a) PURPOSE.—*The Bureau shall seek to implement and, where applicable, enforce Federal consumer financial law consistently for the purpose of ensuring that all consumers have access to markets for consumer financial products and services and that markets for consumer financial products and services are fair, transparent, and competitive.*

(b) OBJECTIVES.—*The Bureau is authorized to exercise its authorities under Federal consumer financial law for the purposes of ensuring that, with respect to consumer financial products and services— (1) consumers are provided with timely and understandable information to make responsible decisions about financial transactions; (2) consumers are protected from unfair, deceptive, or abusive acts and practices and from discrimination; (3) outdated, unnecessary, or unduly burdensome regulations are regularly identified and addressed in order to reduce unwarranted regulatory burdens; (4) Federal consumer financial law is enforced consistently, without regard to the status of a person as a depository institution, in order to promote fair competition; and (5) markets for consumer financial products and services operate transparently and efficiently to facilitate access and innovation.*

(c) FUNCTIONS.—*The primary functions of the Bureau are— (1) conducting financial education programs; (2) collecting, investigating, and responding to consumer complaints; (3) collecting, researching, monitoring, and publishing information relevant to the functioning of markets for*

Nell'esercizio di tali poteri, il CFPB è tenuto a sottoporre al *Federal Reserve Board*, all'*Office of the Comptroller of the Currency* e agli altri regolatori finanziari le previsioni normative che intende adottare al fine di ottenere un riscontro circa la coerenza o meno con gli obiettivi prudenziali e sistemici che tali istituzioni intendono raggiungere: in caso di verdetto (scritto) di incoerenza, il CFPB deve giustificare l'obiezione sollevata all'interno di ogni provvedimento con cui la disciplina normativa proposta viene adottata, potendo comunque emanarla (trattandosi di un'autorità autonoma e indipendente), con evidente assenza di vincolatività nel parere che il CFPB deve richiedere alle autorità richiamate⁵⁵⁸. L'agenzia però è tenuta a svolgere la funzione normativa ad essa riservata previa valutazione della capacità o meno della proposta di legge di ridurre le possibilità di accesso dei consumatori ai prodotti bancari e finanziari e gli effetti che possono scaturire da essa nei confronti dei soggetti vigilati, con particolare attenzione alla tutela degli interessi dei consumatori che abitano in «*rural locations*»⁵⁵⁹.

Al CFPB è altresì attribuito il compito di monitorare il mercato dei prodotti bancari e finanziari utilizzati dai consumatori, nonché i relativi

consumer financial products and services to identify risks to consumers and the proper functioning of such markets; (4) subject to sections 1024 through 1026, supervising covered persons for compliance with Federal consumer financial law, and taking appropriate enforcement action to address violations of Federal consumer financial law; (5) issuing rules, orders, and guidance implementing Federal consumer financial law; and (6) performing such support activities as may be necessary or useful to facilitate the other functions of the Bureau.

⁵⁵⁸ Al riguardo si noti che «*exemptions from regulations can be granted on a class-wide basis. The Bureau must consider three factors in deciding to grant an exemption: the total asset of the class of covered persons to be exempted, the volume of consumer financial product and services transactions in which the covered persons engage and whether other laws or rules exist that provide adequate protection to consumers (Sec. 1022(b) of the Dodd-Frank Act)*», così CCH ATTORNEY-EDITOR STAFF, *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act: Law, Explanation and Analysis, cit.*, p. 492.

⁵⁵⁹ Sec. 1022 (a) *Dodd-Frank Act*.

sviluppi, al fine di individuare eventuali profili di rischio per i consumatori medesimi⁵⁶⁰, potendo anche chiedere le informazioni aggiuntive al riguardo.

2.2. Il potere di vigilanza e il c.d. potere di *enforcement*: i rimedi

Oltre al potere di *rule-making*, il *Dodd-Frank Act* ha attribuito al CFPB anche i poteri di vigilanza e di *enforcement*.

Il CFPB, in particolare, è legittimato a vigilare sulle altre autorità aventi poteri in materia finanziaria attraverso lo svolgimento di ispezioni e analisi al fine di verificare la c.d. *compliance* delle norme e delle azioni intraprese dalle suddette autorità con le finalità di protezione finanziaria dei consumatori di cui al *Dodd-Frank Act* e alla normativa emanata dal CFPB medesimo, da una parte, e con le richiamate «*Federal Consumer Financial laws*», dall'altra⁵⁶¹; lo svolgimento di tale attività da parte del CFPB deve essere coordinata con quella svolta dalle altre autorità di regolazione statali e federali, potendo a tal fine il CFPB utilizzare le informazioni in possesso delle suddette autorità in virtù dell'attività di vigilanza da esse svolta.

Al CFPB è stato altresì attribuito il potere di svolgere indagini al fine di determinare se le autorità rientranti all'interno della propria sfera di controllo hanno violato le disposizioni delle «*Federal Consumer Financial laws*»⁵⁶²; il CFPB può svolgere tali indagini anche congiuntamente alle altre

⁵⁶⁰ I risultati di tali indagini devono essere comunicati entro i termini indicate nella Sezione 1062 *Dodd-Frank Act*.

⁵⁶¹ Cfr. *supra* nt. 554.

⁵⁶² Prima dell'entrata in vigore del *Dodd-Frank Act* e quindi prima dell'istituzione del CFPB, il *Bureau of Consumer Protection*, all'interno della *Federal Trade Commission*, era l'autorità preposta alla protezione dei consumatori contro le *non-depository financial institutions*; in considerazione dell'affinità delle attribuzioni delle due autorità, queste hanno stipulato un *Memorandum of understanding* al fine di coordinare le rispettive attività e poteri di *enforcement* delle *Federal consumer financial laws*, stabilendo che i poteri di *enforcement* al *Consumer Financial Protection Bureau* spettino limitatamente ai prodotti e servizi finanziari, mentre alla

autorità di vigilanza e può altresì avanzare richieste di indagini civili e di interrogazioni scritte, da utilizzare come mezzi di prova.

Particolarmente rilevante risulta il potere attribuito al CFPB di imporre, addirittura, la risoluzione dei contratti o la modifica del loro contenuto, ove ritenuti in contrasto con le previsioni emanate dallo stesso CFPB o con quelle di cui alle più volte richiamate «*Federal Consumer Financial laws*»⁵⁶³. Si tratta, infatti, di un'attribuzione notevole attraverso la quale può essere garantito, per il consumatore, il mantenimento del contratto dal contenuto – così come risultante dopo la modifica imposta dal CFPB – coerente con le esigenze di protezione del consumatore medesimo; laddove, invece, il CFPB ritenga che il contenuto del contratto risulti lesivo degli interessi del consumatore, potrà dichiararlo risolto.

Non sono ancora noti casi in cui il CFPB abbia imposto la risoluzione o la modifica delle disposizioni contrattuali contrastanti con la disciplina dichiarata o non coerenti con le finalità di protezione finanziaria dei consumatori di cui al *Dodd-Frank Act* e alla norma emanata dal CFPB medesimo, ma è evidente che si tratta di una disposizione forte, che può incidere notevolmente sul contenuto del regolamento contrattuale.

Si ritiene, inoltre, che, di fronte all'ordine di modificare il contenuto di determinare clausole contrattuali ritenute lesive degli interessi dei consumatori, la protezione fornita a questi ultimi sia maggiore di quella fornita dalla disciplina italiana analizzata che, oltre alle sanzioni, sancisce in modo drastico la nullità (seppur relativa) dei contratti in contrasto con le previsioni di contenuto emanate dalla Banca d'Italia, imponendo al cliente di scegliere se rinunciare al contratto oppure accettare il suo contenuto in

Federal Trade Commission, in relazione agli «*acts or practices in or affecting commerce*» (15 U.S.C. § 45(a)(1)).

⁵⁶³ 12 U.S.C. § 5564.

contrasto con le previsioni dettate dalla Banca d'Italia, laddove la protezione di tale cliente sarebbe sicuramente più efficace se la Banca d'Italia potesse imporre la modifica coattiva del contenuto del contratto.

3. L'ambito di applicazione soggettiva dei poteri del *Consumer Financial Protection Bureau*

Sono soggetti ai poteri del CFPB le c.d. «*depository institutions*», ma con diversa intensità a seconda che si tratti di istituzioni di deposito assicurate con più di 10 milioni di dollari di *assets* (in relazione alle quali il CFPB ha ereditato i poteri di *rule-making*, *vigilanza* ed *enforcement* che prima spettavano al *Federal Reserve Board*, al *Federal Deposit Insurance Corporation* e all'*Office of the Comptroller of the Currency*) oppure di quelle con meno di 10 milioni di dollari di *assets* (in relazione alle quali il CFPB può invece esercitare soltanto il potere di *rule-making*, non anche quelli di *vigilanza* o di *enforcement*, essendo questi rimasti in capo alle autorità di settore preesistenti⁵⁶⁴).

Sono state assoggettate all'autorità del CFPB anche le c.d. «*non-depository institutions*», suddivise in diverse categorie, in relazione alle quali il CFPB può esercitare tutti i poteri ad esso attribuiti (di *rulemaking*, di *sorveglianza* e di *enforcement*); sono ricompresi all'interno di tale categoria, in particolare, le «*non-bank covered personersons*»⁵⁶⁵ e i «*larger participants in a market for consumer financial products or services*», categoria, quest'ultima, che è stato proprio lo stesso CFPB a definire come inclusiva degli istituti di debito e quelli che prestano il servizio di erogazione di prestiti agli studenti. In

⁵⁶⁴ Anche se il CFPB può pur sempre partecipare alle eventuali ispezioni intraprese dalle autorità di settore e segnalare potenziali misure di *enforcement* che a parere del CFPB sarebbe auspicabile intraprendere.

⁵⁶⁵ Si tratta di *non-depositoty institutions* che svolgono attività connesse ai mutui per l'acquisto di immobili residenziali e ai finanziamenti del settore dell'istruzione privata.

aggiunta, rientra nei poteri del CFPB anche la possibilità di statuire la riconduzione all'interno della categoria appena richiamata anche dei servizi relativi al credito al consumo, al trasferimento di denaro e agli assegni bancari, alle carte prepagate, ai servizi di riduzione del debito e al c.d. *auto-lending*; nel fare ciò, però, il CFPB è tenuto a coordinare l'attività ispettiva svolta in relazione ai soggetti da ultimo richiamati con le altre norme, federali e statali, emanate dalle altre Autorità alla cui vigilanza i soggetti richiamati sono sottoposti⁵⁶⁶.

