

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BERGAMO

Scuola di Alta Formazione Dottorale

Dottorato di ricerca in Economia e Diritto dell'Impresa

(Business and Law)

Ciclo XXXV

**Il rapporto tra banca e cliente tra tutela del risparmio, fiducia e
responsabilità civile alla luce del processo di disintermediazione**

Relatore:

Chiar.mo Prof. Roberto Pucella

Tesi di Laurea Magistrale

Marco CHIRONI

Matricola n. 1068688

ANNO ACCADEMICO 2021/2022

INDICE

Introduzione	4
CAPITOLO I – L’EVOLUZIONE DELLA TUTELA NEL RAPPORTO TRA BANCA E CLIENTE NEL PROCESSO DI DECODIFICAZIONE	5
I. Evoluzione storica del ruolo della Banca nella società	5
I.1 I primi passi dei soggetti bancari: dal Regno d’Italia al 1926	6
I.2 L’età della fanciullezza: dal 1926 alla legge bancaria del 1936-38	9
I.3 Il raggiungimento della maturità. La legge bancaria 1936-38	11
I.4 Il timido approdo nel codice civile del 1942 e l’affermazione decisa all’interno della Costituzione	15
I.5 Verso l’età adulta. Le modifiche dei primi anni Ottanta	19
I.5.1 (<i>segue</i>) La disciplina dell’attività finanziaria non bancaria	21
I.5.2. (<i>segue</i>) Cenni sul mercato mobiliare	22
I.5.3. (<i>segue</i>) Cenni sui confini con il diritto delle assicurazioni	22
II. La regolamentazione bancaria diviene adulta. L’entrata in scena del Testo Unico Bancario	24
III. La positivizzazione della “Trasparenza bancaria”	27
III.1 (<i>segue</i>) La trasparenza nella disciplina dei servizi di pagamento	37
IV. La frammentarietà delle discipline bancarie	40
V. La tutela del cliente nell’intermediazione finanziaria	45
VI. Prove di riequilibrio del rapporto contrattuale. L’informazione e la trasparenza come beni giuridici	65
VI.1 Informazione ed educazione finanziaria	72
VII. Relazione fiduciaria e agire funzionale quali correttivi ai fallimenti del mercato	74
VIII. Necessità di coordinamento nella disciplina	90
CAPITOLO II – LE FUNZIONI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE TRA LACUNE E CONTRADDIZIONI DELLA DISCIPLINA BANCARIA	93
PREMESSA	93
I. Le origini dei <i>punitive damages</i> ed il loro sviluppo nell’esperienza nordamericana	94
II. Il riconoscimento della polifunzionalità della responsabilità civile da parte	

delle Sezioni Unite	98
III. L'informazione precontrattuale come bene giuridico	108
IV. La sanzione del tasso sostitutivo	112
IV.1 Il formalismo tra normativa generale e speciale	112
IV.2 Il tasso sostitutivo nel T.u.b.	114
IV.3 Il contenuto del contratto nella disciplina del credito al consumo	117
IV.4 La differenza tra ISC e TAEG	122
V. Le polizze assicurative abbinate ai finanziamenti	125
VI. Il diritto soggettivo all'accesso alla documentazione bancaria	135
VI.1 L'art. 119 T.u.b. quale strumento di tutela del cliente	135
VI.2 Il rapporto tra istanza ex art. 119 T.u.b. e domanda ex art. 210 c.p.c.	140
VI.3 Sulla legittimazione attiva	143
VI.3.1 (<i>segue</i>) Del curatore	143
VI.3.2 (<i>segue</i>) Del fideiussore	144
VI.4 Sul limite temporale	145
VI.5 L'onere probatorio nelle azioni di ripetizione dell'indebito	151
VII. I mutui indicizzati al Franco Svizzero	156
VIII. Il ruolo della responsabilità civile	159
VIII.1 La valutazione del merito creditizio	159
VIII.2 Le funzioni della responsabilità civile all'interno di un sistema complesso	167
CAPITOLO III – FINTECH E PROCESSO DI DISINTERMEDIAZIONE: QUALI RISCHI	
PER IL CLIENTE	179
Premessa	179
PARTE PRIMA – LA DIFFUSIONE DEL FINTECH NEI SERVIZI BANCARI E FINANZIARI	182
I. <i>Smart contract</i> e DLT: un binomio vincenti	182
I.1 Normativa su DLT e blockchain	186
II. Il “Fintech”	187
III. La criptovaluta tra servizio di pagamento e prodotto finanziario	190
III.1 Le valute virtuali in ambito finanziario	196
IV. Forme di finanziamento	200
IV.1 Equity crowdfunding	200

IV.2 Crowdlending	204
IV.3 Initial Coin Offering	205
V. La valutazione algoritmica del merito creditizio	207
VI. I servizi di pagamento	208
VI.1 La direttiva PSD II	209
VII. Robo advice e consulenza automatizzata	218
PARTE SECONDA – VIII. ANALISI SISTEMATICA DELLA LETTERATURA SUL	
FINTECH	220
VIII.1 Premessa	220
VIII.2 Obiettivo	220
VIII.3 Raccolta dati	220
VIII.4 Metodologia	221
VIII.5 Risultati	222
PARTE TERZA – LA TUTELA DEL CLIENTE NEL FINTECH	234
IX. Trasparenza nell’IA applicata al Fintech	234
X. La non applicabilità del Titolo VI T.u.b. e il ritorno al codice civile	238
XI. Aspetti critici della valutazione algoritmica del merito creditizio	244
XII. La tutela del cliente negli investimenti finanziari digitali	246
XIII. Le responsabilità del robo – advisor	249
XIV. La tutela del cliente nella circolazione della criptovaluta	251
XIV.1 (<i>segue</i>) e degli Nft	261
XV. Natura e profili di responsabilità	261
XVI. Sintesi finale dei risultati raggiunti	264
BIBLIOGRAFIA	266
INDICE DELLE PRONUNCE	288

INTRODUZIONE

La funzione e il ruolo ricoperti dai soggetti - pubblici e privati - operanti nel settore del “risparmio” e, in particolare, nell’attività dapprima solo bancaria e poi anche finanziaria, sono strettamente correlati alle evoluzioni sociali, economiche e giuridiche che hanno interessato, nel corso dei decenni, il nostro ordinamento.

Le attività afferenti al concetto di “risparmio”, così come poi identificato all’interno della Carta Costituzionale, sono state e sono oggetto di una profonda evoluzione, avviata sin dalla nascita del Regno d’Italia.

Nell’epoca più recente, i rapporti internazionali, specie quelli comunitari/europei, hanno influenzato in modo significativo le dinamiche interne del concetto di risparmio che, si anticipa sin d’ora, si è maggiormente declinato nella forma di investimento. Contestualmente, si è avviato un processo che ha eroso i confini tra attività bancaria, finanziaria e assicurativa. Da qui, la necessità di ricondurre a sistema e, possibilmente, a trattazione unitaria, questi settori afferenti al concetto di “risparmio”, *lato sensu* inteso.

Il processo di introduzione di norme di tutela diretta in favore dei clienti, avviato negli anni Novanta, non ha rappresentato un punto di arrivo risolutivo e non ha evitato forti crisi del settore, con grave nocumento non solo per i risparmiatori ma per tutto il mercato. L’imposizione di misure di trasparenza e di obblighi informativi, sin dalla pubblicizzazione dei prodotti e dei servizi e, dettagliatamente, nella fase precontrattuale, non ha impedito l’accadimento di eventi che hanno sensibilmente intaccato il livello di fiducia tra banca-intermediario e cliente. La proliferazione normativa risulta spesso contraddittoria, lacunosa e non sistematica, come sarà dimostrato mediante l’esame di specifiche previsioni contenute nel T.u.b.

Preso atto della fallacità delle teorie meramente informative e in virtù degli ultimi interventi del legislatore, specie unionale, occorre soffermarsi sul ruolo fiduciario assunto dagli istituti bancari (da intendersi anche i soggetti finanziari) e sul loro agire funzionalmente nell’interesse dei clienti e dell’integrità dei mercati. Solo in tal modo è possibile tutelare e incoraggiare il risparmio.

Al fine di garantire effettività alle norme di tutela, ruolo primario deve essere riconosciuto alla responsabilità civile, nell’ottica della sua polifunzionalità, ora come meccanismo di deterrenza e di punizione, ora come strumento restitutorio.

Del resto, le note vicende degli ultimi anni hanno alimentato un processo di disintermediazione e di pluralizzazione soggettiva, legato altresì indissolubilmente alle nuove frontiere digitali e tecnologiche. L’affermazione del *Fintech* pone una serie di

problematicità in termini di qualificazione giuridica delle fattispecie, della disciplina applicabile e dei meccanismi di vigilanza. Il lavoro di ricerca, dopo aver operato una revisione sistematica della letteratura esistente, evidenzierà la necessità di procedere ad una regolamentazione del fenomeno Fintech, al fine di garantire adeguata tutela al cliente. In assenza di una espressa regolamentazione, lo studio propone l'applicazione delle regole civilistiche e della normativa di settore per i meccanismi di tutela a disposizione del cliente nei confronti non solo dei soggetti tradizionalmente bancari ma anche dei nuovi operatori digitali.

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE DELLA TUTELA NEL RAPPORTO TRA BANCA E CLIENTE NEL PROCESSO DI DECODIFICAZIONE

SOMMARIO: I. EVOLUZIONE STORICA DEL RUOLO DELLA BANCA NELLA SOCIETÀ. I.1 I PRIMI PASSI DEI SOGGETTI BANCARI: DAL REGNO D'ITALIA AL 1926. I.2. L'ETÀ DELLA FANCIULLEZZA: DAL 1926 ALLA LEGGE BANCARIA DEL 1936-38. I.3. IL RAGGIUNGIMENTO DELLA MATURITÀ. LA LEGGE BANCARIA 1936-38. I.4. IL TIMIDO APPRODO NEL CODICE CIVILE DEL 1942 E L'AFFERMAZIONE DECISA ALL'INTERNO DELLA COSTITUZIONE. I.5. VERSO L'ETÀ ADULTA. LE MODIFICHE DEI PRIMI ANNI OTTANTA. I.5.1 (SEGUE) LA DISCIPLINA DELL'ATTIVITÀ FINANZIARIA NON BANCARIA. I.5.2 (SEGUE) CENNI SUL MERCATO MOBILIARE. I.5.3 (SEGUE) CENNI SUI CONFINI CON IL DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI.

II. LA REGOLAMENTAZIONE BANCARIA DIVIENE ADULTA. L'ENTRATA IN SCENA DEL TESTO UNICO BANCARIO

III. LA POSITIVIZZAZIONE DELLA "TRASPARENZA BANCARIA". III.1 (SEGUE) LA TRASPARENZA NELLA DISCIPLINA DEI SERVIZI DI PAGAMENTO

IV. LA FRAMMENTARIETÀ DELLE DISCIPLINE BANCARIE.

V. LA TUTELA DEL CLIENTE NELL'INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA.

VI. PROVE DI RIEQUILIBRIO DEL RAPPORTO CONTRATTUALE. L'INFORMAZIONE E LA TRASPARENZA COME BENI GIURIDICI. VI.1. INFORMAZIONE ED EDUCAZIONE FINANZIARIA.

VII. RELAZIONE FIDUCIARIA E AGIRE FUNZIONALE QUALI CORRETTIVI AI FALLIMENTI DEL MERCATO

VIII. NECESSITÀ DI COORDINAMENTO NELLA DISCIPLINA.

I. EVOLUZIONE STORICA DEL RUOLO DELLA BANCA NELLA SOCIETÀ.

Tradizionalmente il diritto bancario è ricondotto all'attività delle banche di raccolta di risparmio e di erogazione del credito. Tale nozione, utilizzata ancor oggi per definire

l'attività bancaria, non può più essere considerata esaustiva di quanto concretamente compiono le banche e, in generale, i soggetti responsabili della tutela del risparmio.

Nel corso dei decenni, infatti, l'attività bancaria ha assunto contenuti radicalmente diversi¹ e ha convissuto con l'emanazione di diverse leggi speciali.

L'ordinamento del sistema bancario italiano è oggi caratterizzato da un modello misto in cui si applica sia il diritto dell'organizzazione pubblica sia il diritto delle imprese² ed è, come già anticipato in premessa, strettamente correlato all'evoluzione temporale e storica della vita sociale, economica e giuridica del nostro Paese.

I.1 I PRIMI PASSI DEI SOGGETTI BANCARI: DAL REGNO D'ITALIA AL 1926

Nella storia della legislazione bancaria italiana possono essere riconosciuti, per comodità espositiva, quattro periodi in cui il ruolo e le attività svolte dalle banche, anche e soprattutto in relazione alla tutela del cliente, sono mutati radicalmente.

Si sostiene tradizionalmente come il primo periodo³ possa individuarsi con la nascita del Regno d'Italia e terminare nel 1926, anno in cui è stata emanata la prima legge generale per l'attività bancaria⁴.

Suddetto periodo era caratterizzato dalla mancanza di una disciplina speciale per l'attività bancaria⁵, la quale soggiaceva alla normativa di diritto comune applicabile a tutti gli imprenditori⁶. Invero, la struttura economica dell'Italia si fondava sostanzialmente su un'economia agricola⁷.

Tuttavia, a fianco dell'ordinamento comune si assisteva alla nascita e allo sviluppo di una serie di strutture creditizie specializzate nell'erogazione di particolari tipi di credito, in quanto la disciplina di diritto comune non era in grado di soddisfare l'interesse di risparmiatori e di investitori⁸. In quegli anni, infatti, erano istituiti - e si sviluppavano - gli istituti di credito fondiario (legge 14 giugno 1866, n. 2983 e T.U. 16 luglio 1905, n. 646), le banche e gli istituti di credito agrario (legge 21 giugno 1869, n. 5160; legge 23

¹ R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, Mulino, IV ed., 2007, p. 20.