Non sono invece soggette al controllo del CFPB le attività svolte dalle seguenti categorie di professionisti rientranti all'interno delle *non-depository institutions*: ai sensi della *Section 1027 (a)*, «*merchants, retailers, and other sellers of non financial good or services*», ovvero i commercianti che vendono beni oppure offrono servizi non finanziari (a meno che non si tratti di commercianti che vendono od offrono altresì beni o prodotti finanziari o che risultino comunque soggetti a norme per la protezione finanziaria dei consumatori)⁵⁶⁷; sono escluse dalla sfera di efficacia dei poteri del CFPB altresì le attività indicate nella *Section 1027*, lett. da *(b)* ad *(m)*⁵⁶⁸, benché ad

⁵⁶⁶ Il riferimento, in particolare, è alla *Federal Trade Commission*.

⁵⁶⁷ «*Moreover, the Bureau has no authority over a merchant who extends credit to a consumer to finance the sale of a nonfinancial product or service to the consumer, collects the debt that results from such a transaction or sells such a debt that is in default. However, if the merchant is significantly engaged in offering consumer financial products or services, the latter exemption does not apply if the merchant sells debts that are not in default, extends credit that significantly exceeds the value of the product or service that was purchased, engages in credit sales to circumvent the Dodd-Frank Act regularly extends credit that is subject to a finance charge. Even if the merchant is significantly engaged in offering financial products and services and regularly extends credit that is subject to a finance charge, the Bureau has no authority if standards intended to protect small business are met. Such a business must extend credit only for the sale of nonfinancial products or services, keep the credit on its own books (unless there is a default) and meet relevant industry size thresholds (Sec. 1027 (a) of the Dodd-Frank Act)*», così CCH ATTORNEY-EDITOR STAFF, *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act: Law, Explanation and Analysis*, cit., p. 498.

⁵⁶⁸ Il riferimento in particolare è alle seguenti attività:

- *Sec. 1027(b) Exclusion for real estate brokerage activities*;

alcune di queste attività si applichino comunque gli obblighi relativi alle richieste di informazioni del CFPB, come precisato nella *Section 1027 (n)*⁵⁶⁹; la *Section 1029*, infine, prevede un'esenzione anche per i venditori di veicoli motorizzati.

Oltre alle esenzioni di tipo soggettivo appena richiamate, è prevista anche un'esenzione di tipo oggettivo, disciplinata dalla *Section 1027 (o)* che espressamente esclude il potere del CFPB di stabilire limiti nazionali in relazione al tasso usurario⁵⁷⁰.

-
- *Sec. 1027(c) Exclusion for manufactured home retailers and modular home retailers;*
 - *Sec. 1027(d) Exclusion for accountants and tax preparers;*
 - *Sec. 1027(e) Exclusion for practice of law;*
 - *Sec. 1027(f) Exclusion for persons regulated by a state insurance regulator;*
 - *Sec. 1027(g) Exclusion for employee benefit and compensation plans and certain other arrangements under the Internal Revenue Code of 1986;*
 - *Sec. 1027(h) Persons regulated by a State Securities Commission;*
 - *Sec. 1027(i) Exclusion for persons regulated by the Commission;*
 - *Sec. 1027(j) Exclusion for persons regulated by the Commodities Futures Trading Commission;*
 - *Sec. 1027(k) Exclusion for persons regulated by the Farm Credit Administration;*
 - *Sec. 1027(l) Exclusion for activities relating to charitable contributions; e*
 - *Sec. 1027(m) Insurance.*

⁵⁶⁹ *Sec. 1027(n) «Limited Authority Of The Bureau»:*

«Notwithstanding subsections (a) through (h) and (l), a person subject to or described in one or more of such provisions:

(1) may be a service provider; and

(2) may be subject to requests from, or requirements imposed by, the Bureau regarding information in order to carry out the responsibilities and functions of the Bureau and in accordance with section 1022, 1052, or 1053».

⁵⁷⁰ *Sec. 1027(o) «No Authority to impose usury limit»:*

«No provision of this title shall be construed as conferring authority on the Bureau to establish a usury limit applicable to an extension of credit offered or made by a covered person to a consumer, unless explicitly authorized by law».

4. Disposizioni vincolanti il contenuto dei contratti che disciplinano i servizi delle carte di credito emanate dal *Federal Reserve Board* prima e dal *Consumer Financial Protection Bureau* poi

Molte leggi in materia di protezione finanziaria dei consumatori in vigore negli Stati Uniti impongono alle banche e agli istituti di credito e finanziari determinati obblighi di *disclosure*. Vi sono poi altrettante previsioni normative che impongono a questi soggetti l'obbligo di analizzare il contenuto, dal punto di vista sostanziale, delle operazioni concluse con i consumatori, al fine di vagliarne la relativa *compliance*. Da quando è stato istituito, il CFPB ha in più occasioni ribadito il proprio intento di indagare la sostanza delle operazioni finanziarie poste in essere tra banche e consumatori, al fine di determinare se il contenuto dei relativi contratti sia «*fair*» e «*transparent*».

Ai fini della presente indagine, assumono particolare rilevanza le modifiche apportate alla disciplina delle carte di credito di cui al *Credit Card Accountability Responsibility and Disclosure Act* del 2009 (di seguito, *Credit Card Act*, 15, U.S.C. §1637, divenuto legge il 22 maggio del 2009) che ha modificato il *Truth in Lending Act* (TILA)⁵⁷¹; il *Credit Card Act* è stato poi

⁵⁷¹ Si tratta, in particolare, di una *regulation* emanata dal *Federal Reserve Board* che impone specifici obblighi di *disclosure* in capo ai soggetti finanziati, al fine di conferire maggior protezione ai consumatori. Al riguardo è stato precisato che: «*the statute is Congress's effort to guarantee the accurate and meaningful disclosure of the costs of consumer credit and thereby to enable consumers to make informed choices in the credit marketplace and avoid abusive lending. More recently TILA has been amended to include a variety of substantive protections that seek to protect credit card and mortgage consumers from abuses directly. Prior to its enactment, consumers had no easy way to determine how much credit would really cost or how to compare among various creditors. Creditors did not use a uniform way of calculating interest or a single system for defining what additional charges would be included in the interest rate [...] consider a \$100 loan repayable in twelve monthly installments of \$10.83, with a total of payments of almost \$130. Prior to Truth in Lending, a lender could legally have quoted this as a 30% loan. In reality, the annual percentage rate on this transaction is 51.4%*», così *National Consumer Law Center, Truth in Lending*⁹, 2015, p. 1, disponibile aggiornato al seguente indirizzo: www.nclc.org/library.

gradualmente implementato dal *Federal Reserve Board* e, ancor più di recente, anche dal CFPB, in qualità di neo-costituita autorità di *rule-making*⁵⁷².

Benché il TILA contenga moltissime disposizioni relative alla *disclosure*, ovvero alla trasparenza intesa nel senso di trasmissione al consumatore di determinate informazioni, contiene anche diverse previsioni normative che impongono precisi vincoli e restrizioni ai contratti stipulati tra banche e consumatori, la maggior parte delle quali relativa ai contratti di mutuo e a quelli regolanti il servizio di carta di credito. Il Titolo X del *Dodd-Frank Act*, in particolare, ha modificato il TILA vietando le pratiche, relative alla sottoscrizione dei contratti di mutuo, considerate ingiuste e ingannevoli e imponendo limitazioni nei tassi di interesse e negli ammontare delle penali. La *Regulation Z* ha suddiviso la normativa contenuta nel TILA in sette sezioni per rendere applicabile una diversa disciplina a seconda che si tratti di rapporti aperti, i c.d. «*open-end credit*» (come il conto corrente e le carte di credito) oppure di rapporti con un termine predeterminato, i c.d. «*closed-end credit*» (come i mutui)⁵⁷³.

⁵⁷² «As Congress has recognized since the inception of TILA, the oversight of consumer credit is a full time job, beyond the capacity of a legislature. As a result, Congress delegated broad authority for the implementation of TILA to the Federal Reserve Board. The FRB responded by promulgating a comprehensive set of Truth in Lending rules known as Regulation Z, which has been in effect, in various forms, since July 1, 1969. The current version, now under the of Consumer Financial Protection Bureau, is reprinted at Appendix B», così National Consumer Law Center, *Truth in Lending*, cit., p. 18.

⁵⁷³ «Subpart C. The rules in Subpart C relating to closed-end credit impose obligations related to: written disclosures, treatment of credit balances, annual percentage rate calculations, rescission requirements, advertising. Subpart D. The rules in Subpart D relating to open-end and closed-end credit impose obligations related to: oral disclosures; disclosures in languages other than English, record retention, relationship with state laws and state exemptions, rate limitations. Subpart E contains rules specifically intended for certain mortgage transactions. These rules impose obligations on both the origination and servicing of residential mortgage loans. Specifically, Subpart E imposes certain disclosure requirements with respect to the origination of closed-end loans secured by a dwelling, other than reverse mortgages. These disclosure requirements consolidate prior disclosures required by TILA with disclosures previously required under RESPA. For a detailed discussion of

La disciplina emanata dal *Federal Reserve Board*, di modifica e implementazione del *Credit Card Act*, in particolare, è confluita nella c.d. *Regulation Z*, la quale risulta di particolare importanza per il tema oggetto della presente trattazione in quanto, nella c.d. fase tre di implementazione⁵⁷⁴, la richiamata autorità ha dettato disposizioni relative al contenuto dei contratti con cui gli istituti di credito rilasciano carte di credito ai loro clienti, definendo, in particolare, gli ammontare massimi delle commissioni e delle penali (le c.d. *penalty fees*) che gli istituti di credito possono applicare ai clienti in relazione agli scoperti dei clienti e ai ritardi nella restituzione delle somme erogate a credito.

Con il *Credit Card Act* sono stati introdotti importanti obblighi di *disclosure* che gravano in capo alle banche e agli altri istituti di credito, limitazioni negli ammontare delle penali che possono essere applicate in caso

these TILA-RESPA Integrated Disclosures (TRID), namely the Loan Estimate and the Closing Disclosure, see TRID Compliance Checklist for Residential Mortgage Originations. In addition to these disclosure requirements, Subpart E imposes the following additional obligations on originators of closed-end loans secured by a dwelling:

- *Ability-to-repay determination, along with a safe harbor for qualified mortgages (for a detailed discussion of this requirement, see Practice Note, The Ability-to-Repay and Qualified Mortgage Rule).*
- *Valuation independence.*
- *Loan originator compensation restrictions (see the CFPB's 2013 Loan Originator Compensation Requirements) and loan originator qualification standards (for guidance on complying with these requirements, see Loan Originator Compensation Checklist).*

With respect to the servicing of residential mortgage loans, Subpart E imposes numerous obligations on mortgage servicers. In particular, servicer must provide consumers with periodic statements, interest rate adjustment notices and payoff statements», così AA.VV., US Consumer Mortgage Regulations: Overview, da Practical Law Finance, Westlaw, 2016, pp. 8-9.

⁵⁷⁴ Come accennato, il *Credit Card Act* ha previsto tre fasi successive di implementazione. La prima fase, effettiva dal 20 agosto 2009, ha visto l'incremento del numero di comunicazioni che gli istituti di credito devono fornire ai consumatori quando il tasso di interesse viene aumentato oppure quando si verifica un mutamento significativo delle condizioni e dei termini contrattuali; con la seconda fase di implementazione, invece, effettiva a partire dal 22 febbraio 2010, sono state introdotte norme relative alla regolazione del tasso di interesse e dei prestiti erogati a favore degli studenti (75 Fed. Reg. 7657).

di violazioni delle disposizioni contrattuali da parte dei consumatori oppure di ritardi nella restituzione delle somme anticipate; il *Credit Card Act* ha altresì inasprito le sanzioni per eventuali violazioni e disposto limiti e introdotto disposizioni di protezione per le concessioni di carte di credito a favore di studenti e minori⁵⁷⁵.

Si noti, al riguardo, l'incisività dell'intervento del *Federal Reserve Board*, il quale, implementando la disciplina di cui al *Credit Card Act* (volta soltanto a richiedere per i suddetti ammontare massimi il rispetto dei criteri di ragionevolezza e di proporzionalità rispetto alla violazione posta in essere dal cliente), ha vietato espressamente che in tali contratti possano essere contenute penali di importo superiore a 25\$⁵⁷⁶, a meno che il consumatore non abbia posto in essere ripetute violazioni oppure che l'istituto di credito sia in grado di provare che una penale di importo maggiore sarebbe comunque proporzionata ai danni (in termini di maggiori costi) che la violazione commessa dal cliente ha inflitto all'emittente⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ 15 U.S.C. § 7701.

⁵⁷⁶ «This brings to a close the most sweeping overhaul of the industry since the invention of credit cards. Taken together, the new rules will provide consumers with numerous tools for better management of their credit costs», così K. J. CLAYTON, Vice-presidente dell'*American Bankers Association*.

⁵⁷⁷ *Section 1026.52(b)- Limitations on Penalty Fees*

TILA requires that penalty fees imposed by card issuers be reasonable and proportional to the violation of the account terms. Among other things, the regulation prohibits credit card issuers from charging a penalty fee of more than \$25 for paying late or otherwise violating the account's terms for the first violation (or \$35 for an additional violation of the same type during the same billing cycle or one of the next six billing cycles) unless the issuer determines that a higher fee represents a reasonable proportion of the costs it incurs as a result of that type of violation and reevaluates that determination at least once every 12 months.

Credit card issuers are banned from charging penalty fees that exceed the dollar amount associated with the consumer's violation of the terms or other requirements of the credit card account. For example, card issuers are no longer permitted to charge a \$39 fee when a consumer is late making a \$20 minimum payment. Instead, in this example, the fee cannot exceed \$20. The regulation also bans imposition of penalty fees when there is no dollar amount associated with the violation, such as "inactivity" fees based on the consumer's failure to use the account to make new purchases. It also

Il *Federal Reserve Board* ha inoltre vietato l'imposizione di penali eccedenti l'importo relativo alla violazione contrattuale posta in essere dal consumatore (ad esempio, l'emittente non può prevedere una penale di 39\$ se l'importo il credito da ripagare è pari a 20\$).

È stato altresì vietato l'inserimento all'interno dei contratti della c.d. «*inactivity fee*» relativa alla mancata effettuazione da parte del cliente di operazioni di acquisto o al mancato utilizzo in generale della carta di credito.

Da ultimo, il *Federal Reserve Board* ha vietato anche l'applicazione di penali multiple, ovvero ancorata a ripetuti inadempimenti della medesima obbligazione contrattuale (ad esempio, ripetuti pagamenti in ritardo).

L'autorità richiamata ha poi dettato un'altra previsione circa il contenuto dei contratti con cui il consumatore accede al servizio di carta di credito, prevedendo che l'indicazione delle penali debba essere specifica ed includere, in particolare, la penale per la restituzione tardiva degli importi finanziati, la penale per i pagamenti effettuati con assegni scoperti e la penale per i pagamenti effettuati superando il limite massimo previsto nel contratto. Il *Federal Reserve Board* ha introdotto nella *Regulation Z* anche una previsione di ordine formale, che però è indice dell'accresciuta sensibilità verso le esigenze di protezione del consumatore e di raggiungimento dell'effettiva comprensione da parte di quest'ultimo dei termini e delle condizioni contrattuali: il *Board* ha imposto infatti l'uso del grassetto nei documenti forniti al consumatore per le parti del testo contrattuale relative agli importi massimi delle commissioni e delle penali.

Come accennato, il *Dodd-Frank Act* ha trasferito al CFPB la generale funzione normativa, di *rule-making*, in relazione al TILA, precedentemente

prohibits issuers from charging multiple penalty fees based on a single late payment or other violation of the account terms.

attribuita al *Federal Reserve Board*⁵⁷⁸. Nell'esercizio di tali poteri, il CFPB ha modificato la disciplina in vigore relativa alle spese e commissioni dei

⁵⁷⁸ Di seguito una ricostruzione delle principali modifiche che hanno preceduto il *Dodd-Frank Act*: il TILA, 15 U.S.C. 1601 *et seq.*, è entrato in vigore il 29 maggio del 1968, quale Titolo I del *Consumer Credit Protection Act* (Pub. L. 90-321) ed è stato successivamente implementato dalla *Regulation Z* (12 CFR 1026), in vigore dal primo luglio del 1969. Il TILA è stato per la prima volta oggetto di modifiche nel 1970, e la sua finalità principale è stata l'introduzione del divieto di rilasciare carte di credito in assenza di preventiva richiesta del consumatore. Il TILA e la relativa *Regulation Z* sono state ulteriormente modificate ad opera del *Fair Credit Billing Act* del 1974, dal *Consumer Leasing Act* del 1976, dal *Truth in Lending Simplification and Reform Act* del 1980, dal *Fair Credit and Charge Card Disclosure Act* del 1988 e dal *Home Equity Loan Consumer Protection Act* del 1988. La disciplina contenuta nella *Regulation Z*, in particolare, è stata ulteriormente modificata dalla *Section 1204 del Competitive Equality Banking Act* del 1987 che ha introdotto stringenti obblighi di disclosure in relazione ai mutui a tasso variabile. Nel 1994, poi, l'*Home Ownership and Equity Protection Act* (HOEPA) ha incrementato la disciplina del TILA con ulteriori obblighi di disclosure e di contenuto dei contratti di mutuo, al fine di agevolare la comprensione da parte dei consumatori dei costi e delle altre condizioni dei contratti di mutuo: al riguardo si consideri che al *Federal Reserve Board* è stato attribuito il potere di vietare specifiche clausole e pratiche in relazione ai contratti di mutuo. La *Regulation Z* è stata oggetto di ulteriori modifiche il 14 settembre del 1996 al fine di rendere la sua disciplina coerente con le modifiche che avevano interessato il TILA; in particolare, le modifiche hanno riguardato la limitazione della responsabilità degli istituti di credito eroganti mutui in relazione ad errori commessi nell'adempimento degli obblighi di disclosure. Anche l'*Economic Growth and Regulatory Paperwork Reduction Act* del 1996 ha ulteriormente modificato il TILA al fine di semplificare e incrementare gli obblighi di disclosure relativi alle operazioni di credito. Anche nel 2007 sono state emanate alcune norme di modifica alla *Regulation Z*, attraverso la pubblicazione di un "official commentary" volto a semplificare la disciplina e fornire le relative linee guida; l'anno successivo, poi, ulteriori modifiche hanno introdotto previsioni volte a conferire maggior protezione ai consumatori contro pratiche relative ai contratti di mutuo considerate ingiuste, abusive e lesive degli interessi dei consumatori medesimi: è stato previsto, in particolare, un livello maggiore di protezione dei consumatori nel momento della stipula di una categoria di contratti di mutuo definita «higher-priced mortgage loans», garantiti da ipoteca sull'abitazione principale del consumatore, indipendentemente dall'ammontare del mutuo e dal tasso degli interessi, imponendo anche in relazione a questa tipologia contrattuale il rispetto di una serie di obblighi di disclosure tempestiva. La modifica legislativa inoltre vieta alcune pratiche commerciali considerate ingannevoli e lesive degli interessi dei consumatori. Nel 2008 è stata la volta del *Mortgage Disclosure Improvement Act* (MDIA) che ha introdotto ulteriori obblighi di disclosure, il rispetto di un determinato arco temporale che deve necessariamente trascorrere tra la comunicazione delle informazioni al consumatore e la stipula del contratto e l'obbligo di comunicare ai consumatori le variazioni che il tasso di interesse potrebbe

possessori di carte di credito, emanando, in particolare, il 22 dicembre del 2011, una norma⁵⁷⁹ che impone alcuni adempimenti formali (di coordinamento con il passaggio di funzioni in capo al CFPB) da rispettarsi nella formulazione e compilazione dei moduli di richiesta della carta di credito⁵⁸⁰.