² R. COSTI, op. cit. p. 24, per cui tale modello rende necessario un approccio interdisciplinare pubblico-privato nello studio delle relative discipline.

³ M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 9 definisce questo periodo "liberale".

⁴ Il riferimento è al R.D.L. 7 settembre 1926, n. 1511 e al R.D.L. 6 novembre 1926, n. 1830.

⁵ M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, op. cit., p. 2, ricorda come «*la costituzione del Regno d'Italia non trovò né favori una struttura creditizia evoluta ed efficiente*», spiegandone le relative ragioni storiche.

⁶ Le uniche norme specifiche erano previste negli artt. 3 e 177 del Codice di Commercio del 1882. L'art. 3, n. 11, qualificava come atti di commercio le «operazioni di banca» e l'art. 177 imponeva alle società che avevano per principale oggetto l'esercizio del credito l'obbligo di depositare presso il Tribunale di commercio una situazione mensile.

⁷ A. PELLECCIA, *Le fonti del diritto bancario e finanziario*, in G. CRICENTI – F. GRECO (a cura di), *Il nuovo diritto bancario*, Milano, Giuffrè, 2020, p. 1.

⁸ R. COSTI, op. cit. p. 27.

giugno 1887, n. 4276; T.U. 9 aprile 1922, n. 932), il Consorzio di credito per le opere pubbliche (R.D.L. 2 settembre 1919, n. 1627), l'Istituto di credito per le imprese di pubblica utilità (R.D.L. 20 maggio 1924 n. 731), il Consorzio per sovvenzioni sui valori industriali (R.D. 20 dicembre 1914, n. 1375)⁹.

Tali soggetti giuridici erano caldamente appoggiati e sostenuti da enti finanziari pubblici e, quindi, erano sottoposti a forte controllo dell'autorità governativa.

Oltre alle attività «specializzate» erano istituite le c.d. “banche di emissione” (Banca nazionale del Regno; Banca nazionale toscana; Banca toscana di credito; Banca dello Stato Pontificio; Banco di Napoli e Banco di Sicilia)¹⁰, le quali, oltre all'esercizio della normale attività bancaria, avevano anche il potere di emettere biglietti di banca, sotto il rigido controllo pubblico.

Particolare importanza ricopriva poi, per quel che in questa sede interessa, l'attività delle Casse di risparmio¹¹, che si trovava a dover riscontrare una crescente richiesta, da parte dei cittadini, di raccolta di risparmio. Tuttavia, le Casse di risparmio si presentavano, originariamente, non come istituzioni creditizie, bensì come istituzioni di pubblico interesse, con la funzione di tutelare, in un'ottica previdenziale, il risparmio delle classi meno abbienti, sebbene la loro attività consentisse una remunerazione, sia pure contenuta, del risparmio raccolto¹².

Analogo destino si registrava per i Monti di Pietà, nati come istituzioni di beneficenza, ma sviluppatosi anche come enti creditizi¹³.

Nell'ambito del diritto comune, sulla base dell'autonomia statutaria, si venivano a creare particolari tipi di imprese bancarie, ad esempio le Casse rurali (oggi Banche di credito cooperativo) e le Banche popolari¹⁴, le prime di matrice cattolica e inserite nel mondo corporativistico, le seconde di matrice laica. Tali imprese non soggiacevano a controlli

⁹ Sul Consorzio si vedano F. CAPRIGLIONE, *I consorzi bancari e la legge sulla ristrutturazione finanziaria delle imprese*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 13 ss.; A.M. BISCIANI – P. GNES – A. ROSELLI, *Origini e sviluppo del Consorzio per sovvenzioni su valori industriali durante il governatorato Stringher*, in *Bancaria*, 1985, pp. 154 ss.

¹⁰ Sui rapporti tra governo e le sei banche di emissione v. G. MAJORANA, *Il credito e le banche*, in *Trattato Orlando*, VII, 2, Milano, 1914, pp. 618 ss.; G. DI NARDI, *Le Banche di emissione in Italia nel secolo XIX*, Torino, Utet, 1953.

¹¹ Sull'origine e sullo sviluppo delle casse di risparmio v. P. MARIOTTI, voce *Casse di risparmio*, in *Dig. It.*, VII, 1, Torino, Utet, 1927, pp. 13 ss.

¹² Ciò determinò profonde incertezze sulla qualificazione giuridica delle Casse e, quindi, sul loro controllo. Cfr. S. MAZZARELLA, *Appunti a proposito dei controlli esercitati sulle Casse di risparmio prima della L. 15 luglio 1888, n. 5546*, in *Riv. Dir. comm.*, 1971, I, pp. 211 ss.

¹³ In particolare, svolsero operazioni di credito su pegno. Pertanto, il R.D. 14 giugno 1923 n. 1936 differenziò i Monti che avessero assunto carattere prevalente di credito da quelli di beneficenza, sottraendo i primi dalle norme di diritto comune.

¹⁴ Si vedano G. TAMAGNINI, *Le casse rurali (principi-storia-legislazione)*, Roma, Edizione de «La rivista della cooperazione», 1952, e A. POLSI, *Alle origini del capitalismo italiano*, Torino, 1993, pp. 193ss.

pubblici, sicché consentivano attività speculative, soprattutto nel settore edilizio, nei primi decenni successivi all'unificazione, subendo i conseguenti effetti negativi della crisi economica che colpì il nostro Paese alla fine degli anni Ottanta¹⁵.

Per far fronte ai problemi di liquidità, si iniziarono a raccogliere depositi anche a vista, non superando tuttavia le occorse difficoltà¹⁶.

Le tappe storiche citate dimostrano che nel primo periodo dell'attività bancaria erano totalmente carenti le tutele specifiche riconosciute in capo ai clienti; l'attenzione del legislatore era rivolta all'organizzazione dell'attività bancaria e al controllo dei pubblici poteri¹⁷ sull'attività di raccolta di risparmio e di emissione di moneta, nonché agli eventuali interventi di salvataggio degli istituti bancari recuperabili¹⁸.

La presenza di controlli pubblici¹⁹ non aveva evitato la creazione di un numero di banche decisamente sproporzionato rispetto alle dimensioni dell'economia reale e del mercato finanziario. Spesso, inoltre, le imprese bancarie si rilevavano non dotate degli strumenti patrimoniali necessari per mantenersi attive nel mercato²⁰.

Le negative vicende accadute nel primo periodo dell'esperienza bancaria italiana avevano dato vita ad un vero e proprio movimento per uno statuto speciale dell'impresa bancaria, che portò all'emanazione dei provvedimenti del 1926.

Si avvertiva la necessità di tutelare i depositanti, considerati creditori degni di particolare protezione. È opportuno, in ogni caso, precisare che il vero interesse fosse quello di mantenere stabile il rapporto di fiducia tra risparmiatori e imprese. In altri termini, l'obiettivo consisteva nell'evitare che i risparmiatori fossero scoraggiati dal fare affluire i risparmi alle imprese bancarie, impedendo così il finanziamento delle attività produttive. Per tale motivo, per la prima volta era riconosciuta l'esistenza del binomio tra tutela del risparmiatore e tutela del mercato. Infatti, la nuova legislazione bancaria era considerata

¹⁵ R. COSTI, op. cit. 37.

¹⁶ Sul punto, M. PANTALEONI, *La caduta della società generale di credito mobiliare italiano*, Giuffrè, 1977.

¹⁷ L'attività della Cassa era sottoposta alla vigilanza del Ministero delle Finanze prima di diventare, nel 1898, una delle direzioni del Ministero del Tesoro. Sul punto v. L. CONTE, *Amministrare il risparmio: la Cassa depositi e prestiti da azienda a impresa – organo del Ministero del Tesoro, 1850 – 1913*, in M. DE CECCO – G. TONIOLO (a cura di), *Storia della Cassa depositi e prestiti*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 91 ss.

¹⁸ M. NIGRO, op. cit. p. 8, afferma che «l'assetto bancario era rimasto spontaneo ed incontrollato».

¹⁹ Solo dopo la fine della Prima Guerra Mondiale, si avviò un processo di intervento pubblico nell'economia. Cfr. P. GRIFONE, *Il capitale finanziario italiano. La politica economica del fascismo*, Torino, 1971, p. 40 e pp. 67ss.

²⁰ Per un approfondimento sul settore bancario di quegli anni si vedano F. BONELLI, *La crisi del 1907. Una tappa dello sviluppo industriale in Italia*, Torino, Fondazione Luigi Einaudi, 1971 pp. 93ss; P. SRAFFA, *La crisi bancaria in Italia*, ristampate in *Saggi*, Bologna, Il Mulino, 1986, pp. 217-280; A.M. FALCHERO, *La banca italiana di sconto, 1914-1921. Sette anni di guerra*, Milano, Franco Angeli, 1990.

una «improrogabile necessità nell'interesse non solo dei risparmiatori, ma anche in quello generale del credito e dell'economia nazionale»²¹.

Si era raggiunta la consapevolezza che la tutela dei depositanti e la tutela del risparmio andassero di pari passo: entrambe consentivano la solvibilità dell'impresa bancaria, consistente nella raccolta del risparmio e nell'erogazione del credito.

Compreso – ma certamente non regolamentato - il problema, rimaneva incompiuta, tuttavia, la questione riguardante le modalità di garantire una tutela efficace ai depositanti e, contestualmente, al mercato bancario.

I.2 L'ETÀ DELLA FANCIULLEZZA: DAL 1926 ALLA LEGGE BANCARIA DEL 1936-38

La crisi del primo Dopoguerra induceva lo Stato ad intervenire in maniera più decisa nella regolamentazione dell'attività bancaria.

In tal guisa, il primo provvedimento è rappresentato dal R.D.L. 6 maggio 1926 n. 812 che attribuiva esclusivamente alla Banca d'Italia il servizio di emissione della moneta²². A tale intervento seguivano ulteriori disposizioni che avevano lo scopo di realizzare il necessario risanamento bancario.

Era cresciuta, infatti, negli anni precedenti la preoccupazione dei depositanti che avevano assistito alla crisi degli istituti di deposito, senza che fosse riconosciuta loro alcuna tutela. Tra le varie novelle legislative si annovera il R.D.L. 1511/1926 che, nell'art. 1, chiariva come l'attenzione della nuova disciplina si rivolgesse in particolar modo alle società e agli altri enti esercenti il credito che «raccolgono depositi».

In ogni caso, si segnala che le norme contenute nel R.D.L. 1511/1926 non si applicavano agli intermediari bancari che, sebbene raccoglitori di risparmio, non ricorrevano al deposito ma allo strumento obbligazionario a medio e lungo termine²³. Nonostante i successivi interventi avevano esteso alcune di dette previsioni anche ai soggetti inizialmente esclusi, si era venuta a creare una distinzione tra le «aziende di credito»²⁴ e gli istituti di credito.

L'esperienza legislativa di quegli anni portò all'emanazione di disposizioni comuni alle aziende e agli istituti di credito, nonché di disposizioni dettate per ciascuna di queste categorie.

²¹ Così, A. SCIALOJA, nella parte della relazione al progetto di Codice di Commercio Vivante del 1922, Milano, Hoepli, 1922, p. 292, dedicata alle «norme speciali per le banche di deposito».

²² Secondo M. NIGRO, op. cit. 9, tale legge rispondeva agli impulsi accentratori del fascismo. In tal modo, si cercò di avere il consenso dei ceti medi del paese.

²³ R. COSTI, op. cit. p. 42. L'A. osserva che il successivo regolamento estese alcune di tali norme anche ai soggetti precedentemente esclusi.

²⁴ Espressione introdotta dall'art. 1 del regolamento del 1926.

Una significativa innovazione è stata l'attribuzione alla Banca d'Italia delle funzioni istruttorie e consultive - riconosciute anche in capo al Ministero -, nonché quella fondamentale di vigilanza sia delle aziende sia degli istituti, con precipuo riconoscimento del diritto di ricevere le relative situazioni periodiche e i bilanci delle imprese, nonché di svolgere ispezioni sulle stesse.

Per le aziende di credito, al fine di scongiurare il ripetersi di quanto accaduto negli anni delle crisi economiche, con conseguente diminuzione del livello di fiducia dei depositanti, era richiesto un capitale minimo e, soprattutto, era imposta la formazione delle riserve, per quanto atteneva al rapporto minimo consentito tra patrimonio e depositi²⁵. Contestualmente, era imposta la c.d. "riserva obbligatoria"²⁶, in quanto era previsto che «le aziende di credito, le quali abbiano una somma di depositi superiore a venti volte l'ammontare del patrimonio, debbono investire l'eccedenza in titoli dello Stato o garantiti dallo Stato, da depositarsi presso l'Istituto di emissione o versarla in conto corrente fruttifero presso l'Istituto medesimo, entro il termine di sei mesi dalla constata eccedenza». Queste previsioni non trovavano applicazione per i soggetti che raccoglievano risparmio attraverso l'emissione di obbligazioni²⁷. A differenza, invece, delle disposizioni che imponevano un limite di fido, consistente nel divieto per qualsiasi soggetto - azienda e istituto di credito - di concedere ad "uno stesso obbligato" affidamenti per un ammontare superiore ad un quinto del patrimonio dell'ente creditizio, salva la facoltà di eventuali deroghe²⁸.

Si può ragionevolmente sostenere che l'introduzione della riserva obbligatoria non rappresentasse una diretta forma di tutela per i depositanti, non ancora considerati clienti, bensì uno strumento per favorire, anzitutto, la liquidità e la stabilità delle aziende di credito.

La salvaguardia dei risparmiatori era sostanzialmente perseguita attraverso l'imposizione di obblighi determinati dalla legge e volti a mantenere una sana situazione aziendale (limite di capitale per la costituzione di nuove aziende di credito, proporzione tra patrimonio e ammontare dei depositi, limite di fido per uno stesso obbligato)²⁹.

²⁵ In particolare, venne stabilito che il patrimonio non potesse essere inferiore ad un ventesimo dei depositi.

²⁶ Sulla riserva obbligatoria, si veda M. DEL SARTO, *La disciplina delle riserve obbligatorie delle aziende di credito in Italia*, Torino, Giappichelli, 1975, pp. 7 ss.

²⁷ La maggior parte delle disposizioni del 1926 vennero applicate anche alle Casse di Risparmio, sebbene l'organo di vigilanza preposto fosse il Ministero dell'Agricoltura. Con l'introduzione del T.U. introdotto con R.D. 25 aprile 1929 n. 967 e il relativo regolamento R.D. 5 febbraio 1931 n. 225 vennero affinati alcuni istituti e anche i Monti di Credito di Categoria furono soggetti a tale disciplina.

²⁸ R. COSTI, op. cit. 44.

²⁹ V. P. PAGLIAZZI, *La Banca e il credito*, Bologna, 1953, p. 89.

Il legislatore era, quindi, intervenuto sull'assetto organizzativo degli enti creditizi, per tutelare indirettamente³⁰ i depositanti e aumentare il loro livello di fiducia, attraverso la salvaguardia del risparmio. L'obiettivo primario del secondo periodo della legislazione bancaria consisteva nel generale risanamento del mercato bancario, in quanto la precedente esperienza aveva lapalissianamente dimostrato come l'assenza di una regolamentazione del settore potesse generare, da un lato, il moltiplicarsi di pseudo-soggetti esercenti l'attività bancaria, dall'altro l'emergere di plurime crisi bancarie incompatibili con la tutela del risparmio³¹, la fiducia dei depositanti e, in ultima ma fondamentale istanza, dello sviluppo economico del Paese.

Operando un parallelismo con espressioni note nell'odierna società, la legge del 1926 appare essere attenta alle «esigenze e alla tutela del mercato», non certo a quella del cliente e al suo consapevole interesse. Lo scopo perseguito consisteva nel garantire la stabilità delle imprese bancarie e la razionalizzazione del relativo mercato, al fine di raggiungere uno sviluppo economico³².

I tempi per una forma di tutela diretta dei depositati, ancora neppure ipoteticamente chiamati clienti, non erano maturi.

I.3 IL RAGGIUNGIMENTO DELLA MATURITÀ. LA LEGGE BANCARIA 1936-38

Con R.D.L. 12 marzo 1936 n. 375 erano emanate «le disposizioni per la difesa del risparmio e per la disciplina della funzione creditizia»³³.

Gli interventi del 1936-1938, tra di essi coordinati, costituivano il primo corpo organico di norme definibili come “legislazione bancaria”³⁴. Detto apparato normativo ha rappresentato la struttura portante dell'ordinamento bancario italiano fino all'emanazione del Testo Unico Bancario (d'ora in poi “T.u.b.”) n. 385/1993.

Per analizzare l'introduzione del corpo normativo del 1936-38 è doveroso tenere in considerazione la realtà politica ed economica del Paese di quegli anni. Obiettivo del regime era quello di creare un modello di organizzazione dell'economia fortemente

³⁰ In senso conforme M.S. GIANNINI, *Istituti di credito e servizi d'interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, 1949, 105. Vedi anche E. STEIN, *Die Wirtschaftsaufsicht*. Tübingen, 1967, p. 10 che definisce tali interventi come misure di «mera polizia economica». R. COSTI, op. cit., p. 45 concorda con tale definizione a condizione che si tenga presente che quella legge costituisse un «intervento moderatore e regolamentatore del mercato bancario».

³¹ A. DE GREGORIO, *La legislazione italiana sulla tutela del credito*, in *Riv. Dir. comm.*, 1929, I, p. 30, era consapevole dei limiti che il modello concorrenziale incontra nel settore bancario, rendendo necessario un controllo all'ingresso sul mercato delle aziende di credito.

³² A. DE GREGORIO, *La legislazione italiana*, op. cit. p. 32.

³³ Il decreto fu poi convertito con importanti modifiche con L. 7 marzo 1938, in Suppl. n. 61 alla G.U. 15 marzo 1938. Nel frattempo, il Governo emanò un nuovo D.L. del 17 luglio 1937, n. 1400, convertito con L. 7 aprile 1938, n. 636.

³⁴ S. CASSESE, *La preparazione della riforma bancaria del 1936 in Italia*, in *Storia cont.*, 1, 1974.

accentrato, con la precipua conseguenza che le autorità governative disponessero della leva del credito³⁵. L'impresa in generale e, a *fortiori*, quella bancaria quale settore d'interessi categoriali meritevoli di protezione³⁶, era concepita, giammai come impresa-diritto, bensì come impresa-funzione sottoposta al potere di indirizzo³⁷ dell'autorità governativa³⁸.

Tali interventi massicci del pubblico potere si giustificavano altresì come reazione dello Stato alle crisi economiche occorse³⁹, imponendo vincoli e controlli specialmente sull'attività bancaria⁴⁰.

Era diffusa convinzione di quegli anni che una pubblicizzazione del settore bancario avrebbe garantito maggiormente la tutela del sistema⁴¹. L'angolo di prospettiva del legislatore era fortemente diretto alla tutela del risparmio, inteso quale tenuta del mercato: solo sullo sfondo vi era la tutela dei depositanti. In tale ottica la pluralità di organi del potere di controllo (Ministero delle Finanze, dell'Agricoltura e Foreste, delle Corporazione e dell'Economia nazionale, oltre a Banca d'Italia), propria dell'esperienza del 1926, era sostituita dalla creazione di un'unica struttura pubblica, indipendente dal Governo, alla quale affidare «la difesa del risparmio e la disciplina della funzione creditizia», ovvero la Banca centrale. A tale soggetto di controllo non era assegnata contestualmente la funzione di vigilanza, attribuita, invece, a un organo della pubblica amministrazione⁴².

³⁵ R. COSTI, op. cit., 57.

³⁶ Vedi Rapporto della Commissione economica del Ministero per la Costituente, IV, 1, Roma, 1946.

³⁷ Sul punto cfr. A. NERVI, op. cit., p. 240, il qual osserva che la legge del 1938 perseguiva «l'obiettivo di disciplinare il settore bancario e creditizio in un'ottica di tipo dirigitico alla quale erano del tutto estranei i profili della tutela del consumatore e, meno che mai, della creazione di un assetto concorrenziale competitivo».

³⁸ Su tali profili si vedano S. CASSESE, op. cit., pp. 3ss.; S. LA FRANCESCA, *La politica economica del fascismo*, Bari, Laterza, 1972, p. 73.

³⁹ Per un approfondimento sulle ragioni della crisi, si rinvia a M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, op. cit. 13ss., secondo cui detta crisi «ha messo ancor più in evidenza i rapporti fra il mercato creditizio e la circolazione monetaria e fra entrambi e la struttura economica». Vedi altresì, G. DELL'AMORE, *Le funzioni delle banche centrali*, in *Il Risparmio*, 1968, pp. 780 ss.

⁴⁰ Sul punto F. MERUSI, *I tratti peculiari dell'ordinamento creditizio italiano nella comparazione con leggi bancarie degli anni trenta*, in *Banca e industria fra le due guerre*, pp. 336 ss.; v. anche G. VIGNOCCHI, *Il servizio del credito nell'ordinamento pubblicistico italiano*, Milano, Giuffrè 1968, pp. 9 ss.

⁴¹ Secondo l'autorevole visione di M. NIGRO, op. cit. p. 14 le leggi del 1936 sono espressione di un disegno, non del tutto attuato ma, comunque, riconoscibile, di governo dei fenomeni economici e monetari.

⁴² Per R. COSTI, op. cit., p. 59, con la legge bancaria del 1936 il mercato del credito assume le caratteristiche di un oligopolio amministrativo, con compressione della concorrenza fra le imprese. Inoltre, l'A. osserva che con la legge bancaria del 1936 il potere esecutivo potesse intervenire anche per il raggiungimento di scopi di politica economica ulteriori rispetto al mantenimento del grado di liquidità e di stabilità delle banche.

Inoltre, a gran parte delle più grosse imprese bancarie era attribuita la personalità giuridica di diritto pubblico⁴³.

Il complesso normativo della legislazione bancaria imponeva una forte specializzazione delle imprese bancarie, così differenziando a monte la “clientela” di ciascuna di esse⁴⁴.

La più importante forma di specializzazione bancaria, fissata dal legislatore del 1936-38, era rappresentata dalla distinzione tra aziende di credito e istituti di credito. Alle prime era dedicato il Titolo V, contenente le norme per «i raccoglitori del risparmio a breve termine», mentre alle seconde erano dedicate le norme per «la raccolta del risparmio a medio e lungo termine». Le ragioni di tale distinzione si rinvenivano nella necessità di una vigilanza più intensa per le aziende di credito, dovendo prestare maggiore attenzione alla loro liquidità, da intendersi quale capacità di far fronte a improvvise richieste di rimborso da parte dei depositanti. Era, infatti, accaduto negli anni precedenti che i risparmi ottenuti dai depositanti venissero impiegati in immobilizzazioni incompatibili con le caratteristiche della provvista, con conseguente estrema difficoltà per le aziende di credito di riscontrare positivamente le richieste di rimborso pervenute⁴⁵.

Quegli anni, dunque, si caratterizzavano per il grande pluralismo del sistema bancario italiano. Oltre ad una differenziazione sulla lunghezza temporale delle operazioni di raccolta, si registrava una specializzazione territoriale e, soprattutto, una specializzazione concernente i settori ai quali dovevano, prevalentemente o esclusivamente, essere indirizzati i finanziamenti di alcune categorie di enti creditizi⁴⁶. L’obiettivo era quello di riscontrare efficacemente le diverse esigenze dei depositanti.

Per quanto principalmente rileva in tale sede, si richiama l’art. 32 co. 1, lett. b) e c), l. 7 marzo 1938, n. 141, identificato come «il precedente storico probabilmente più

⁴³ M. NIGRO, op. cit. pp. 18ss., osserva il difetto di una ragione comune di tale pubblicizzazione. In particolare, alcuni enti nascevano come persone di diritto pubblico, altri preesistevano al conferimento di pubblicità, per altri fu innovativo (Banca Nazionale del lavoro); per altri era un riconoscimento di una condizione già sostanzialmente esistente (Banco di Napoli, Banco di Sicilia. Altre tre imprese bancarie private (Banca di Roma, Banca commerciale italiana, Credito Italiano) venivano qualificate come “banche di interesse nazionale”, senza l’espresa attribuzione di status pubblicistico. Sulle banche di interesse nazionale vedi G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1959, p. 232.

⁴⁴ S. CASSESE, *La divisione del lavoro bancario. Distribuzione funzionale e territoriale del credito dal 1936 ad oggi*, in *Economia italiana*, 1983, 3, p. 375. Tale distinzione trovava riscontro anche nelle categorie giuridiche dettate dalla legislazione bancaria.

⁴⁵ Sulla distinzione tra aziende ed istituti di credito intervennero la L. n. 933/1940 e il D. Lgs. c.p.s. n. 370/1946, che estesero le norme dettate per le aziende di credito anche agli istituti di credito che raccoglievano risparmio a medio e lungo termine, ad esclusione di quelli previsti dall’art. 41. Tale equiparazione fu poi rimossa dall’art. 14 della L. n. 23/1981. Sulle ulteriori distinzioni vedi, fra molti F. GIORGIANNI, *I crediti disponibili*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 182; R. COSTI, *Sulla distinzione fra aziende ed istituti di credito*, in *Giur. Comm.*, 1983, I, pp. 745 ss.

⁴⁶ R. COSTI, *L’ordinamento bancario*, op. cit., p. 63.

immediato»⁴⁷ dell'art. 117, co. 8 T.u.b., e «una delle rare ipotesi previste nel nostro ordinamento di controllo amministrativo dei contratti»⁴⁸. 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)...)».

La previsione, dunque, attribuiva a Banca d'Italia un potere di intervento esclusivamente per le due operazioni fondamentali passive⁴⁹ di raccolta: il deposito e il conto corrente. La conferma dell'assenza di un'effettiva tutela del cliente discende, comunque, dall'opinione che non era stato «contemplato simmetricamente un controllo sulle condizioni delle principali operazioni attive, come l'apertura di credito o l'anticipazione o lo sconto»⁵⁰.

Le considerazioni svolte consentono ragionevolmente di riconoscere che gli interventi del legislatore del 1936 abbiano avuto il merito di comprendere l'esigenza di conservazione della capacità di funzione del sistema bancario. Resta inteso che il legislatore si preoccupava della stabilità del mercato e non di riconoscere strumenti di tutela per i clienti. Anche i poteri di vigilanza attribuiti a Banca d'Italia devono essere letti alla luce dell'obiettivo di garantire la stabilità del sistema creditizio e del mercato del credito, giammai la tutela del singolo risparmiatore, tant'è che, secondo la Corte di Cassazione⁵¹ dell'epoca, le allora Istruzioni della Banca d'Italia riguardavano «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».

⁴⁷ Così A. NERVI, *Autorità amministrative e potere autoregolamentare nella predisposizione dei contratti. Riflessioni sull'art. 117, 8 co., T.U. banc.*, in A. GUACCERO e A. URBANI (a cura di) *Banca e finanza tra imprese e consumatori*, Bologna, 1999, p. 240.