Con impatto, questa volta, sostanziale sul contenuto dei contratti, il CFPB ha rimodulato anche la disciplina relativa ai limiti delle commissioni

assumere. Nel dicembre 2008, il *Federal Reserve Board* ha adottato due norme relative ai rapporti di credito aventi durata indeterminata. Si tratta, in particolare, di una norma che ha apportato profonde modifiche e che ha interessato, in modo trasversale, diversi rapporti contrattuali; tuttavia, prima che tali norme divenissero effettive, il richiamato *Credit Card Act* aveva già modificato il TILA e imposto una serie di nuovi requisiti da rispettarsi nella stipula dei rapporti di credito aperti (molte delle previsioni del *Credit Card Act* sono simili a quelle emanate dal *Federal Reserve Board* con la modifica al TILA, altre invece hanno imposto nuovi obblighi di *disclosure* non previsti dal *Federal Reserve Board*). Le previsioni del *Credit Card Act* sono divenute effettive in tre diversi momenti. In primo luogo, con atto del 20 agosto del 2009 che ha imposto ai creditori l'obbligo di aumentare il numero di notifiche che i consumatori devono ricevere prima che il tasso di interesse relativo alla carta di credito sia aumentato o comunque prima che una modifica significativa in relazione alle condizioni del contratto sia fatta, permettendo in tal modo ai consumatori di rifiutare tali incrementi e tali modifiche prima della loro effettiva adozione da parte delle banche. Il secondo momento di implementazione è avvenuto con atto del 22 febbraio del 2010 con il quale sono entrate in vigore le norme disciplinanti gli aumenti dei tassi di interesse e la regolamentazione del rilascio di carte di credito a favore di studenti. Da ultimo, il 22 aprile del 2010 sono entrate in vigore le previsioni relative all'introduzione dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità delle commissioni e della rivalutazione dei tassi di interesse. Nel 2009 la *Regulation Z* è stata modificata in conseguenza dell'entrata in vigore dell'*Higher Education Opportunity Act* (HEOA) che ha introdotto ulteriori obblighi di *disclosure* e di intervallo minimo di tempo che deve trascorre tra la comunicazione e l'implementazione della modifica comunicata. Nel 2009, l'*Helping Families Save Their Homes Act* ha modificato il TILA, introducendo un nuovo requisito relativo alla notifica a favore dei consumatori della cessione del contratto di mutuo: in particolare il cessionario deve fornire tale comunicazione al consumatore entro il termine di 30 giorni dalla cessione. Nel 2010, il *Federal Reserve Board* ha ulteriormente modificato la *Regulation Z* vietando tutte quelle commissioni basate su parametri diversi dall'importo finanziato.

⁵⁷⁹ 76 Fed. Reg. 79768.

⁵⁸⁰ Si richiede, ad esempio, l'indicazione del sito *web* del CFPB in luogo di quello del *Federal Reserve Board* nel contratto.

che l'istituto emittente la carta di credito può imporre al cliente nel corso del primo anno dall'apertura del conto corrente, fissando tale limite, a partire dal 28 marzo 2013, al 25% dell'ammontare del credito⁵⁸¹.

La disciplina richiamata, emanata dal *Federal Reserve Board*, prima, e dal CFPB, poi, è parsa di particolare interesse per il tema della presente indagine, in quanto si tratta di autorità che, pur nella innegabile differenza dei sistemi a confronto, rivestono un ruolo analogo a quello ricoperto dalla nostra Banca d'Italia.

5. Dalla proposta di introdurre l'obbligo di offrire mutui "di base" (i c.d. *plain vanilla mortgages*) all'effettiva previsione dei c.d. *qualified residential mortgages*

Particolare interesse riveste una proposta - benché sia rimasta tale - avanzata in sede di lavori preparatori al *Dodd-Frank Act*, la quale avrebbe imposto alle banche di offrire ai consumatori un tipo particolare di mutuo, che sarebbe stato introdotto *ex novo* proprio con il *Dodd-Frank Act*, denominato «*plain vanilla mortgage*», dove l'aggettivo «*plain*» può essere tradotto come "di base" o "semplice" in quanto con tali contratti le banche avrebbero offerto ai consumatori servizi predefiniti e limitati nei loro termini e condizioni. Il tentativo, in particolare, è stato quello di mettere a

⁵⁸¹ 78 Fed. Reg. 18795. Espressione degli ampi poteri riconosciuti al CFPB è anche il provvedimento del 3 maggio 2013 con cui l'agenzia ha modificato ulteriormente la disciplina di cui alla *Regulation Z*, eliminando l'obbligo per le banche di tenere in considerazione, prima del rilascio delle carte di credito, l'autonoma capacità di ripagare il credito (la c.d. *ability-to-repay*) per i maggiori di 21 anni e permettendo agli istituti emittenti le carte di credito di tenere in considerazione l'ammontare delle entrate e degli *assets* a disposizione di detti consumatori o che questi ultimi potevano ragionevolmente aspettarsi di beneficiare (il CFPB con tale modifica ha inteso apporre un correttivo alla c.d. previsione "*anti-housewife*", rendendo più facile per le casalinghe domestiche ottenere la carta di credito); l'anno successivo il CFPB ha emanato la c.d. *proposed rule*, volta ad estendere molte delle previsioni del *Credit Card Act* anche alla disciplina delle carte di credito prepagate.

disposizione dei consumatori contratti di mutuo dal tasso fisso e di durata trentennale (anche se, la possibilità di prevedere un tasso variabile non era esclusa del tutto)⁵⁸².

La proposta, come accennato, scontratasi con l'opposizione del Senato, è rimasta tale, essendo stata ad essa preferita una soluzione più facile, dal punto di vista politico: quella dei c.d. *qualified residential mortgages*, che le banche non sono obbligate ad offrire ai consumatori, ma fortemente incentivate a farlo in considerazione dei benefici che la legge riconosce ad esse per l'utilizzo di tale forma contrattuale (la c.d. *risk retention* che permette alle banche finanziatrici di trattenere il 5% su ogni contratto).

Più nello specifico, il *qualified residential mortgage* è una tipologia di contratto di mutuo più sicura sia per le banche sia per i consumatori, la cui caratteristica principale è la presunzione di *compliance* con il requisito della c.d. «*ability-to-repay*» che il *Dodd-Frank Act* ha ricondotto alla presenza all'interno di tali contratti di determinati termini e condizioni. I *qualified residential mortgages*, per permettere alle banche di beneficiare della richiamata presunzione, devono presentare, tra le altre, le seguenti caratteristiche⁵⁸³: l'assenza di ammortizzazione negativa, l'esclusione della forma «solo interessi»⁵⁸⁴, il divieto dei c.d. «*balloon payments*»⁵⁸⁵, le entrate e gli *assets* devono essere accuratamente documentati, la durata massima di 30

⁵⁸² B.K. SABEL, *Mortgage Lending Practice after the Dodd-Frank Act*, in *The Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, 2010, consultabile sul sito: <http://blogs.law.harvard.edu/corpgov/2010/11/16/mortgage-lending-practice-after-the-dodd-frank-act/>

⁵⁸³ Reg. Z § 1026.43(e)(2).

⁵⁸⁴ L'espressione inglese è «*interest-only loans*».

⁵⁸⁵ Reg. Z § 1026.43(f). Si tratta di un mutuo in cui le rate semestrali o annuali sono interamente costituite dal pagamento degli interessi passivi: il capitale, invece, viene successivamente restituito a scadenze più lunghe oppure tramite versamenti periodici d'importo variabile.

anni e le penali per il rimborso anticipato non possono eccedere i limiti regolamentari⁵⁸⁶.

A gennaio 2013, con efficacia a partire dal 10 gennaio 2014, il *Consumer Financial Protection Bureau* ha emanato ulteriori regole secondo cui è ora necessario altresì che i debiti mensili siano oggetto di verifica⁵⁸⁷ e che l'ammontare mensile totale del «*debt-to-come ratio*» non ecceda il 43%⁵⁸⁸.

Ai fini della presente indagine, tra le molteplici attribuzioni del CFPB, rileva soprattutto la sua funzione c.d. di “*rule-making*”, potendo esso, come precisato, utilizzare i poteri attribuitigli al fine di attuare e implementare, attraverso regolamenti, ordini e linee-guida, la disciplina federale vigente in materia di protezione finanziaria dei consumatori.

⁵⁸⁶ Reg. Z § 1026.43(g).

⁵⁸⁷ Reg. Z § 1026.43(e)(2)(v)(B).

⁵⁸⁸ Reg. Z § 1026.43 (e)(2)(vi).

NOTE CONCLUSIVE

Dalla ricostruzione dell'uso che la Banca d'Italia ha fatto dei poteri ad essa attribuiti, sotto la lente della generale finalità di trasparenza bancaria cui i poteri di determinazione del contenuto dei contratti bancari sono connessi, emergono le ricadute positive che tali attribuzioni possono avere sotto molteplici aspetti.

Se è vero che l'attribuzione, in capo ad un'Autorità amministrativa indipendente, del potere di incidere sul regolamento contrattuale, può senza dubbio far sorgere il timore di una possibile limitazione della concorrenza che, tra le banche, si esplica in termini sia di costo dei servizi sia di modalità di svolgimento dei medesimi: sotto questo profilo, infatti, è evidente come la standardizzazione dei contratti possa rappresentare un ostacolo al libero dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali tra gli intermediari; è altrettanto vero, però, tale "normativizzazione" contrattuale è in grado di influenzare il "gioco" della concorrenza in modo positivo, senza risultare in un ostacolo ad esso: un conto infatti è rendere "standard" alcuni servizi, un altro è impedire che non si possa fare ricorso a servizi diversi da quelli "standardizzati" in via amministrativa.

Il potere attribuito alla Banca d'Italia, infatti, consiste nella riconduzione del "nomen" al tipo e nella determinazione del contenuto minimo dei contratti bancari che la medesima Autorità decida di regolare, imponendo dunque che i contratti con un determinato "nomen" abbiano anche un determinato contenuto. Per di più, anche laddove si resti all'interno del "tipo" "normativizzato" in via autoritativa, è pur sempre fatta salva la possibilità di determinare il contenuto degli altri elementi negoziali, diversi da quelli minimi imposti dall'Autorità di vigilanza.

Paradigmatica al riguardo è la disciplina dettata dalla Banca d'Italia in relazione al contenuto del nuovo conto corrente «*di base*»: in questo caso l'Autorità ha creato *ex novo* un tipo contrattuale in precedenza inesistente nello scenario dei contratti bancari e imposto agli intermediari di offrirlo ai propri clienti a determinate condizioni contrattuali, indicando il contenuto minimo che tale tipo contrattuale deve presentare; tuttavia, proprio in quanto si tratta di un contenuto minimo, nulla impedisce agli intermediari di negoziare, nel libero esercizio dell'autonomia privata delle parti, l'ulteriore contenuto del tipo contrattuale in parola.

È chiaro allora che sarà proprio sul contenuto delle clausole diverse da quelle definite dall'Autorità di vigilanza che potrà esercitarsi la forza concorrenziale degli intermediari, risultando le esigenze di tutela della concorrenza per nulla minate.

Dall'analisi delle applicazioni pratiche la Banca d'Italia ha fatto dei poteri ad essa attribuiti, è emerso altresì come in essi sia racchiusa anche la facoltà per l'Autorità di spingersi fino al punto di "creare" nuovi tipi contrattuali di cui indicherà il contenuto minimo: il rinvio, ancora una volta, è al conto corrente «*di base*»; non sembra invece che siffatti poteri comprendano anche la facoltà per la Banca d'Italia di impedire che le banche creino tipi contrattuali diversi da quelli eventualmente creati da essa stessa. Al contrario, si ritiene che proprio l'immutata libertà degli intermediari di offrire contratti nuovi e diversi rispetto a quelli il cui contenuto è stato determinato in via autoritativa dalla Banca d'Italia possa valere come spinta ad innovare e diversificare i servizi offerti.

Il dato sistematico dell'inclusione della norma all'interno del Titolo VI è un prezioso indizio che induce a ritenere come la finalità perseguita dal legislatore non sia stata tanto quella di porre dei limiti all'autonomia

contrattuale delle parti, quanto piuttosto il tentativo di rendere il cliente edotto del contenuto del contratto che si accinge a stipulare⁵⁸⁹ e di garantire che dietro a determinati “*nomina*” non si celino contratti dal contenuto oscuro, in considerazione dell’assenza di forza contrattuale del cliente quale controparte necessariamente debole.

Un altro dato occorre considerare. Se si entra all’interno delle dinamiche e delle modalità con cui operano gli offerenti servizi bancari ci si rende conto di come l’obiettivo della standardizzazione contrattuale sia perseguito *in primis* proprio dalle stesse banche le quali, per ragioni di semplificazione degli uffici e di efficienza, tendono a “tipizzare” il più possibile il contenuto dei contratti bancari. A ben vedere, dunque, la standardizzazione non sembra costituire un ostacolo alla concorrenza dell’attività bancaria (e il dubbio sarebbe più che legittimo trattandosi pur sempre di imprese private), bensì, al contrario, può addirittura divenire un incentivo ad essa laddove favorisce la comparabilità da parte della clientela dei servizi offerti dai diversi operatori: è naturale infatti che la scelta ricadrà su quel servizio che, a parità di contenuto contrattuale, è offerto a condizioni economiche più favorevoli, oppure, nel confronto tra servizi “tipici” e “atipici”, su quello che, a parità di prezzo, fornisca prestazioni ulteriori.

La determinazione in via amministrativa del contenuto dei contratti bancari, allora, spiega indirettamente anche l’effetto di stimolare le banche a ricercare formule contrattuali nuove che si adattino il meglio possibile agli interessi della clientela, interessi che sono necessariamente mutevoli nel tempo, andando oltre o comunque non arrendendosi a quanto determinato dall’Autorità amministrativa: l’intervento della Banca d’Italia, quindi, è al

⁵⁸⁹ R. COSTI, *L’ordinamento del credito nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Il Testo Unico in materia bancaria e creditizia*, a cura di P.F. Censoni, Trieste, 1995, p. 19.

contempo tutela del cliente, favoreggiamento del libero gioco della concorrenza tra intermediari e occasione di innovazione dei prodotti offerti.

Non pare allora fondato il timore che la banca possa cambiare il nome al contratto e definirne liberamente il contenuto (se, invece, l'originaria denominazione fosse mantenuta, dovrebbe sottostare alle previsioni di contenuto eventualmente dettate dall'Autorità) in quanto, di per sé, il mutamento del *nomen* costituisce una chiara indicazione circa il fatto che si è al di fuori del contenuto contrattuale controllato in via preventiva dall'Autorità, tanto che, saggiamente, al riguardo in dottrina, pochi anni dopo l'introduzione con il t.u. banc. della disposizione in analisi, vi era chi suggeriva, come regola di "trasparenza", «di imporre alle imprese di indicare se il contratto sottoposto alla clientela rientri, o meno, tra quelli "conformati" dalla Banca d'Italia, ai sensi della norma in esame»⁵⁹⁰.

È ammesso allora attribuire un *nomen* diverso da quello "tipizzato" a contratti che abbiano un contenuto diverso da quello determinato dalla Banca d'Italia, ma non è legittimo invece utilizzare lo stesso *nomen* che l'Autorità ha ricondotto ad un determinato contenuto per qualificare contratti diversi che non presentino il contenuto minimo imposto dall'Autorità medesima: ad un *nomen* diverso deve corrispondere un contenuto diverso, rendendo di conseguenza "trasparente" il medesimo.

⁵⁹⁰ R. LENER, *op. ult. cit.*, p. 562, nt. 41.

BIBLIOGRAFIA

A

AA.VV., *Despecializzazione e nuova operatività degli enti creditizi*, a cura di F. Capriglione, Milano, 1992.

AA.VV., *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, *Quaderni di ricerca giuridica*, a cura della Consulenza legale della Banca d'Italia, n. 49, marzo 1999.

AA.VV., *US Consumer Mortgage Regulations: Overview*, da *Practical Law Finance*, Westlaw, 2016.

AGRESTI G., *Trasparenza delle condizioni contrattuali. Le norme sui contratti*, in *La nuova legge bancaria. Commentario*, a cura di P. Ferro Luzzi e F. Castaldi, III, Milano, 1996.

ALBANESE A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.

ALBANO M., *La raccolta del risparmio tra il pubblico e la riforma del diritto societario*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2005, I, p. 219 ss.

ALMINI F., *Il mercato finanziario per le piccole e medie imprese e il "diritto dei mercati regolamentati"*, Milano, 1995.

ALPA G., *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, 2003.

ALPA G., *Quando il segno diventa comando: la "trasparenza" dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 2, p. 465 ss.

ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002.

ALPA G., *La riformulazione delle condizioni generali dei contratti delle banche*, in *Contratti*, 1996, p. 5 ss.

ALPA G., *La «trasparenza» del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur. it.*, 1992, IV, p. 409 ss.

ALPA G., *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1977.

AMATO V., *Lavori preparatori della l. 13 gennaio 1994, n. 43, recante «Disciplina delle cambiali finanziarie»*, in *La raccolta non bancaria del risparmio*, a cura di G. Fauceglia, Torino, 1996.

ANTONIAZZI S., *L'unione bancaria europea: i nuovi compiti della BCE di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e il meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 3-4, p. 717 ss.

ANTONUCCI A., *Diritto delle banche*, Milano, 2009.

AZZARO A.M., *Diritto del «consumatore» e regolazione del mercato*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 237 ss.

B

BACH G.L., *Federal Reserve Policy Making*, New York, A.A. Knopf, Inc., 1950

BALDASSARRE A., *Commento sub art. 127*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³, a cura di F. Capriglione, Padova, 2012.

BALDINELLI C., *Commento sub art. 12*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, Padova, 1994.

BAR-GILL O., *Seduction by contract, Law, Economics, and Psychology in consumer markets*, Oxford University Press, 2012.

BARCELLONA P., *Sui controlli della libertà contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 580 ss.

BARGELLI E., *“Sinallagma rovesciato” e ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 87 ss.

BARKOW R.E., *Insulating Agencies: Avoiding Capture Through Institutional Design*, 89, *Tex. L. Rev.*, 2010 p. 15 ss.

BASSI A., *Disciplina delle cambiali finanziarie*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 82 ss.

BELLELLI A., *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Commentario degli artt. 1469-bis, 1469-quinquies*, a cura di G. Alpa e S. Patti, Milano, 1997.

- BENEDETTI G.**, *Tutela del consumatore ed autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, I, p. 17 ss.
- BETTI E.**, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960.
- BIANCA C.M.**, *Le autorità private*, Napoli, 1977.
- BOMPANI A., CATELANI E.**, *Project bond & commercial paper. Obbligazioni garantite, subordinate, partecipative e cambiali finanziarie alla ricerca di investitori qualificati*, Milano, 2012.
- BONELLI S.**, *Il credito fondiario, il credito edilizio e la legislazione edilizia del dopoguerra*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1950, I, p. 257 ss.
- BONFILIO A., MARICONDA V.**, *L'azione di nullità*, in *I contratti in generale*, a cura di G. Alpa e M. Bessone, IV, Torino, 1991.
- BONOFILIO P.**, *L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 1469-bis c.c.*, in *Nuova giur. civ.* 2003, I, p. 178 ss.
- BRECCIA U.**, voce *Indebito (ripetizione dell')*, *Enc giur.*, Roma, 1989, p. 1 ss.
- BRECCIA U.**, *Il pagamento dell'indebito*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, Torino, 1984.
- BRECCIA U.**, *La ripetizione dell' indebito*, Milano, 1974.
- BREGER M.J., EDLES G.J.**, *Independent Agencies in the United States: Law, Structure and Politics*, Oxford University Press, 2015.
- BRIOLINI F.**, *La nuova disciplina delle cambiali finanziarie*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013.
- BOBBIO N.**, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007.
- BRESCIA MORRA C., MORERA U.**, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, Napoli, 2006.

BRODI E., *Dal dovere di fa conoscere al dovere di far "comprendere": l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, p. 246 ss.

BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000.

BUONOCORE V., *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 26 ss.

BUONOCORE V., *Riflessioni in margine al nuovo Testo Unico in materia bancaria e creditizia*, in *Banca, impresa, soc.*, 1994, p. 171 ss.

C

CALLEGARI M., *Cambiale finanziaria* (voce), in *Dig. Online*, Torino, 2013.

CALOMIRIS C.W., **HIMMELBERG C.P.**, **WACHTEL P.**, *Commercial Paper, corporate finance, and the business cycle: a microeconomic perspective*, Carnegie-Rochester Conference Series on Public Policy, 1995, p. 203 ss.

CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale, III, Contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*⁴, a cura di M. Campobasso, Torino, 2008.

CARRESI F., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, e continuato da L. Mengoni, Milano, 1987.

CASSESE S., *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, 1996, p. 219 ss.

CAVALLI E., *Norme bancarie uniformi ed accordi interbancari* (voce), in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, X, Torino, 1994, p. 265 ss.