⁴⁸ Testualmente, M. PORZIO, *Il controllo amministrativo sulle condizioni dei contratti bancari*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, I, p. 141 ss.,

⁴⁹ Sul dibattito dottrinale circa la qualifica di operazione passiva di conto corrente e sul suo significato cfr. P. D'ANGELO, *Trattato di tecnica bancaria*, II, Milano, 1917; U. CAPRARA, *Le banche commerciali, aspetti formali di tipiche operazioni*, Milano, 1939; F. CARNELUTTI, *Note sulla funzione del conto corrente*, in *Studi di diritto commerciale*, Roma, 1917.

⁵⁰ Così G. GABRIELLI, *Controllo pubblico e norme bancarie uniformi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1977, I, pp. 257 ss.

⁵¹ 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*.

I.4 IL TIMIDO APPRODO NEL CODICE CIVILE DEL 1942 E L’AFFERMAZIONE DECISA ALL’INTERNO DELLA COSTITUZIONE.

Il periodo successivo agli atti normativi del 1936 si caratterizzava per la caduta del regime fascista, con conseguente abolizione del Comitato dei ministri ed Ispettorato per il credito. Le funzioni svolte da tali soggetti giuridici erano attribuite al Ministro del Tesoro⁵². La vigilanza sulle aziende di credito era delegata *ex lege* alla Banca d’Italia⁵³, salva la facoltà del Ministro di disporre, nei casi in cui l’avesse ritenuto opportuno, dirette ispezioni avvalendosi del personale proprio.

Nel frattempo, l’emanazione del codice civile del 1942 introduceva per la prima volta una disciplina legislativa dedicata a specifici aspetti della materia, prevedendo però poche norme sui rapporti bancari (artt. 1834-1860).

La disciplina era, quindi, lacunosa: nessuna attenzione era rivolta al singolo cliente, né tantomeno erano previsti meccanismi volti al riequilibrio della disparità contrattuale; inoltre, era consentito il rinvio agli usi per la determinazione del contenuto di alcune clausole contrattuali.

Pertanto, la gran parte dei contenuti disciplinari era rimessa all’autonoma elaborazione delle imprese, che autoregolamentavano la propria attività attraverso l’emanazione delle Norme uniformi bancarie⁵⁴.

Le “Norme bancarie uniformi”⁵⁵ erano predisposte dall’ABI (Associazione Bancaria Italiana), con l’obiettivo di standardizzare a livello nazionale le clausole riguardanti i principali modelli negoziali bancari. Tali norme erano inizialmente vincolanti e necessarie per colmare il vuoto normativo, ma ben presto persero la loro vincolatività⁵⁶. A seguito del provvedimento di Banca d’Italia del 3.12.1994 n. 12, che ha ritenuto tali disposizioni in contrasto col diritto della concorrenza, oggi si discorre di “Condizioni generali relative al rapporto banca cliente” e gli schemi negoziali sono frutti di protocolli di intesa tra l’ABI e l’Associazione dei consumatori.

⁵² D.l. 14 settembre 1944 n. 226. In realtà il d.l. C.p.s. 17 luglio 1947 n. 691 restaurò sostanzialmente la precedente struttura.

⁵³ Per un approfondimento sul ruolo e sui compiti di Banca d’Italia, Ministro del Tesoro e CICR, si rinvia alla disamina di M. NIGRO, op. cit., pp. 76ss.

⁵⁴ A. BARENGHI, Note sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2, 2018, p. 43.

⁵⁵ Sull’origine e sull’evoluzione delle NBU, cfr. L.C. UBERTAZZI, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, Milano, 1986, pp.11 ss.

V. A. MIRONE, *Le “fonti” private del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, 3, pp. 264.

⁵⁶ G.F. CAMPOBASSO, *Servizi bancari e tutela del contraente debole: l’esperienza italiana*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, 5, pp. 568-569.

Gli accordi esclusivamente interbancari sono stati qualificati come dei cartelli violativi delle norme in tema di concorrenza. Esempio emblematico, da ultimo, è rappresentato dalla vicenda delle fideiussioni *omnibus*⁵⁷, oggetto di censura da parte di Banca d'Italia⁵⁸ che ha rilevato il contrasto con le regole di concorrenza delle fideiussioni redatte sul modello ABI, ponendosi, dunque, in contrasto con l'art. 2, comma 2, lett. a), della L. 297/1990.

Riprendendo l'*excursus* delle tappe storiche della normativa bancaria, una importante novella legislativa è rappresentata dal d.l. C.p.s. 23 agosto 1946 n. 370, nella parte in cui prescriveva che tutti gli istituti esercenti il credito a medio e lungo termine, anche se non menzionati espressamente nell'art. 41 della legge 7 marzo 1938 n. 141, erano assoggettati alla disciplina della legge bancaria.

Per il resto, in tali anni non si è assistito a particolari novità legislative.

Il dibattito era destinato a riaccendersi in vista dell'emanazione della Carta Costituzionale.

La Commissione economica del Ministero per la Costituente e, dettagliatamente, la Sottocommissione per il Credito e l'Assicurazione⁵⁹, suggerivano di occuparsi esplicitamente del credito nell'art 47 Cost., norma che è stata poi effettivamente introdotta. Ai sensi dell'art. 47 della Cost. comma 1 «*La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito*». L'importanza e l'opportunità del summenzionato precetto costituzionale sono state in parte calmierate dalla collocazione sistematica della norma.

Il successivo comma 2⁶⁰ dell'art. 47 nulla condivide con il primo comma, prescrivendo che «*[La Repubblica] Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese*».

⁵⁷ Sia consentito il richiamo a M. CHIRONI, *Le garanzie bancarie*, in G. CRICENTI – F. GRECO (a cura di), *Il nuovo diritto bancario*, Milano, Giuffrè, 2020, pp. 652ss.

⁵⁸ Il riferimento è al provvedimento 55/2005 di Banca d'Italia.

⁵⁹ A tal proposito v. M. NIGRO, op. cit., p. 21, nt. 19. La Commissione aveva espresso l'idea di introdurre all'interno della Carta il principio della rilevanza pubblica del credito, senza soluzione di continuità con quanto previsto dalle leggi del 1936, nonché aveva raccomandato di occuparsi dell'istituto di emissione, affidando ad esso il compito di difendere il valore della moneta.

⁶⁰ M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, op. cit. p. 21 definisce la disposizione del secondo come una «paccottiglia».

Una siffatta collocazione, ragionevolmente inquadrabile come ancillare al diritto di proprietà⁶¹, verosimilmente legittimava l'equivoco di ritenere strettamente collegati la tutela del risparmio e l'interesse statale per il settore, con una sua non giustificata ingerenza⁶².

A ogni buon conto, la tutela del risparmio, con il correlato coordinamento e controllo dell'esercizio del credito, diventa con tale norma un principio programmatico di rilevanza costituzionale, così consentendo l'effettivo sviluppo della persona umana⁶³. Del resto, la lettura dell'art. 47 Cost. in combinato disposto con l'art. 41 Cost. è utile a scongiurare l'idea di attribuire alla banca la qualifica di soggetto amministrativo⁶⁴.

La Carta non prescrive le modalità di tutela del risparmio, ma si limita ad affermare l'esigenza che le ulteriori fonti gerarchicamente sottoposte, oltre ai soggetti operanti nel settore, rispettino tale principio.

Per tali ragioni, è molto apprezzabile la scelta del legislatore di rendere costituzionalmente doverosa l'attività creditizia attraverso una formula elastica⁶⁵, che consente di essere modellata secondo le contingenti esigenze economiche, sociali e giuridiche.

In generale, gli atti normativi di quegli anni miravano al raggiungimento di plurimi obiettivi di politica economica, relativi sia alla tutela del risparmio e dei risparmiatori, sia alla direzione dell'economia e all'attuazione del progresso sociale⁶⁶. Le esperienze (e le crisi) vissute sino a quel momento giustificavano un principio di rilevanza giuridica pubblica dell'attività creditizia.

Il risparmio tutelato dall'art. 47 Cost. comprende sia il risparmio oggettivo, da intendersi quale disponibilità di un intero sistema economico, sia il risparmio soggettivo, riferito, quindi, ai singoli risparmiatori. La dottrina di quegli anni era consapevole di tale

⁶¹ Circa il dibattito in Assemblea Costituente sul concetto di risparmio quale espressione del lavoro o della proprietà, si rimanda a E. CATERINI – G. MURGOLO, *La trasparenza bancaria*, in E. CAPOBIANCO (a cura di) *Contratti bancari*, Milano, Wolters Kluwer, p. 145, nt. 7.

⁶² Si veda F. PARRILLO, *La tutela del risparmio*, in *Studi della Costituzione*, II, Milano, 1958, pp. 269ss.

⁶³ Sull'argomento v. F. GIORGIANNI, *Definizione di attività bancaria e analisi del linguaggio*, in *Studi in Onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, Esi, II, 2008, pp. 837ss.

⁶⁴ G. MOLLE – L. DESIDERIO, *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 6.

⁶⁵ Dello stesso avviso A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, p. 169 e p. 353. Secondo l'A. l'intento del legislatore era quello di garantire elasticità alla manovra creditizia, consentendo di ritenere che l'art. 47 Cost. costituisce una «riserva della amministrazione», quanto meno nel senso di introdurre un divieto per il legislatore di rendere considerevolmente difficoltosa la manovra creditizia. Su tale problematica vedi anche M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, pp. 175 ss.

⁶⁶ M. NIGRO, *Profili pubblicitici del credito*, op. cit. 34 evidenzia come dette finalità si siano presentate successivamente all'attenzione del legislatore, ma sono finite poi «per trovarsi accomunate in una convivenza che non è del tutto pacifica».

distinzione, ricollegando il primo aspetto a finalità di direzione dell'economia e, quindi, anche monetarie. A tal proposito parte di dottrina riteneva che la preoccupazione per i risparmiatori ed i loro interessi, difficilmente identificabili concretamente, era destinata a soccombere in favore della tutela del risparmio nella sua funzione globale di alimentazione del processo produttivo⁶⁷, con conseguente giustificazione della sussistente pubblicizzazione del credito.

Lo scopo del settore bancario era quello di raccogliere il risparmio delle famiglie per destinarlo alle imprese e alla pubblica amministrazione, con la conseguenza che le imprese bancarie detenevano il monopolio dell'intermediazione⁶⁸, impedendo altresì la concorrenza delle imprese bancarie di altri Paesi⁶⁹.

Le considerazioni appena svolte consentono lecitamente di poter affermare che «la banca veniva pensata come una istituzione, quasi incaricata di una funzione sociale⁷⁰, piuttosto che come un imprenditore che si muova secondo la logica del profitto»⁷¹. Tali concezioni avevano indotto la giurisprudenza di quegli anni a definire l'attività bancaria come servizio pubblico in senso oggettivo⁷².

In tale dimensione, si può sostenere che il legislatore, il potere amministrativo e quello giudiziario non focalizzavano la propria attenzione sul risparmiatore quale singolo soggetto meritevole di tutela, incentrando, piuttosto, i propri interventi esclusivamente in chiave oggettiva. Il risparmiatore era collocato in una dimensione collettiva e plurisoggettiva, verso cui il sistema bancario era responsabile del mantenimento della stabilità del mercato. In altri termini, la funzione del sistema bancario doveva essere

⁶⁷ In tal senso v. E. STEIN, *Die Wirtschaftsaufsicht*, op. cit., 9 ss.; sul concetto di tutela del risparmio vedi G. DELL'AMORE, *Il contributo del sistema bancario alla politica del risparmio*, Milano, 1967; G. RUTA, *Il risparmio nel sistema della legislazione bancaria*, Milano, 1965.

⁶⁸ Per un approfondimento sul sistema finanziario italiano di quel periodo, si rinvia a F. CESARINI, *Struttura finanziaria, sistema creditizio e allocazione delle risorse in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 67 ss.; F. COTULA, *Stabilità e sviluppo degli anni cinquanta*, 3 voll., Roma-Bari, Laterza, 1997.

⁶⁹ Secondo R. COSTI, op. cit., p. 67, le imprese bancarie potevano così beneficiare di una «protezione rassicurante che ne favoriva la stabilità, ma che le sottraeva allo stimolo della concorrenza, con pregiudizio pertanto di una più efficiente allocazione delle risorse finanziarie».

⁷⁰ M. NIGRO, op. cit. p. 53 riconduce l'attività bancaria all'«adempimento di finalità sociali del credito». Per un approfondimento sui legami tra Stato e impresa bancaria-ente pubblico, per effetto soprattutto del potere di nomina degli amministratori cui lo Stato disponeva vedi V. MEZZACAPO, *Gli enti pubblici nell'ordinamento creditizio*, Milano, 1966, pp. 67ss. Sull'argomento si rinvia anche a F. BENVENUTI, *Profili giuridici dell'organizzazione economica pubblica*, in *Riv. Delle soc.*, 1962, p. 211.

⁷¹ Testualmente, R. COSTI, op. cit., p. 68. L'A. evidenzia puntualmente come queste concezioni si traducevano in puntuali scelte amministrative della autorità di controllo, che stabilivano, con il loro potere discrezionale, l'ammissibilità o meno dell'ingresso sul mercato di nuove imprese bancarie. Tant'è che M. NIGRO, op. cit. p. 45 affermava è «impresa bancaria quella che i pubblici poteri considerano e abilitano come tale».

⁷² In dottrina convinto sostenitore di tale qualifica fu G. VIGNOCCHI, *Il servizio del credito*, op. cit. 33 ss. Sulla correttezza della qualifica vedi quanto sostenuto in quegli anni da M. NIGRO, op. cit., pp. 105ss.

inquadrata in senso pubblicistico, senza che, al contempo, fosse garantita la tutela del singolo risparmiatore, inteso come soggetto di diritto privato.