CAPOBIANCO E., **LONGOBUCCO F.**, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 1142 ss.

CAPOBIANCO E., *I contratti delle banche: trasparenza ed equilibrio dei rapporti con la clientela*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2002, II, p. 198 ss.

CAPOBIANCO E., *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000.

- CAPRARA U.**, *Le banche commerciali, aspetti formali di tipiche operazioni*, Milano, 1939.
- CARNELUTTI F.**, *Note sulla funzione del conto corrente*, in *Studi di diritto commerciale*, Roma, 1917.
- CARRIÈRE P.**, *I minibond e le “nuove” obbligazioni partecipative: problemi di inquadramento sistematico*, in *Società*, 2014, p. 183 ss.
- CARRIÈRE P., BASCELLI M.**, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: le nuove regole della Banca d'Italia*, in *Contratti*, 2009, p. 619 ss.
- CARRIERO A.M.**, *Commento sub art. 117*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³, a cura di F. Capriglione, Padova, 2012.
- CARRIERO A.M., CASTALDI G.**, *Il processo di formazione della disciplina*, in AA. VV., *La nuova legge bancaria. Commentario*, a cura di P. Ferro Luzzi, G. Castaldi, III, p. 1788 ss.
- CARRIERO G.**, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2007.
- CARRIERO G.**, *Trasparenza bancaria, credito al consumo e tutela del contraente debole*, in *Foro it.*, 1992, V, p. 354 ss.
- CASELLA M.**, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974.
- CASTELLANO G.**, *I titoli di massa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, I, p. 26 ss.
- CATERINO D.**, *Le cambiali finanziarie, tra anomalie genetiche e difficoltà sistematiche*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 1215 ss.
- CCH ATTORNEY-EDITOR STAFF**, *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act: Law, Explanation and Analysis*, Wolters Kluwer Law & Business, 2010.
- CERULLI IRELLI V.**, *La vigilanza “regolamentare”*, in *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, a cura di U. Morera e A. Nuzzo, Milano, 1996, I.

CHAN S., *Dodd Proposes Financial Protection Agency*, in *N.Y. Times*, Feb. 27, 2010, B6.

CHIOMENTI F., *Il titolo di credito. Fattispecie e disciplina*, Milano, 1978.

CHITI M.P., *The new banking union. The passage from banking supervision to banking resolution*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 2, p. 607 ss.

CIAMPI C.A., *Intervento dell'associazione bancaria italiana*, in *Banca d'Italia, Documenti*, n. 370, Roma, 1992, p. 2.

CIOCCA N., *Gli strumenti finanziari obbligazionari*, Milano, 2012.

CIMMINO V., *L'emissione di obbligazioni convertibili in azioni*, in *Società*, 2014, p. 393 ss.

CLARICH M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 21-22.

CLARICH M., *L'attività normativa della p.a. I poteri della Banca d'Italia*, in *Le fonti del diritto bancario*, a cura di A. Spina e G. Gimigliano, Milano, 2003, p. 57.

COSTI R., *L'ordinamento bancario*⁵, Bologna, 2012.

COSTI R., *L'ordinamento bancario*⁴, Bologna, 2007.

COSTI R., *L'ordinamento bancario*², Bologna, 1994

D

D'ADDA A., *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 529 ss.

D'AGOSTINO F., *Sanzione (teoria generale)* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1989, p. 322 ss.

D'AMBROSIO R., *Commento all'articolo 127*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, Padova, 1994.

D'AMBROSIO R., *Commento all'art. 128*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, Padova, 1994.

D'AMICO G., *Nullità non testuale* (voce), in *Enc. dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, p. 798 ss.

D'AMICO N., ENRIA A., *La riserva di raccolta del risparmio La nuova legge bancaria. Commentario*, a cura di P. Ferro Luzzi e F. Castaldi, I, Milano, 1996.

D'ANGELO P., *Trattato di tecnica bancaria*, II, Milano, 1917.

DE ANGELIS L., *Commento all'art. 117. Contratti (bancari)* in AA.VV., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, Milano, III, 2012, p. 1687 ss.

DE CHIARA A., *La Banca d'Italia*, in *Le Autorità Indipendenti. Una ricognizione tra problemi e prospettive di sistemazione*, in *Quaderni dell'Istituto di diritto pubblico*, Facoltà di Giurisprudenza, Univ. Degli Studi di Urbino, a cura di G. Clemente di San Luca, Torino, 2002.

DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *Contratti*, 2010, p. 1041 ss.

DE GIOVANNI B., *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958.

DESIDERIO G., *L'attività bancaria*, in *L'ordinamento finanziario italiano*, a cura di F. Capriglione, Padova, I, 2010.

DESIDERIO G., *L'attività bancaria (fattispecie ed evoluzione)*, Milano, 2004.

DE NOVA G., *La trasparenza bancaria: lex generalis o lex specialis?*, *Banking contracts and transparency regulation*, in *Bancaria*, 2014, 3, p. 59 ss.

DE NOVA G., *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011.

DE NOVA G., *La tipizzazione amministrativa dei titoli e dei contratti prevista dall'art. 117, comma 8 del Testo unico bancario*, in *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, *Quaderni di ricerca giuridica*, a cura della Consulenza legale della Banca d'Italia, n. 49, marzo 1999.

DE NOVA G., *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 1994, I, p. 395 ss.

DE NOVA G., *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, I, p. 705 ss.

G. DE NOVA, *Contratti bancari Doc, Contratti*, 1993, p. 525 ss.

DE NOVA G., *Il Contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 435 ss.

DE POLI M., *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002.

DESARIO V., *La tutela del consumatore: il ruolo dell'autoregolamentazione*, in *Bancaria*, 1996, 3, p. 2 ss.

DI MAJO A., *Libertà contrattuali e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 5 ss.

DOLMETTA A.A., *Identità del credito fondiario e «premio dell'irragionevolezza»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, p. 123 ss.

DOLMETTA A.A., *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013.

DOLMETTA A.A., *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia, in Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, a cura della Consulenza legale della Banca d'Italia, n. 49, marzo 1999.

DUNCAN L.A., *Defending a Wolf Clad As a Wolf: Formalism and Functionalism in Separation of Powers Suits against the Consumer Financial Protection Bureau*, 37, *Rev. Banking & Fin. Law*, 2014, p. 543 ss.

F

FALCONE G., *Commento sub art. 38*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina, V. Santoro, Milano, 2010.

FALCONE G., *Riflessioni sulla nozione di «finanziamento» negli artt. 38 ss. del decreto legislativo n. 385 del 1993: il credito fondiario come contratto*, in *Dir. fall.*, 1999, I, p. 659 ss.

FARINA V., *Brevi riflessioni sulla nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 842 ss.

- FAUCEGLIA G., BRENCIA P.**, *Commento sub art. 12*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di C. Costa, Torino, 2013.
- FAUCEGLIA G.**, *Commento sub art. 11*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di C. Costa, Torino, 2013.
- FAUCEGLIA G.**, *I contratti bancari*, *Trattato di diritto commerciale*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2005.
- FAUCEGLIA G.**, *Le obbligazioni emesse dalle banche*, Milano, 2000.
- FAUCEGLIA G.**, *La cambiale finanziaria tra le discipline del titolo di credito e del valore mobiliare*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, p. 624 SS.
- FAUCEGLIA G.**, *I certificati di investimento*, in *La raccolta non bancaria del risparmio*, a cura del medesimo, Torino, 1996, p. 175 ss.
- FAUCEGLIA G.**, *Prime riflessioni sui certificati di investimento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, I, p. 431 ss.
- FELDSTEIN M.**, *What Powers to the Federal Reserve?*, *Journal of Economic Literature*, 2010, p. 134 ss.
- FERRARA C.**, *Note in tema di vigilanza della Banca d'Italia e tutela del consumatore*, in *Foro Amm. - C.st.*, 7-8, 2003, p. 2458 ss.
- FERRI G.**, *I titoli di credito*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1965.
- FERRI G.B.**, *L'idea di programmazione e il sistema attuale*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica: atti della tavola rotonda tenuta a Macerata nei giorni 22-24 maggio 1970*, Milano, p. 33 ss..
- FERRO LUZZI P.**, *Introduzione*, in AA. VV. *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Torino, 2011.
- FERRO LUZZI P.**, *L'attività bancaria*, in *La nuova legge bancaria. Commentario*, a cura di P. Ferro Luzzi e G. Castaldi, I, Milano, 1996.
- FLORIDIA G.**, *Condizioni bancarie uniformi e tutela del consumatore*, in AA.VV., *La concorrenza bancaria*, Milano, 1985.

FOCARELLI D., TEDESCHI R., *Il ruolo della concorrenza nell'evoluzione delle politiche di raccolta delle banche italiane*, in *Banca d'Italia, Temi di discussione*, n. 189, 1993.

FORTUNATO S., *I contratti bancari: dalla trasparenza delle condizioni contrattuali alla disciplina delle clausole abusive*; in *Dir. banca merc. fin.*, 1996, I, p. 14 ss.

FRIGNANI A., *Le regole di concorrenza ed i contratti bancari: maggiori libertà o maggiori costrizioni*, in *Dir. banc.*, 2000, 1, p. 173 ss.

G

GABRIELLI E., *Contratto e contratti: scritti*, Torino, 2011.

GABRIELLI E., *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir., proc. civ.*, 2003, p. 1149 ss.

GABRIELLI G., *Controllo pubblico e norme bancarie uniformi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1977, I, p. 257 ss.

GAGGERO P., *A proposito della definizione del "cliente della banca"*, in *Econ. e dir. terz.*, 1996, p. 771 ss.

GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.

GENTILI A., *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contr.*, 2003, p. 203 ss.

GENTILI A., *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1998, II, p. 1123 ss.

GIORDANO U.M., *La trasparenza delle condizioni contrattuali nella nuova legge bancaria*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 1234 ss.

GIRINO E., *Nascono (o muoiono) i commercial papers*, in *I contratti*, 1994, p. 211 ss.

GITTI G., *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *L'autonomia privata e le Autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006, p. 91 ss.

GOLDENWEISER E.A., *Monetary Management*, New York, McGraw-Hill Book Co., Inc., 1949

GRAZIANI A., *Disciplina legislativa del fido bancario*, nota a Trib. Perugia, 16 aprile 1929, in *Foro it.*, 1939, I, p. 215 ss.

GRECO G., *Commento sub art. 127, Testo Unico Bancario. Commentario, addenda di aggiornamento ai d.lgs. 141/2010 e 218/2010*, a cura di M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina, V. Santoro, Milano, 2011.

GRECO G., *Commento sub art. 128-ter, Testo Unico Bancario. Commentario, addenda di aggiornamento ai d.lgs. 141/2010 e 218/2010*, a cura di M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina, V. Santoro, Milano, 2011.

GUARRACINO F., *L'adozione degli atti di regolazione delle autorità del mercato bancario, finanziario, assicurativo e previdenziale*, in scritti in onore di F. Capriglione, a cura di G. Alpa, S. Amorosino, A. Antonucci, G. Conte, M. Pellegrini, M. Sepe, V. Troiano, Padova, 2010, I, p. 237 ss.

GUERINONI E., *I contratti del consumatore. Principi e regole*, Torino, 2011.

GUERRINI L., *Risoluzione per inadempimento e restituzione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009.

GUIZZI G., *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, p. 67 ss.

I

IRTI N., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 1 ss.

IRTI N., *Notazioni esegetiche sulla vendita a domicilio di valori mobiliari*, in *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Milano, 1986, p. 103 ss.

IRTI N., *La perfezione degli atti giuridici e il concetto di onere*, in *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, p. 109 ss.

K

KEMMERER E.W., KEMMERER D.L., *The ABC of the Federal Reserve System*¹², New York, 1950.

KENNEDY L.J., MCCOY P.A., BERNSTEIN E., *The Consumer Financial Protection Bureau: Financial Regulation for the Twenty-First Century*, *Cornell L. Rev.*, 97, 2012, p. 1141 ss.

KENNEDY L.J., MCCOY P.A., BERNSTEIN E., *Recent Legislation: Dodd-Frank Act Creates the Consumer Financial Protection Bureau*, *Harv. L. Rev.*, 124, 2011, p. 2123 ss.

L

LEAUTE L., *Les contracts-types*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1953, p. 429 ss.

LENER R., *La raccolta bancaria del risparmio attraverso certificati di deposito, in Società, banca e crisi d'impresa*, *Liber amicorum Pietro Abbadessa*, Torino, 2014.

LENER R., *Gli strumenti finanziari*, in *Diritto del mercato finanziario. Saggi*, a cura di R. Lener, Torino, 2011.

LENER R., *Il controllo amministrativo sulla correttezza dei comportamenti degli intermediari nei rapporti con la clientela*, in *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, *Quaderni di ricerca giuridica*, a cura della Consulenza legale della Banca d'Italia, n. 49, marzo 1999.

LENER R., *Il controllo amministrativo sulla correttezza dei comportamenti degli intermediari nei rapporti contrattuali con la clientela*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1997, I, p. 544 ss.

LENER R., *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel meato finanziario*, Milano, 1996.

LEYSHON A., THRIFT N., *Geographies of financial exclusion: financial abandonment in Britain and the United States*, in *Transactions of the Institute of British Geographers*, Vol. 20, n. 3, 1995, p. 312 ss.

LIBERTINI M., *Le misure cautelari amministrative nella disciplina antitrust*, in *Riv. dir. ind.*, 2008, p. 5 ss.

M

MACELLO M., *Problematiche in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *La nuova legge bancaria. Prime riflessioni sul testo unico in materia bancaria e creditizia*, a cura di M. Rispoli Farina, Napoli, 1995.

MAISANO A., *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie. La difficile transizione del diritto delle banche al diritto bancario*, Milano, 1993.

MARCHETTI P.G., *Le obbligazioni nel testo unico delle leggi bancarie e creditizie*, in *Banc. borsa tit. cred.*, 1994, I, p. 485 ss.

MARTORANO F., *Profili cartolari delle cambiali finanziarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, I, p. 129 ss.

MARTORANO F., *Titoli di credito. Titoli non dematerializzati*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, fondato e già diretto da A. Cicu, F. Messineo, continuato da L. Mengoni, ora diretto da P. Schlesinger, Milano, 1994.

MARTORANO F., *Trasparenza e parità di trattamento nelle operazioni bancarie*, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, I, p. 697 ss.

MASI P., *Cambiale finanziaria (voce)*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1995, p. 1 ss.

MASI P., *Spunti di riflessione sui problemi "nuovi" dei titoli di credito*, in *Studium iuris*, 1995, p. 13 ss.

MASI P., *Primo approccio alle cambiali finanziarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, I, p. 583 ss.

MAUGERI M.R., *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Catania, 2003.

MAZZAMUTO S., *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 37 ss.

MAZZONI C. M., *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Napoli, 1975.

MELI V., *Il conto corrente di base tra inclusione finanziaria e controllo della circolazione della ricchezza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2014, p. 56 ss.

MELTZER A.H., *A history of the Federal Reserve*, vol. 1: 1913-1951, 4, 2003.

- MERUSI F.**, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *Dir. econ.*, 2003, p. 585 ss.
- MERUSI F.**, *Problemi pubblicistici della legislazione bancaria*, in *L'ordinamento del credito fra due crisi*, a cura di P. Vitale, Bologna, 1977.
- MESSINEO F.**, *Il comodato bancario (prestito di titoli al portatore)*, in *Operazioni di banca e borsa*³, Milano, 1966.
- MEZZACAPO V.**, *Commenti sub art. 32 l.b.*, in *Codice commentato della banca*, a cura di F. Capriglione e V. Mezzacapo, Milano, 1990, I.
- MINERVINI E.**, *La trasparenza contrattuale*, in *Contratti*, 2011, p. 977 ss.
- MINERVINI E.**, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 94 ss.
- MINTO A., URBANI A.**, *I titoli all'ordine. Artt. 2008-2020³*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato e diretto da P. Schlesinger, continuato da F. D. Busnelli, Milano, 2014.
- MIOLA M.**, *Gli strumenti finanziari nella società per azioni e la raccolta del risparmio tra il pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, p. 433 ss.
- MIRONE A.**, *La trasparenza bancaria*, Padova, 2012.
- MIRONE A.**, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 557 ss.
- MIRONE A.**, *Le "fonti private" del diritto bancario: trasparenza, concorrenza e autonomia privata nella (nuova) regolazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, p. 264 ss.
- MOLLE G.**, *Considerazioni sulle norme bancarie uniformi*, in *Bancaria*, 1979, p. 236 ss.
- MONTANARO E.**, *La disciplina dei saggi bancari*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 1662 ss.
- MORERA U.**, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, p. 163 ss.

MORERA U., *Sulla nozione di "cliente della banca"*, in *Vita not.*, 1995, p. 590 ss.

MOSCATI E., *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 435 ss.

MOSCATI E., *Pagamento dell'indebito*, (sintesi di informazione), in *Riv. dir. civ.*, 1985, II, p. 211 ss.

MOSCATI E., in L. Aru, E. Moscati, P. D'Onofrio, *Delle obbligazioni*, Artt. 2028 - 2042 c.c., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 225 ss.

MOSCATI E., *Indebito soggettivo e attuazione del Rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 72 ss.

MOSCATI E., *Il pagamento dell'indebito*, Milano, 1973.

MOSCATI E., *Indebito (pagamento dell')* (voce), in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 83 ss.

MOTTI C., *Commento sub art. 10*, in *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Belli, G. Contento, A. Patroni Griffi, M. Porzio, V. Santoro, Bologna, 2003.

MURÉ G., *Credito edilizio* (voce), in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 293 ss.

MURÉ G., *Credito fondiario* (voce), in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 295 ss.

N

NERVI A., *Autorità amministrative e potere autoregolamentare nella predisposizione dei contratti. Riflessioni sull'art. 117, 8 co., T.U. banc.*, in *Banca e finanza tra imprese e consumatori*, a cura di A. Guaccero e A. Urbani, Bologna, 1999, p. 240.

NICOLUSSI A., *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano, 1998.

NIGRO A., *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla "consulenza" nell'erogazione del credito?*, in *Atti del Convegno (San Miniato, 22-23 ottobre 2010) "Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?"*, Torino, 2010.

NIGRO A., *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie e contenuto delle condizioni contrattuali: note esegetiche*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1998, I, p. 511 ss.

NIGRO A., *La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1993, I, p. 571 ss.

NIGRO A., *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1992, I, p. 422 ss.

NIGRO A., *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, in *Giur. comm.*, 1978, I, p. 219 ss.

NIUTTA A., *Prodotti, strumenti finanziari e valori mobiliari nel T.U.F. aggiornato in base alla MIFID (con il d.lgs. n. 164/2007)*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, p. 807 ss.

O

ONZA M., SALAMONE L., *Prodotti, strumenti finanziari, valori mobiliari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, p. 567 ss.

ORLANDI M., *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 278 ss.

P

PANETTA F., *Crescita economica e finanziamento delle imprese*, Intervento al Convegno dell'Associazione Italiana degli Analisti e Consulenti Finanziari «L'Italia fuori dalla crisi nel 2015?», del 27 gennaio 2015.

PAPPALARDO A., *Commento sub art. 144*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di C. Costa, Torino, 2013, p. 1735 ss.

PARDOLESI R., *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.*, V, 1994, p. 137 ss.

PASSAGNOLI G., *Nullità speciali*, Milano, 1995.

PASSALACQUA M., *sub art. 128-ter*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³, a cura di F. Capriglione, Padova, 2012.

PELLIZZI G.L., *Principi di diritto cartolare*, Bologna, 1967.

PERLINGIERI P., *Incidenza della programmazione sulle situazioni soggettive del privato*, ora in ID, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 39 ss

PERRONE A., *Gli obblighi di informazione nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, p. 372 ss.

PORTOLANO A., *Commento sub art. 128-ter*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di C. Costa, Torino, 2013, p. 1541 ss.

PORTOLANO A., *Commento sub art. 127*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di C. Costa, Torino, 2013, p. 1495 ss.

PORTOLANO A., *Commento sub art. 25-bis*, in *Il Testo unico della finanza*, a cura di M. Fratini e G. Gasparri, Torino, 2012, I, p. 447 ss.

PORZIO M., *Commento sub art. 12*, in *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Belli, G. Contento, A. Patroni Griffi, M. Porzio, V. Santoro, Bologna, 2003.

PORZIO M., *Note introduttive*, *Commentario alla legge 17 febbraio 1992, n. 154*, a cura di M. Porzio, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993.