Si sviluppava in quegli anni un processo già avviato di specializzazione del credito, attraverso l'introduzione dei c.d. crediti speciali⁷³, che consentiva di affermare che il criterio distintivo tra imprese ed attività erogatorie di credito non fosse più la durata ma il contenuto del credito⁷⁴.

In definitiva, la disciplina pubblicistica del settore non si concretizzava nel soddisfacimento di interessi individuali, identificabili nella volontà del risparmiatore di affidare la custodia e la gestione del suo denaro ad operatori professionali.

Piuttosto la normativa perseguiva lo scopo di dar sicurezza al risparmio, nell'intento di dirigere l'economia e di consentire il progresso sociale.

I.5 VERSO L'ETÀ ADULTA. LE MODIFICHE DEI PRIMI ANNI OTTANTA

Il cammino dell'esperienza bancaria e anche finanziaria, analogamente a quello generale della realtà fattuale e istituzionale del Paese, subì varie modifiche negli anni Ottanta e nei primi anni Novanta⁷⁵, in ragione degli sviluppi economici e sociali frutto delle relazioni comunitarie e internazionali.

La comparsa massiccia di nuovi prodotti finanziari e di nuovi intermediari finanziari diede grande impulso alla revisione degli assetti istituzionali con una forte spinta verso logiche di efficienza, di mercato concorrenziale e della massimizzazione del profitto d'impresa.

Gli enti creditizi erano chiamati a offrire ai risparmiatori e alle imprese una più ampia gamma dei prodotti finanziari, al fine di fronteggiare le diverse esigenze dei soggetti richiedenti. Ciò aveva comportato che le aziende di credito ampliassero il loro ambito di attività, erodendo, quindi, la distinzione tra i vari soggetti giuridici prevista dall'art. 5 della legge bancaria. Si avviava così quel fenomeno denominato «despecializzazione bancaria»⁷⁶.

⁷³ La maggior parte di tali istituti ha natura pubblica, come evidenziato da G. PASTORI, *Il credito*, in *Archivio dell'Istituto per la scienza dell'amministrazione pubblica*, I, Milano, 1962, p. 87.

⁷⁴ Sul punto si vedano *ex multis*, M.S. GIANNINI, *Rilievi sugli istituti di credito medio a medie e piccole imprese industriali*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1954, I, pp. 850 ss.; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a privati*, Napoli, 1964, pp. 73 ss.

⁷⁵ Per un'analisi di quel periodo v. P. CIOCCA, *La nuova finanza in Italia. Una difficile metamorfosi (1980 – 2000)*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000, pp. 14 ss., nonché i contributi contenuti in *Banca e mercato*, ricerca promossa da Banca Commerciale Italiana, Bologna, Il Mulino, 1998.

⁷⁶ R. COSTI, op. cit. 70. Come ricordato da M. DE POLI, *I Contratti delle banche nel diritto comunitario e internazionale*, in E. CAPOBIANCO (a cura di) *I Contratti Bancari*, op. cit., 2021, p. 62, tale processo «ha subito una forte spinta propulsiva negli anni '80 grazie alle c.d. "Reagamonics", ossia alle politiche liberiste del governo Reagan negli Stati Uniti – ma un discorso analogo può valere in relazione al Regno Unito

Inoltre, trovavano diffusione vari moduli organizzativi, vocati all'efficienza, che determinavano la nascita di nuovi intermediari, diversi da quelli bancari, in grado di offrire ai risparmiatori forme di investimento del risparmio non esposte al rischio della svalutazione monetaria.

In tal modo si diffondevano titoli atipici e forme di intermediazione parabancaria (leasing, factoring), concorrenziali con i servizi tipicamente bancari e, pertanto, definiti «parabancari»⁷⁷.

Contestualmente, si affermavano nuovi settori del mercato finanziario, tra cui le attività di mercato mobiliare.

Il concetto di investimento era sempre più affiancato alla nozione e agli strumenti di risparmio, determinando un rapido sviluppo delle attività di intermediazione finanziaria non bancaria e di intermediazione mobiliare, seppur in assenza di una regolamentazione. La specificità del settore bancario rispetto a quello finanziario era messa fortemente in discussione dalla tendenza di espansione dell'attività degli enti creditizi verso attività prettamente finanziarie e, contestualmente, dalla nascita di nuovi intermediari che avevano sottratto alle banche una parte del risparmio, che alle stesse giungeva sotto forma di depositi, distribuendolo poi alle imprese sotto forme di rapporti finanziari simili a quelli di prestito (leasing, factoring) o acquisendo sul mercato passività emesse dalle imprese medesime. Al contempo, i nuovi intermediari utilizzavano tali passività come mezzi di pagamento. I “mondi” del settore bancario e di quello finanziario si avvicinavano sempre più.

Emergeva quindi l'esigenza di un controllo prudenziale, allo scopo di ridurre al massimo l'incidenza negativa sull'efficienza del sistema bancario.

In un contesto così delineato occorreva ridisegnare i confini⁷⁸ tra attività bancaria e attività finanziaria, garantendo regole uniformi a tutela degli enti creditizi e del mercato. Simili tendenze si registravano anche tra i confini del settore bancario e di quello assicurativo⁷⁹, tradizionalmente connaturato da una logica previdenziale.

durante il governo Thatcher – e al processo di deregolamentazione che ha investito – anche – il settore bancario».

⁷⁷ A riguardo F. MERUSI, *Profili pubblicistici dell'attività parabancaria*, in G. RESTUCCIA (a cura di), *L'Attività Parabancaria: Esperienze e Prospettive*, Milano, 1987; G. MOLLE – L. DESIDERIO, *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, op. cit., pp. 266ss.

⁷⁸ Sul punto T. PADOA SCHIOPPA, *Sistema finanziario e regolamentazione*, in «Bollettino economico della Banca d'Italia», n. 11, ottobre 1988, pp. 41ss.

⁷⁹ Cfr. A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, 1964, versione ristampata, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino*, Napoli, Esi, 2015.

Un simile processo evolutivo mal si conciliava con le richiamate logiche pubblicistiche che avevano caratterizzato il settore bancario fino a quegli anni. Gli enti creditizi avevano la necessità di muoversi nei tre settori descritti (bancario, finanziario e assicurativo) in una logica di impresa, ovvero in un rapporto di concorrenzialità⁸⁰.

Occorreva, quindi, eliminare gli strumenti di controllo previsti, emancipare il settore dal potere pubblico-amministrativo, introducendo, comunque, forme di vigilanza rese necessarie dalle nuove realtà affermatesi nel contesto sociale ed economico. Tali esigenze si rendevano *a fortiori* più stringenti in considerazione delle logiche di mercato affermatesi nel contesto comunitario, in cui si era già consolidato il diritto al mutuo riconoscimento tra gli enti creditizi dei vari Paesi comunitari.

La prima direttiva comunitaria in materia creditizia 77/80 del 12.12.1977⁸¹ è stata recepita dal nostro ordinamento solo il 27 giugno 1985, mediante il D.P.R. n. 350, con cui è stato abolito qualsiasi potere discrezionale sull'accesso dell'esercizio dell'attività bancaria⁸².

La necessità di liberalizzare il settore bancario, verso logiche di concorrenzialità e di efficienza, ha condotto alla riforma degli enti creditizi.

Il modello organizzativo del sistema delle banche, principalmente strutturato secondo gli schemi dell'istituto della fondazione, era al capolinea⁸³. Si avviava un processo che ha condotto all'emanazione della legge 30 luglio 1990 n. 18 e del D. Lgs. 20 novembre 1990, n. 356, che ha consentito a tutti gli enti creditizi pubblici di adottare la forma della società per azioni. Contestualmente, si abbandonava la monosettorialità nello svolgimento dell'attività bancaria.

I.5.1 (Segue) LA DISCIPLINA DELL'ATTIVITÀ FINANZIARIA NON BANCARIA

Si è già accennato al prepotente ingresso, nello scenario del mercato, del settore finanziario, i cui confini con l'attività bancaria non erano ben delineati. Innanzitutto, l'attività finanziaria non bancaria era priva di qualsiasi forma di vigilanza⁸⁴, sicché veniva classificata come attività «parabancaria».

⁸⁰ Vedi le riflessioni di G. DI GIORGIO e C. DI NOIA, *La regolamentazione delle banche: considerazioni critiche*, in *Banca impresa società*, 1999, 2, pp. 285ss.

⁸¹ G.U.C.E., 17.12.1977, n. L. 322. Le direttive comunitarie di tale disciplina sono state raggruppate in un Testo Unico dalla direttiva 2000/12 del 20.3.2000, in G.U.C.E. 26.5.2000, n. L. 126. Per un approfondimento v. G. ALPA e F. CAPRIGLIONE, *Diritto bancario comunitario*, Torino, Utet, 2002; F. GIORGIANNI, C.M. TARDIVO, op. cit., pp. 25ss, per l'analisi di tutti gli interventi europei di quegli anni.

⁸² L'ingresso sul mercato bancario è riconosciuto a favore di qualunque soggetto che presenti le qualità oggettive richieste, ovvero le caratteristiche patrimoniali, di professionalità-onorabilità.

⁸³ R. COSTI, op. cit., p. 75 evidenzia che una simile struttura non consentisse alcuna separazione fra organi di gestione ed organi di controllo, sicché tali enti non potevano incrementare i fondi se non attraverso l'autofinanziamento.

⁸⁴ La prima regolamentazione è riferibile al factoring, mediante la legge 21.2.1991 n. 52.

Bisognò attendere l'emanazione del D.L. 3.5.1991 n. 143 e della relativa legge di conversione 5.7.1991 n. 197 per avere una regolamentazione generale, mediante l'attribuzione alla Banca d'Italia di una vigilanza prudenziale sulle società che avevano per oggetto prevalente le seguenti attività: «concessioni di finanziamenti sotto qualsiasi forma, compresa la locazione finanziaria; assunzione di partecipazioni; intermediazione in cambio; servizi di incasso, pagamento e trasferimento di fondi anche mediante emissioni e gestione di carte di credito», a condizione che tali attività venissero esercitate «nei confronti del pubblico». Così un'ulteriore categoria di intermediari si aggiungeva a quella degli intermediari bancari, assicurativi e del mercato mobiliare.

Ma è soprattutto con l'entrata in vigore del T.u.f. e con la previsione per cui le banche potessero svolgere anche attività finanziaria, sopponendosi a un unico regime di vigilanza, che la distinzione «fra negozi bancari e negozi parabancari perde l'originario rilievo»⁸⁵.

I.5.2. (Segue) CENNI SUL MERCATO MOBILIARE

Analoghe considerazioni valgono con riferimento al mercato mobiliare, cuore del settore finanziario. Fino all'entrata in vigore della legge 2 gennaio 1991 n. 1, il nostro Paese non era dotato di un ordinamento del mercato mobiliare con caratteri di generalità e organicità, sicché le banche avevano operato sulla base della capacità generale riconosciuta dal nostro ordinamento a tutte le persone giuridiche e dei provvedimenti autorizzativi delle autorità di vigilanza.

La principale novità della legge 1/1991 è rappresentata dalla previsione secondo cui le attività di intermediazione mobiliare, dettagliatamente individuate, potevano essere esercitate soltanto da una speciale categoria di operatori, le società di intermediazione mobiliare, e dagli enti creditizi che soggiacevano, comunque, alle regole previste per le prime.

I.5.3. (Segue) CENNI SUI CONFINI CON IL DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

Le principali novità del settore riguardavano i rapporti di partecipazione reciproca, i cui limiti erano imposti dalle leggi 10 ottobre 1990, n. 287 e 9 gennaio 1991, n. 20.

In particolare, ai sensi di quanto previsto dall'art. 4 della legge 20/1991, le assicurazioni potevano assumere il controllo di enti creditizi, che esercitavano attività connesse con quelle assicurative. Analogamente era previsto che anche l'ente creditizio potesse assumere il controllo di una società di assicurazione.

⁸⁵ G. MOLLE – L. DESIDERIO, *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, op. cit., p. 266.

I primi interventi di fine anni '80 e inizi '90 non avevano ad oggetto la tutela diretta dei clienti dei vari settori. L'esigenza primaria del legislatore era quella di regolamentare il rapporto, disciplinando, anzitutto, il settore della vigilanza, al fine di garantire la stabilità del mercato e di evitare l'insolvenza di detti soggetti.

Se in virtù dell'art. 10 T.u.b. il soggetto banca può svolgere sia l'attività bancaria, sia i servizi di pagamento e di investimento, l'attività bancaria e l'attività assicurativa sono separate e sono esercitate da soggetti differenti. L'art. 18 della Direttiva 2009/138/CE, in materia di accesso ed esercizio delle attività di assicurazione e di riassicurazione (c.d. Solvency Directive II), impone alle imprese assicurative di limitare il proprio oggetto sociale «all'attività assicurativa e alle operazioni che ne discendono direttamente, escludendo qualsiasi altra attività commerciale»⁸⁶. Resta salva, come anticipato, la possibilità che una banca possa controllare un'impresa assicurativa o partecipare al capitale della stessa e viceversa, così come è consentito alla Banca di vendere prodotti assicurativi. In particolare, tale ultimo fenomeno ha dato vita a prodotti "ibridi" che coniugano una componente assicurativa ed una finanziaria⁸⁷. Una conferma di interazione tra i due settori si riscontra altresì nel *credit default swap*, con cui si trasferisce il rischio⁸⁸ di credito in capo ad un soggetto terzo che però beneficia del pagamento di un premio periodico⁸⁹.

Anche il settore dell'assicurazione, specialmente nel momento acquisitivo presso il pubblico dei premi assicurativi, rientra nell'alveo dell'art. 47 Cost. La contaminazione tra i vari settori, oltre che sul piano della partecipazione reciproca, si riscontra nella creazione di prodotti del ramo vita ai quali alla tradizionale copertura del rischio demografico si

⁸⁶ Per un commento sulla definizione comunitaria di impresa di assicurazione v. G. MOSS - R. PERKINS, *Commentary on Title IV of Directive 2009/138/EC on the taking up and pursuit of the business of insurance and reinsurance (Solvency II)*, in Q.C. MOSS – B. WESSELS – M. HAENTJENS (eds.), *Eu Banking and Insurance Insolvency*, Oxford, II ed., 2017, pp. 126-129.

⁸⁷ Sull'integrazione tra i due settori v. M. EVERSON, *Regulating the insurance sector*, in N. MOLONEY – E. FERRAN – J. PAYNE (eds.), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford, 2015, p. 423ss. Nella letteratura italiana v. P. CORRIAS, *Le aree di interferenza delle attività bancaria e assicurativa tra tutela dell'utente e esigenze di armonizzazione del mercato finanziario*, in *Giust. Civ.*, 2015, 1, p. 617; R. COSTI, 2008, *I prodotti finanziari emessi dalle banche e dalle imprese di assicurazione*, in *Quaderni di Giur. comm.*, 13; N. SALANITRO, *Prodotti finanziari assicurativi collegati ad obbligazioni Lehman Brothers*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, pp. 491ss.

⁸⁸ In generale sul rischio v. U. SALANITRO, *Rischio contrattuale*, in voce *Enc. del diritto I tematici Contratto*, Milano, 2021, 1050.

⁸⁹ Per un approfondimento v. L. SCIPIONE, *le distorsioni strutturali dei credit default swap e il rischio di controparte. Ripercussioni sulla stabilità dei mercati e spunti per una revisione normativa*, in *Dir. banca e mercato fin.*, I, 2016, pp. 279 ss.

associa la caratteristica di un rendimento finanziario a scadenza⁹⁰. In particolare, si far riferimento a⁹¹:

- i) Polizze *index linked* che si caratterizzano in ragione della circostanza per cui il premio versato dall'assicurato è investito in titoli obbligazionari dal rendimento collegato all'andamento di determinati indici di borsa ovvero ad altri valori di riferimento;
- ii) polizze *unit linked*, in cui la prestazione finanziaria è collegata al valore di un fondo di investimento, sulle quali quote viene destinato il premio corrisposto dall'assicurato;
- iii) polizze *unitised with profit*, variante delle *united linked* in cui le quote acquistate sono rivalutate sulla base di una specifica tecnica attuariale (*revesionary bonus*).

Tali prodotti sono accomunati dalla medesima *ratio*. Il rischio assicurato è quello di premorienza, con attribuzione del beneficio ai superstiti, ovvero di sopravvivenza oltre la scadenza contrattuale, a fronte dei quali la compagnia costituisce le prescritte garanzie patrimoniali. Il rischio di rendimento è posto a carico dell'assicurato. Le polizze *unit linked* sono utilizzate anche quali strumenti di previdenza complementare.

Data la sussistenza di un rischio finanziario, la compagnia è tenuta a una serie di obblighi informativi e di trasparenza precontrattuali e contrattuali.

II. LA REGOLAMENTAZIONE BANCARIA DIVIENE ADULTA. L'ENTRATA IN SCENA DEL TESTO UNICO BANCARIO

L'emanazione del D. Lgs. 14 dicembre 1992, n. 481 e, soprattutto, quella del Testo Unico in materia creditizia, ad opera del D.lgs. 1 settembre 1993 n. 385⁹², hanno rappresentato un deciso punto di svolta nella tutela del cliente.

Tra le principali novità del recepimento della seconda direttiva (n. 646/1989) si registrava, senza alcun dubbio, l'adozione del principio del mutuo riconoscimento, posto a fondamento della libertà di circolazione delle merci e dei servizi nell'ambito del mercato

⁹⁰ G. MOLLE – L. DESIDERIO, *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, op. cit., p. 295.

⁹¹ Cfr. P. CORRIAS, *Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle polizze linked: la riproposizione di un tema*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, 4, p. 460; S. LANDINI, *Art. 1923 c.c. e polizze index e unit linked*, in *Riv. giur. sarda*, 2011, pp. 394ss.; E. PIRAS, *Polizze "index linked" collegate ad obbligazioni Lehman Brothers*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, 2, pp. 73ss.; F. DE LEO, *Le polizze assicurative Unit e Index linked: la controversa natura giuridica e i riflessi applicati*, in F. GRECO (a cura di), *Manuale di diritto del risparmio*, op. cit. pp. 443ss.

⁹² Entrambi i decreti sono stati emanati dal Governo nell'esercizio delle deleghe contenute nell'art. 25 della legge 19 febbraio 1992 n. 142. Il Governo era incaricato, anzitutto, di dare attuazione alla seconda direttiva comunitaria in materia bancaria (direttiva 15.12.1989 n. 646) e, successivamente, di emanare «un testo unico delle disposizioni adottate coordinate con le altre disposizioni vigenti nella stessa materia, apportando le modifiche necessarie a tal fine».

comunitario dall'Atto Unico del 1985. Tale risultato ha eliminato la distinzione tra aziende ed istituti di credito propria della legge del 1936-38 e ha introdotto un'armonizzazione minima della legislazione tra gli ordinamenti nazionali. Si è così garantito un ampliamento dell'attività bancaria, tant'è che si può sostenere⁹³ che, dopo il D. Lgs. 481/1992, un ente creditizio, oltre all'attività bancaria tipica, può esercitare tutte le attività finanziarie, ad esclusione di quelle assicurative e di quelle riservate alla società di gestione del risparmio.

Ulteriori novità riguardano l'abbandono delle segmentazioni connesse all'esercizio dei crediti speciali e dei crediti agevolati, nonché l'annacquamento delle caratteristiche speciali di alcune categorie bancarie.

L'idea di funzionalizzare l'attività bancaria in senso oggettivo è abbandonata. La vigilanza bancaria è ora orientata verso l'obiettivo della «sana e prudente» gestione dell'impresa. Viene così meno l'idea che la vigilanza possa intervenire sul mercato, essendo la stessa limitata solo sull'impresa, perseguendo stabilità e efficienza dell'ente, giammai imposizione di scelte di impresa delle decisioni di politica economica del potere politico⁹⁴.

Il vero ammodernamento della legislazione bancaria e il punto di rottura con la pregressa esperienza normativa e giurisprudenziale sono incontrovertibilmente rappresentati dall'introduzione del Testo Unico Bancario (d'ora in poi "T.u.b."), d. l.g.s 385/1993⁹⁵ che rappresenta il "battesimo" della tutela del cliente.

Oltre ad una revisione sistematizzante delle norme vigenti in materia bancaria, il Testo Unico ha fissato principi generali dell'ordinamento bancario, tentando al contempo di eliminare gli elementi di contraddizione conosciuti fino a quel momento dalla normativa e dalla prassi, garantendo quella necessaria coerenza tra i vari istituti e, soprattutto, tra i vari soggetti operanti in quel determinato settore.

Preliminarmente, per quanto concerne le finalità delle Autorità di vigilanza, il T.u.b. ha nettamente sancito nell'art. 5 che *«le autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza a esse attribuiti [...] avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del settore finanziario»*. In tal modo si esplicano le ragioni sottese all'avvertita necessità di garantire una sana e

⁹³ Sul punto v. R. COSTI, op. cit., p. 83.

⁹⁴ R. COSTI, op. cit. p. 84.

⁹⁵ Sul T.u.b. si vedano, P. FERRO-LUZZI e G. CASTALDI, *La nuova legge bancaria*, Milano, Giuffrè, 1995; G. ALPA – F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, Padova, Cedam, 1998.

prudente gestione, in quanto solo in tal modo si può garantire la stabilità, l'efficienza e la competitività del settore.

Si positivizzano principi che avevano rappresentato i punti nevralgici delle precedenti legislazioni. La stabilità del sistema bancario è un elemento necessario ma non sufficiente, divenendo, al contempo, imprescindibile il perseguimento dell'efficienza e della competitività dei soggetti bancari. Il settore bancario viene così "immerso" nel mercato concorrenziale.

Tale apertura è confermata dal forte collegamento instaurato dal Testo Unico fra le Autorità di vigilanza e l'ordinamento comunitario, prevedendo che le prime debbano esercitare i poteri attribuiti «in armonia con le disposizioni comunitarie»⁹⁶.

Contestualmente, il Testo Unico non ha riprodotto le norme in tema di settorializzazione dell'attività bancaria e dei crediti speciali, riconducendo, quindi, ad un'unità l'attività bancaria. Le uniche forme di credito speciale presenti nel T.u.b. sono il credito fondiario e le opere pubbliche (artt. 38-42), il credito agrario e peschereccio (artt. 43-45) e il credito sul pegno (art. 48).

L'art. 10 comma 1 T.u.b. definisce la nozione di attività bancaria come «*la raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito*», precisando al comma 2 che «*l'esercizio dell'attività bancaria è riservato alle banche*» e, al contempo, che «*le banche esercitano, oltre all'attività bancaria, ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna, nonché attività connesse o strumentali*». La disposizione, così formulata, evidenzia l'insufficienza del criterio meramente soggettivo, focalizzando piuttosto l'attenzione sulla natura oggettiva dell'attività bancaria⁹⁷.

Il legislatore del 1993 ha, quindi, previsto normativamente una definizione di attività bancaria, contrariamente a quanto fatto dal legislatore del 1936-38 e da quello del codice civile del 1942. Invero, il codice civile, da un lato, sancisce l'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese per gli imprenditori che esercitano una «attività bancaria» (art. 2195, n. 4 c.c.), dall'altro, individua, senza definire, nella «banca» una delle parti dei contratti bancari (artt. 1834 ss. c.c.). A ogni buon conto, è stato già ricordato lo sviluppo

⁹⁶ Cfr. art. 6 T.u.b., rubricato «*Rapporti con il diritto dell'Unione europea e integrazione nel SEVIF e nel MVU*». Ovviamente il richiamo alla Comunità europea è stato sostituito con il riferimento all'Unione Europea. Ai sensi della richiamata disposizione le autorità di vigilanza sono responsabili dell'adeguamento del nostro ordinamento agli atti normativi primari e secondari dell'Unione Europea.

⁹⁷ Sull'argomento v. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Contratti bancari: nozioni e fonti*, in *Tratt. Roppo*, V, *Mercati regolati*, Milano, 2014, pp. 639ss.

dell'idea secondo cui l'attività bancaria debba intendersi quale «raccolta del risparmio sotto ogni forma», congiunta con «l'esercizio del credito»⁹⁸.

Pertanto, il convincimento secondo cui si può discorrere di attività bancaria solo nel caso di presenza congiunta della raccolta del risparmio fra il pubblico e l'esercizio del credito⁹⁹, è stato codificato nell'art. 10 T.u.b., riservando tale attività alle banche (comma 2)¹⁰⁰.

In realtà, secondo parte di dottrina, l'attività bancaria, oltre che nella raccolta del risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito, è identificata dalla «produzione di titoli e/o strumenti di trasferimento di moneta bancaria diffusamente accettata come equivalente della moneta legale»¹⁰¹. Tali aspetti caratterizzerebbero l'attività bancaria da quella propria degli intermediari finanziari non bancari e degli intermediari mobiliari. Infatti, solo i primi possono trasformare la moneta legale raccolta dai risparmiatori in credito disponibile, ovvero in moneta scritturale e, al contempo, consentire l'utilizzazione di tale particolare credito attraverso plurimi strumenti bancari di pagamento di generale circolazione e accettazione anche per l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie¹⁰².

III. LA POSITIVIZZAZIONE DELLA “TRASPARENZA BANCARIA”

Per quanto rileva in questa sede, l'emanazione del T.u.b. ha rappresentato un deciso e preciso punto di svolta nel riconoscimento di una tutela diretta in favore del cliente.

Si è già ampiamente dimostrato come l'evoluzione della normativa bancaria non abbia riguardato la tutela del cliente. L'esigenza del legislatore era quella di tutelare la fiducia e la stabilità del mercato.

⁹⁸ Cfr. *ex multis*, V. BUONCORE, *Postilla in tema di attività bancaria*, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 817; G. MINERVINI, *Banca, attività bancaria, contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1962, I, pp. 315 ss.

⁹⁹ In realtà la letteratura precedente all'entrata in vigore del T.u.b. non si era soffermata sull'individuazione dei contenuti di questi due momenti. Sull'argomento v. V.F. MESSINEO, *Caratteri giuridici comuni, concetto e classificazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1960, 1, pp. 321ss.; G. MINERVINI, *Banca, attività bancaria, contratti bancari*, op. cit., pp. 313 ss. Per un approfondimento sulla nozione di «raccolta di risparmio fra il pubblico» si rinvia a R. COSTI, op. cit., pp. 203ss.; sulla nozione di «esercizio del credito» vedi F. VELLA, *L'esercizio del credito*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 47ss.; F.B. PORTALE, *Le operazioni bancarie*, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 831 ss.

¹⁰⁰ Così definita il concetto di banca coincide con il significato che la direttiva 77/780 attribuiva all'«ente creditizio». In generale sul concetto di “ente creditizio” nel diritto comunitario si rinvia a M. DE POLI, *I contratti delle banche nel diritto comunitario e internazionale*, op. cit., pp. 71ss. La definizione del legislatore del 1977 è rimasta immutata fino all'adozione del CRD IV Package nel 2013 e dalla sua modifica “*Banking Package*” del maggio 2019. Da ultimo, modificata nel dicembre 2019 dal Reg. UU 2019/2033, c.d. “*Investment Firms Regulation*” o “IFR” e dalla Dir. UE 2019/2034 c.d. “*Investment Firms Directive*” o “IFD”.