PORZIO M., *Il controllo amministrativo sulle condizioni dei contratti bancari*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, I, p. 141 ss.

PORZIO M., *L'anticipazione bancaria*, Napoli, 1964.

PRESTIPINO M., *Raccolta del risparmio tra il pubblico mascherata da servizio di pagamento*, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 428 ss.

PROCHNOW H.V., *American Financial Institutions*, fornito dalla Arthur W. Diamond Lae Library, Columbia University, 1950.

PUGLIESE S., *L'unione bancaria europea tra esigenze di coerenza interna e risposte alle sfide globali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2014, 4, p. 831 ss.

Q

QUADRI E., *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 90 ss.

QUADRI E., *Intervento*, in *Trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto*, a cura di A. Marini e C. Stolfi, Napoli, 1992.

QUADRI R., *Nullità e tutela del «contraente debole»*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1143 ss.

R

RABITTI G.L., *Valore mobiliare ed investment contract*, in *Contr. e impr.*, 1992, p. 107 ss.

RAZZANTE R., *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, a cura di G. Liace e R. Razzante, XII, Torino, 2005.

RESCIGNO P., *Trasparenza bancaria e diritto comune dei contratti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, I, p. 297 ss.

RESCIGNO P., *La ripetizione dell'indebito (voce)*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino 1968.

REZZARA J., *Dell'apertura di credito in conto corrente*, Torino, 1926.

RODOTÀ S., *Tipologia della programmazione*, in *Aspetti privati della programmazione economica: atti della tavola rotonda tenuta a Macerata nei giorni 22-24 maggio 1970*, Milano, p. 57 ss.

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

ROPPO E., *I poteri del giudice ex art. 1421 c.c. e la nullità parziale del contratto*, in *Foro pad.*, 1971, I, p. 1099.

ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato²*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011.

ROPPO V., *Il contratto e le fonti del diritto*, *Contr. e impr.*, 2001, p. 1083 ss.

ROPPO V., *Crisi d'impresa e responsabilità civile della banca*, in *Fall.*, 1996, p. 875 ss.

ROPPO V., *Contratti standard*, Milano, 1975.

ROVELLI L., *La genesi e i contenuti qualificanti della riforma*, in *Le nuove s.p.a.*, trattato diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, I, Bologna, 2015, p. 1 ss.

RUFINI D., *Banche (trasparenza delle condizioni contrattuali)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., Agg., Torino, 2000, p. 87 ss.

S

SACCO R., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, II, Torino, 1993.

SACCO R., *Il Contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VI, 2, Torino, 1975.

SALANITRO N., *Titoli di credito e strumenti finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, p. 1 ss.

SALANITRO N., *Strumenti di investimento finanziario e sistemi di tutela dei risparmiatori*, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, p. 283 ss.

SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989.

SARTI D., *Presupposti e poteri di intervento antitrust sulle concentrazioni bancarie nazionali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, II, p. 483 ss.

SCHLESINGER P., *Problemi relativi alla c.d. «trasparenza bancaria»*, in *Corr. giur.*, 1989, p. 230 ss.

SFAMENI P., *Profili cartolari e societari della nuova disciplina della cambiale finanziaria*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 1235 ss.

SICCHIERO G., *La risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1459*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e diretto da P. Schlesinger, continuato da F. D. Busnelli, Milano, 2007.

SILVETTI C., *I contratti bancari – Parte generale*, in V. Calandra Buonauro, M. Perassi, C. Silveti, *La banca: l'impresa e i contratti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Padova, 2001.

SOMMA A., *Autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 597 ss.

SOURIOUX J.L., *Recherches sur le rôle de la formule notariale dans le droit positif*, Parigi, 1967, p. 18 ss.

SPADA P., *La circolazione della «ricchezza assente» alla fine del millennio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, I, p. 406 ss.

SPADA P., *Cambiale finanziaria* (voce), in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, p. 84.

SPADA P., *Dai titoli cambiari ai valor mobiliari (suggerimenti della "leggina" sulle cambiali finanziarie)*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1995, p. 500 ss.

SPAGNUOLO D., *La cambiale finanziaria tra forma cartolare e funzione finanziaria*, Torino, 2012.

SPAGNUOLO D., *L'esperienza delle commercial papers negli Stati Uniti ed in Europa – Profili di disciplina generale*, in *La raccolta non bancaria del risparmio*, a cura di G. Fauceglia, Torino, 1996.

STAGNO D'ALCONTRES A., *Tipicità ed atipicità nei titoli di credito*, Milano, 1992.

STAMMATI S., *Brevi riflessioni sulla disciplina del rapporto fra le autorità creditizie nel Titolo I del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 e sulla distribuzione fra le medesime del potere regolamentare*, in AA. VV., *La nuova legge bancaria*, a cura di M. Rispoli Farina, Napoli, 1995.

T

TAYLOR M., *Central Bank Independence: the Policy Background*, in *Blackstone's guide to the Bank of England Act 1998*, 1998.

TIDU A., *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari* (voce), in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994.

TOMMASINI R., *Nullità, (diritto privato)* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1978, p. 888.

TOWNS E. (U.S. REP.), *On the Dodd-Frank Act*, in 1 *Harv. Bus. L. Rev.*, VII, 2011.

TROIANO V., *Commento sub art. 11*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³, Padova, 2012.

TROIANO V., *Commento sub art. 11*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 1994.

TROIANO V., *Le polizze di credito commerciale*, Bari, 1994.

TRON A., CAPUTO A., *Le novità sull'emissione di titoli a breve e medio/lungo termine per le Pmi*, in *Fisco*, 2012, 40, p. 6408 ss.

TUCCI G., *Verso la tipizzazione dei contratti bancari*, in *Contratti*, 1995, p. 325 ss.

U

UBERTAZZI L.C., *Ancora su Norme Bancarie Uniformi e diritto antitrust, in Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela, Quaderni di ricerca giuridica*, a cura della Consulenza legale della Banca d'Italia, n. 49, marzo 1999.

UBERTAZZI L.C., *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, a cura di A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L.C. Ubertazzi, II, Bologna, 1993.

UBERTAZZI L.C., *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, Milano, 1986.

URBANI A., *La "trasparenza" nello svolgimento dell'attività*, in *Manuale di diritto bancario e finanziario*, a cura di F. Capriglione, Padova, 2015, p. 505 ss.

URBANI A., *La cambiale finanziaria. Commento alla legge 13 gennaio 1994, n. 43*, in *Commentario breve al diritto delle cambiali, degli assegni e di altri strumenti di credito e mezzi di pagamento*⁵, a cura di L. Salamone, P. Spada, Padova, 2014, p. 303 ss.

URBANI A., *Le cambiali finanziarie nelle dinamiche del mercato*, Padova, 2013.

URBANI A., *Attività bancaria, finanziaria e d'investimento: caratteri, contenuti e tecniche di prevenzione degli abusi*, in *Diritto delle Banche, degli Intermediari finanziari e dei Mercati*, a cura di F. Capriglione, Bari, 2003.

V

VALENTINO P., *Commento sub art. 115*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, Padova, 1994, p. 580 ss.

VERDE G., *Autorità amministrative indipendenti e controllo giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 4, p. 739 ss.

VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss.

VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993.

VILAFRANCO J.E., MCPARLAND K.A., *What You Need To Know About the Consumer Financial Protection Bureau*, 10-2 Antitrust Source I (ABA Dec. 2010).

VISCUSI A., *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2004.

W

WARREN E., *Unsafe at Any Rate*, in *Democracy Journal*, Summer 2007.

WARREN E., BAR-GILL O., *Making Credit Safer*, *U. PA. L. Rev.*, I, 2008, p. 157 ss.

WELLS D.R., *The Federal Reserve System: A History*, 2004.

Z

ZOPPINI A., *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, p. 26 ss.

GIURISPRUDENZA

Cass., 17 dicembre 1951, n. 2836, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1952, II, p. 367 ss., con nota di A. DE MARTINI, *Condizioni generali di contratto imposte o approvate dall'autorità e disciplina delle clausole vessatorie nei contratti per adesione*.

Cass., 6 maggio 1977, n. 1724, in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 1094.

Trib. Roma, 2 febbraio 1989, in *Temi rom.*, 1989, I, p. 80, con nota di C.M. TARDIVO, *Sorte dei mutui fondiari illegittimamente concessi*.

App. Roma, 11 novembre 1991, in *Risp.*, 1996, p. 1023, con nota di A. PETRAGLIA, *Riflessioni in materia di credito fondiario*.

Cass., Sez. Un., 13 ottobre 1994, n. 8355, in *Gius.*, 1994, p. 99.

Cass., 1 settembre 1995, n. 9219, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, p. 243, con nota di C.M. TARDIVO, *Inderogabilità delle norme attinenti alla percentuale di concessione del finanziamento*.

Trib. Milano, d. 16 ottobre 1995, in *Fall.*, 1996, p. 485, con nota di A. PETRAGLIA, *Crediti Fondiarie nuovo testo unico in materia bancaria e finanziaria*.

Trib. Roma, 9 aprile 2000, in *Dir. fall.*, 2003, II, p. 116, con nota di R. TRINCHIERI, *In tema di risoluzione dell'art. 38, comma 2, t.u. bancario*.

Trib. Cagliari, 15 maggio 2012, in *www.ilcaso.it*.

Cass., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 9, p. 1088 ss., in *Vita Not.* 2013, 1, p. 209 ss. e in *Rass. dir. civ.*, 2014, 2, p. 563 ss.

Trib. Cagliari, 4 aprile 2013, in *www.ilcaso.it*.

Trib. Lodi, 24 aprile 2013, in *www.ilcaso.it*.

Trib. Padova, 5 giugno 2013, in *Giur. merito*, 2004, p. 925.

Cass., 28 novembre 2013, n. 26672, in *Corr. giur.*, 2014, p. 936 ss., con nota di M. MARTINO, *Sulla sorte del mutuo fondiario che viola i limiti di finanziabilità: un recente, criticabile arresto della Cassazione*.

Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243, in *Foro it.*, 2015, I, p. 909 ss., con nota di M. Adorno, e *ibid.* p. 931 ss., con nota di S. Menchini, e in *Giur. it.*, 2015, I, p. 71 ss. con nota di I. Pagni e *ibid.* p. 1387 ss. con nota di M. Bove.