¹⁰¹ F. GIORGIANNI – C.M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario*, Milano Giuffrè, 2005, pp. 5-6.

¹⁰² F. GIORGIANNI – C.M. TARDIVO, op. cit.

Soprattutto alla fine degli anni '80 si avvertiva la necessità di prevedere norme trasparenti in tutti i settori in cui la collettività incontrava un soggetto fisiologicamente più forte¹⁰³.

Nel dettaglio la piccola/media impresa, ormai massicciamente presente sul mercato, lamentava la scarsa trasparenza relativa tanto alla conoscibilità del costo del credito *ex ante* quanto di quella *ex post* attraverso una difficile lettura degli estratti conto¹⁰⁴.

Il T.u.b., invece, nel Titolo VI ha introdotto una serie di norme destinate a regolare direttamente i rapporti tra banca e cliente, attraverso la previsione di norme di trasparenza con lo scopo di riequilibrare il rapporto tra banca e cliente, fisiologicamente asimmetrico. Invero, questo corpo normativo è stato preceduto dalla l. 19 febbraio 1992, n. 154, recante “Norme per la trasparenza¹⁰⁵ delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari” e ha trovato poi la sua collocazione nel citato Titolo VI del T.u.b., rubricato “Trasparenza delle operazioni contrattuali e dei rapporti con i clienti”¹⁰⁶.

Il processo di privatizzazione del settore bancario, con conseguente perseguimento di logiche prettamente imprenditoriali e, quindi, volte alla massimizzazione del profitto, imponeva al legislatore di tutelare direttamente i risparmiatori. Se fino a quel momento storico l'intervento pubblico si collocava *ex ante* nella ingerenza del potere pubblico negli affari bancari - e ciò poteva in qualche modo essere ritenuto una garanzia per i cittadini - a seguito dei mutamenti sociali, economici e giuridici di quegli anni, si rendeva necessaria l'introduzione di norme che tutelassero il singolo cliente, mediante la previsione normativa di disposizioni riconducibili alla nozione di “trasparenza”¹⁰⁷. Con l'entrata in

¹⁰³ Sul punto v. P. CARBONE, *La trasparenza bancaria e la tutela del risparmiatore*, in *Corr. Giur.*, 1992, 4, pp. 479ss. L'A. evidenziava come tale esigenza riguardasse diversi settori, tra cui l'attività inquisitoria della procedura penale, l'accesso alla documentazione della Pubblica Amministrazione, nonché quello bancario.

¹⁰⁴ La criticità è stata posta in luce da P. SCHLESINGER, *Problemi relativi alla c.d. “trasparenza bancaria”*, in *Il Corriere giur.*, 1989, 3, p. 229.

¹⁰⁵ Sulla trasparenza quale termine polisensu, v. G. ALPA, *La trasparenza delle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore*, in Associazione per lo sviluppo degli studi di borsa e Univ. Cattolica del sacro cuore, Quaderno n. 210, raccolta dell'intervento tenuto a Perugia, il 19.3.2004.

¹⁰⁶ Sulla trasparenza bancaria in generale, si vedano F. GRECO – M. LECCI, *La trasparenza bancaria, tra regole di disclosure, product governance, consumer behaviour e digitalizzazione del mercato*, Pisa, Pacini, 2020; E. CAPOBIANCO (cur.), *I contratti bancari*, in *Trattato Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2016; ID., *I contratti bancari*, op. cit., 2021; G. MUCCIARONE, *La trasparenza bancaria*, in V. ROPPO, *Trattato dei contratti, V, Mercati regolati*, Milano, 2014, pp. 663 ss.; A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013; A. MIRONE, *Sistema e sottosistemi nella nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, I, pp. 377 ss.; A. BARENGHI, *Note sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2, 2018, pp. 143ss.; G. DE NOVA, *La nuova trasparenza bancaria: le principali discontinuità*, in *Riv. Dir. priv.*, 2015, 3, 327-334; S. PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. Dir. Annali*, V, Milano, 2012, pp. 1280 ss.; A. NIGRO, *Presente e futuro della trasparenza bancaria: spunti di riflessione*, in *Diritto, Banca, merc. Fin.*, 2018, 3, pp. 351-364; L. MACCHIA, *Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*, in G. CRICENTI – F. GRECO (a cura di), *Il nuovo diritto bancario*, Giuffrè, 2020, pp. 219ss.

¹⁰⁷ P. RESCIGNO, *Trasparenza bancaria e diritto comune nei contratti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1990, 1, p. 301, evidenziava la «singolare fortuna» dell'espressione, avente la «capacità di investire ed illuminare

vigore del VI Titolo del T.u.b.¹⁰⁸ il legislatore prendeva atto dell'importanza del singolo cliente, il quale non veniva più solo considerato quale soggetto facente parte della collettività verso cui occorreva mantenere un livello di fiducia alto per la stabilità del mercato, bensì quale singolo soggetto di diritto privato.

Autorevole dottrina ha affermato 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»¹⁰⁹.

Le norme contenute nel titolo VI del T.u.b. sono state poi oggetto di alcune modifiche legislative che, ponendosi sulla stessa lunghezza d'onda, hanno rafforzato la tutela del cliente.

In primis, il CICR ha adottato la delibera 4.3.2003¹¹⁰, contenente la «disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni dei servizi bancari e finanziari», con cui si è attribuito a Banca d'Italia il potere di intervenire su singoli precetti normativi¹¹¹. La delibera, unitamente alle Istruzioni di vigilanza emanate dal Governatore della Banca d'Italia¹¹², ha dato attuazione alla disciplina della trasparenza bancaria¹¹³. La delibera CICR appena richiamata compendia anche l'attuazione delle delibere CICR del 9.2.2000, in materia di anatocismo (art. 120 T.u.b.) e di estinzione anticipata dei mutui fondiari (art. 40, co. 1 T.u.b.).

Il 29.7.2009 Banca d'Italia ha poi emanato le disposizioni in materia di «*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*»¹¹⁴, con cui si è precisato il confine tra la trasparenza relativa al

settori che sembravano connotati dalla impenetrabilità e dal mistero». Sul punto v. anche G. TUCCI, *Verso la tipizzazione dei contratti bancari*, in *Contratti*, 1995, 3, p. 325, secondo cui l'esigenza di trasparenza rappresentasse «l'occasione per operare radicali trasformazioni».

¹⁰⁸ Cfr. F. CAPRIGLIONE ET AL., *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, IV, Milano - Padova, 2018; M. PORZIO, *Testo unico bancario: commentario*, Milano, 2010; A.A. DOLMETTA, *le nuove modifiche al testo unico bancario: commento al D. lgs. 4 agosto 1999, n. 342*, Milano, 2000.

¹⁰⁹ E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 98.

¹¹⁰ Pubblicata in G.U. del 27 marzo 2003, n. 72.

¹¹¹ O. CAPOLINO, *La Banca d'Italia. La potestà regolamentare. I provvedimenti generali. I provvedimenti di carattere particolare*, in P. FERRO-LEUZZI e G. CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, Milano, 1996, I.

¹¹² Il riferimento è a Circolare 21.4.1999, n. 229, «Istruzioni di Vigilanza per le banche», aggiornata il 25.7.2003 «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari».

¹¹³ R. RAZZANTE, *La «trasparenza bancaria» entra nell'ordinamento*, in *Le società*, 2014, 1, pp. 37ss.

¹¹⁴ Sull'importanza di detto provvedimento vedi E. CAPOBIANCO – F. LONGOBUCCO, *La nuova disciplina della trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Digesto comm.*, Agg., VI, Torino, 2012, pp. 713ss; A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013.

settore bancario – disciplinata dal T.u.b. sotto la vigilanza di Banca d'Italia – con quello finanziario, regolato dal T.u.f e affidato alla vigilanza di Consob. Le disposizioni del 2009, successivamente integrate e modificate nel 2015 e nel 2019, hanno rafforzato quel processo di previsione di standard di comportamenti a carico degli intermediari, volto a rendere effettiva e chiara l'informazione che gli intermediari devono fornire ai clienti¹¹⁵. L'allegato 1 al documento di discussione delle Istruzioni richiede agli istituti bancari: «*semplicità sintattica e chiarezza lessicale sono calibrate sul livello di alfabetizzazione finanziaria delle differenti fasce di clientela, anche in relazione al prodotto proposto [...] Scrivere frasi semplici e brevi, con una sola informazione principale, pochi incisi e subordinate*». Tale documento chiarisce, quindi, come da un lato sia necessaria una selezione delle informazioni da fornire, dall'altro, che una buona informazione non è strettamente correlata alla sua quantità, quanto piuttosto, alla qualità delle stesse¹¹⁶.

Importanti modifiche all'apparato normativo sono state apportate nel 2010, a seguito dell'emanazione di alcune direttive europee. Nel dettaglio, il D. lgs. n. 11 del 27 gennaio 2010, entrato in vigore il 1° marzo 2010, ha recepito la Direttiva 2007/64/CE in materia di “*Payment Services Directive*” o PSD, con l'introduzione del Capo II-bis del Titolo VI del T.u.b., rubricato “*Servizi di pagamento*”, poi modificato ad opera della Dir. 2015/2366 PSD II, recepita con D. lgs. n. 218 del 15 dicembre 2017, entrato in vigore il 13 gennaio 2018.

Successivamente, è stata recepita con il d. lgs. 13 agosto 2010 n. 141¹¹⁷, entrato in vigore il 19 settembre 2010, la Direttiva 2008/48/CE in materia di contratti di credito ai consumatori¹¹⁸, con una conseguente sostanziale riforma del capo II del Titolo VI del

¹¹⁵ Sull'argomento vedi M. SCIUTO, *Il costo dell'informazione bancaria*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2011, 4, pp. 599 ss.

¹¹⁶ In tal senso F. GRECO – M. LECCI, *La trasparenza bancaria*, op. cit., p. 35.

¹¹⁷ Ai fini della individuazione del contraente destinatario della tutela è prevista la presenza di un elemento di ordine quantitativo. Credito superiore a € 200,00 e inferiore a € 75.000,00.

¹¹⁸ Tra le principali ragioni vi era quella di arginare la disparità sostanziale tra le normative nazionali. In tal senso, il Considerando (8) della direttiva affermava che: «È opportuno che il mercato offra un livello di tutela dei consumatori sufficiente, in modo da assicurare la fiducia dei consumatori. Ciò dovrebbe rendere possibile la libera circolazione delle offerte di credito nelle migliori condizioni sia per gli operatori dell'offerta sia per i soggetti che rappresentano la domanda, sempre tenendo conto di situazioni particolari negli Stati membri». Inoltre, nel considerando n. 26 è previsto che: «gli Stati membri dovrebbero adottare le misure appropriate per promuovere pratiche responsabili in tutte le fasi del rapporto di credito [...]. In un mercato creditizio in espansione, in particolare, è importante che i creditori non concedano prestiti in modo irresponsabile o non emettano crediti senza preliminarmente valutazione del merito creditizio [...]».

Sull'evoluzione della disciplina v. G. ALPA, *L'attuazione della direttiva sul credito al consumo*, in *Economia e Diritto del Terziario*, 1994, 1, p. 313ss.; L. DESIDERIO, *Credito al consumo e attività bancaria nella prospettiva comunitaria*, in F. CESARINI – S. SCOTTI CAMUZZI (a cura di), *Directive della CEE in materia bancaria: stato di attuazione e riflessi sulla operatività del sistema italiano*: atti del corso di aggiornamento e perfezionamento svolto in Milano 2-5 aprile 1990 presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore; R. CARRIERO, *Nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee d'indirizzo, questioni*

T.u.b. e con l'abrogazione delle norme contenute nel codice del consumo (artt. 40, 41 e 42 del d. lgs. 206/2005)¹¹⁹.

Il D.lgs. 13.8.2010 n. 141 ha riformulato l'art. 127 comma 1 T.u.b. che ora dispone 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 dei rapporti con la clientela». In tal modo, è stato ribadito il ruolo primario della trasparenza bancaria.

Nell'ottica della tutela consumeristica, l'Unione europea ha poi emanato la Dir. 2014/17/UE (c.d. “Mortgage Credit Directive” o “MCD”), recepita con il D. Lgs. 21 aprile 2016 n. 72, avente ad oggetto i contratti di credito garantiti da un'ipoteca o da un'altra analoga garanzia su beni immobili residenziali oppure da un diritto connesso ai beni immobili residenziali, ovvero «i contratti di credito finalizzati all'acquisto o alla conservazione di diritti di proprietà su un terreno o su una costruzione edificata o progettata»¹²⁰. Tale direttiva¹²¹ ha previsto «l'obbligo di effettuare una valutazione del merito creditizio prima di concedere un credito»¹²² (cap. II – Par. VIII.1).

La modifica alla disciplina del credito al consumo¹²³ si spiega anche in ragione dell'esigenza di tutelare maggiormente i clienti richiedenti il credito per fabbisogni della

irrisolte, problemi applicativi, in Riv. dir. civ., II, 2009, p. 509 ss.; M. DE POLI, *Le regole di comportamento dei “creditori” nella direttiva 2008/48/CE in materia di credito al consumo*, in Riv. banca e mercato fin, I, 2009, pp. 33ss.; M. GORGONI, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, in Resp. Civ. prev., 2011, 4, pp. 755ss.; ID., *Contratto di credito al consumatore*, in Dig. Disc. Priv., sez. comm., Aggiornamento *****, Torino, 2012, pp. 225ss.

¹¹⁹ Sull'abrogazione di tali disposizioni cfr. M. GORGONI, *Sui contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al capo II Titolo VI TUB, novellato dal Titolo I del D. Lgs. 141 dl 2010*, in Giur. mer., 2, 2011, p. 328. Sull'origine europea della disciplina consumeristica v. F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, Jovene, 2005; F. GRECO – M. LECCI, op. cit. pp. 61ss.; G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma – Bari, 2006.

¹²⁰ Per un approfondimento v. E. PELLECCIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in Banca, borsa, tit. cred., I, 2016, p. 206ss.; v. anche S. MAZZAMUTO, *I contratti bancari: un'introduzione*, in F. PIRAINO - S. CHERTI (a cura di), *I contratti bancari*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. XVIII; S. CHERTI – L. FOLLIERI, C. VERDI, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori* – in ID, pp. 197ss. T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in Contratti, 2015, 70ss.; P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo: commentario alla Direttiva 2014/17/UE*, in Fondazione Italiana del Notariato, 2015, 1, 1ss.; L. ALBANESE, *Il regime di trasparenza nel credito ai consumatori e nei contratti di credito immobiliare*, in F. GRECO (a cura di), *Manuale di diritto del risparmio*, cit., 121ss.

¹²¹ Recepita dal d. lgs. 21.4.2016 n. 72, pubblicato in G.U. 20.5.2016 n. 117.

¹²² Per un approfondimento sul tema e sul rapporto tra vigilanza e diritto privato v. P. SIRENA – D. FARACE, *I contratti bancari del consumatore*, in E. CAPOBIANCO (a cura di) *I Contratti bancari*, op. cit., pp. 270 ss. Il considerando 4 della direttiva individua una delle cause della grande crisi finanziaria: «nel comportamento irresponsabile nella concessione accensione di mutui e al potenziale margine per comportamenti irresponsabili da parte degli operatori del mercato, tra cui gli intermediari del credito gli enti non creditizi».

¹²³ M. GORGONI, *Sui contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al capo II Titolo VI TUB, novellato dal Titolo I del D. Lgs. 141 dl 2010*, in Giur. mer., 2, 2011, 324. È consumatore “colui che agisce per scopi

famiglia. Tale sottocategoria di soggetti, in quanto consumatori e, quindi, soggetti ancor più deboli, richiedenti importi legati al soddisfacimento di interessi familiari, sono divenuti destinatari di una disciplina *ad hoc*, ove gli obblighi informativi, soprattutto in termini di costo del credito, si sono resi ancor più stringenti, imponendo, di fatto, alle banche di «rivedere in profondità il proprio ambito negoziale per allinearsi a questa nuova disciplina»¹²⁴.

Il legislatore europeo, puntando all'armonizzazione della legislazione dei Paesi membri, funzionale altresì alla creazione di un mercato unico, ha inteso fissare standard minimi di tutela. Autorevole dottrina¹²⁵, tuttavia, ha sollevato sin da subito alcune condivisibili perplessità circa la possibilità di raggiungere l'obiettivo prefissato, evidenziando al contempo la parzialità della disciplina del credito al consumo e la mancanza di uniformità delle sanzioni.

Al fine di rendere più incisiva la portata degli interventi normativi richiamati, l'interprete ha giustificato la necessità di una tutela diretta del cliente richiamando, nell'arco di una lettura costituzionalmente orientata del diritto privato¹²⁶, l'art. 47 Cost¹²⁷ e determinando uno spostamento di attenzione dal risparmio al soggetto protetto¹²⁸.

La tutela del risparmio, da un lato, consente l'esercizio regolamentato dell'attività creditizia, dall'altro, è strumento di sicurezza della persona, quale accantonamento di risorse necessarie a fronteggiare esigenze personali e familiari. Dunque, esso rappresenta un mezzo per la rimozione di ostacoli di ordine economico e sociale limitativi della libertà e dell'eguaglianza dei cittadini¹²⁹.

estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta», ex art. 3, comma 1, lett. a), c. cons.

¹²⁴ Così, M. DE POLI, *I contratti delle banche nel diritto comunitario e internazionale*, op. cit., p. 91.

¹²⁵ M. GORGONI, op. cit., p. 324.

¹²⁶ P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. Dir. civ.*, 1980, pp. 95ss.; ID., *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990, pp. 20ss.

¹²⁷ Sul rapporto tra la trasparenza e la tutela del risparmio si rinvia a G. SANTONI, *I costi organizzativi ed economici delle discipline di trasparenza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, 5, pp. 719 ss.; sulla disposizione costituzionale, in generale, cfr. G. ARIOLLI, *La tutela del risparmio. Quadri di sintesi della giurisprudenza costituzionale*, 2008, reperibile sulla pagina web www.cortecostituzionale.it/informazione/files/ST_211_LaTutelaDelRisparmio.pdf; S. BARONCELLI, *Art. 47 voce*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, vol. I, Utet, 2006; C. BUZZACCHI, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della Banca Centrale Europea: beni costituzionali che intersecano ordinamento della Repubblica e ordinamento dell'Unione Europea*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, 2, pp. 39ss.; F. FIORDIPONTI, *Tutela del risparmio: principi costituzionali e rimedi civilistici*, Napoli, 2012; F. ZATTI, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio: dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno?*, in *Studi in onore di V. Atripaldi*, vol. II, Napoli, pp. 1469ss.

¹²⁸ G. GUIZZI, *Attualità e prospettive nel sistema della tutela del risparmio*, in *Corr. Giur.*, 2016, 6, p. 746.

¹²⁹ E. CATERINI, *Credito al consumo, "tutela e incoraggiamento del risparmio", sovraindebitamento*, in G. VILLANACCI (a cura di), *Credito al consumo*, Napoli, pp. 46-47.

Nonostante l'introduzione di un'apposita disciplina, si sono verificate crisi economiche che hanno messo in discussione l'efficacia degli strumenti normativi pensati dal legislatore. Si è ancor più compreso che la tutela della stabilità del mercato dipenda da un'effettiva e concreta tutela del singolo cliente. Il legislatore, pertanto, ha procedimentalizzato ancor di più il comportamento dei soggetti professionali¹³⁰ nei rapporti intercorrenti con i loro clienti.

Soprattutto il legislatore sovranazionale ha fatto ricorso a un vero e proprio *iter* formativo del contratto, anche in considerazione della circostanza per cui lo schema negoziale è predisposto unilateralmente dal soggetto più forte, al quale aderisce il cliente.

Preso atto della disparità contrattuale tra le parti e della non completezza delle norme civilistiche tradizionali in tema di contratto, il Testo Unico ha introdotto una serie di norme che tentano di riequilibrare, sul piano della procedimentalizzazione dei comportamenti prescritti in capo alla Banca e sul piano dei rimedi, il rapporto fisiologicamente asimmetrico intercorrente tra banca e cliente.

Nel dettaglio, gli artt. 115-120 del T.u.b. rappresentano una disciplina generale delle operazioni, dei contratti e dei servizi bancari.

Mediante l'introduzione della sezione regolante la trasparenza, il legislatore ha inteso «rendere noti al cliente prima che divenissero vincolanti le clausole del contratto, i meccanismi matematico-economici ad esso sottostanti, il piano complessivo dei vantaggi e degli svantaggi di cui il contratto, predisposto unilateralmente dall'impresa, si fa espressione»¹³¹.

Con tale disciplina si tutela, anzitutto, «il diritto del risparmiatore all'accesso equo al contratto di credito»¹³².

Pertanto, la trasparenza bancaria è intesa quale mezzo di comunicazione al pubblico di tutte le condizioni economiche e, quindi, del costo delle operazioni poste in essere.

Al fine del perseguimento di tale scopo è stato rafforzato l'obbligo formale, sia nella fase della sottoscrizione dei contratti, sia in quella precontrattuale.

¹³⁰ P. RESCIGNO, *Trasparenza bancaria e diritto comune dei contratti*, op. cit. p. 301; R. LENER, *Trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *Società*, 1994, 12, pp. 1694; M. DE POLI, *La trasparenza delle operazioni bancarie secondo il testo unico: primi appunti*, in *Riv. Dir. civ.*, 1994, II, p. 524.

¹³¹ Testualmente G. ALPA, *La "trasparenza" del contratto nel settore bancario, finanziario e assicurativo*, in *giur. it.*, 1992, IV, pp. 409ss.

¹³² E. CATERINI – G. MURGOLO, *La trasparenza bancaria*, op. cit. 151.

Sono state poi determinate le conseguenze del mancato rispetto delle prescrizioni formali, prevedendo delle ipotesi di nullità relative che, in quanto tali, possono essere fatte valere solo dalla parte a tutela della quale sono poste o d'ufficio dal giudice (art. 127 T.u.b.)¹³³. Anzitutto, è stato introdotto un dovere (ex art. 116 T.u.b.) di pubblicizzare¹³⁴, in ciascun locale¹³⁵ della banca aperto al pubblico, secondo i criteri e le modalità stabilite dall'Autorità Amministrativa¹³⁶, le condizioni economiche¹³⁷ – spese, commissioni, tassi di interesse – relative alle operazioni e ai servizi offerti, nonché per i finanziamenti, il TEGM (tasso effettivo globale medio) e l'ISC (indicatore sintetico di costo). Tale ultima informazione consente alla clientela di confrontare i costi dei vari istituti di credito operanti nel settore.

Dal contenuto di tali prescrizioni emerge che il legislatore impone degli obblighi, in capo agli intermediari, prodromici alla conclusione del contratto, attraverso l'imposizione di una serie di informazioni che devono essere rese in favore della clientela¹³⁸. Sono poi state introdotte anche disposizioni in tema di forma *ad substantiam* del contratto¹³⁹, il quale deve contenere l'indicazione del tasso di interesse e di tutte le condizioni applicate in corso del rapporto (ex art. 117 T.u.b.), con contestuale obbligo di consegna di un esemplare al cliente. Tale disposizione aveva suscitato alcune perplessità¹⁴⁰, in quanto si paventava che potesse rappresentare un ostacolo alla speditezza ed un appesantimento dei costi. Tale doglianza non merita di essere condivisa, in quanto se da un lato la speditezza dei traffici è un valore importante, *a fortiori* lo è la certezza dei traffici, che può essere più efficacemente garantita con una simile previsione.

¹³³ R. LENER, *Trasparenza delle condizioni contrattuali e modelli di tutela del cliente nel Testo Unico del credito*, in G. ALPA – M. BESSONE (a cura di), *Giur. sist. Dir. civ. e comm., I contatti in generale*, II, Torino, 1999, p. 1166.

¹³⁴ Il comma 4 dell'art. 116 T.u.b. esclude che detta pubblicità possa costituire un'offerta al pubblico.

¹³⁵ Per locale aperto al pubblico deve intendersi il luogo in cui si svolge istituzionalmente l'attività di impresa. La disposizione non riguarda le offerte contenute in *depliant* o nei cartelloni pubblicitari affissi fuori dai locali in cui si espleta l'attività bancaria.

¹³⁶ Sul punto v. F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, op. cit. p. 5. L'A. osserva come attraverso la previsione dell'art. 116 comma 2 lett. c) T.u.b. – secondo cui il Ministro del Tesoro, sentita la Banca d'Italia, stabilisca con riguardo ai titoli di Stato gli ulteriori obblighi di pubblicità, trasparenza e propaganda da osservare nell'attività di collocamento – il legislatore ha inteso rafforzare ulteriormente l'obbligo di informazione in favore del cliente con specifico riferimento al settore dei titoli di Stato.

¹³⁷ Il previgente art. 2 lett. b) l. 154/1992 conteneva un riferimento generico alle “condizioni”. Sul punto F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, cit. 4-5; P. GAGGERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato, il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 82.

¹³⁸ F. GRECO, op. cit., p. 5.

¹³⁹ Sia consentito il richiamo a M. CHIRONI, *Il formalismo nei contratti bancari*, in F. GRECO (a cura di), *Manuale di diritto del risparmio*, Pensa, Brescia-Lecce, II ed. 2021, pp. 25ss.

¹⁴⁰ P. RESCIGNO, *Trasparenza bancaria e diritto comune dei contratti*, cit., 305. Si domanda L'A. “come possa giustificarsi la rinascita del formalismo nell'età dell'informatica e dell'assiduo moltiplicarsi di servizi che possono chiedersi e rendersi senza la fisica presenza del cliente e della banca”.

Si consideri in aggiunta, come nel mercato del credito, il formalismo assuma una notevole importanza in considerazione del fatto che i prodotti bancari sono costituiti da contratti e non da cose o beni tangibili ed empiricamente valutabili¹⁴¹.

Il comportamento della Banca è dettagliato in tutte le fasi del rapporto, da quella precontrattuale (ex art. 116 T.u.b.), a quella della negoziazione (art. 117 T.u.b.), financo al momento successivo, in cui sussiste il diritto del cliente di ottenere la consegna della documentazione contrattuale, sia in corso di rapporto, sia successivamente alla sua conclusione (art. 119 T.u.b.), mediante l'osservanza di regole di comportamento a "destinatario necessario"¹⁴². La sezione sulla trasparenza ha lo scopo di rendere edotto il cliente riguardo le implicazioni sottese alla conclusione del contratto e, all'uopo, di garantire che le condizioni su cui si sia formata la volontà del cliente siano rispettate in sede negoziale e, soprattutto, nel corso di esecuzione del rapporto.

Nell'art. 118 T.u.b.¹⁴³ è stata prevista la possibilità, nei contratti di durata, di inserire una clausola che consenta alla banca di modificare i tassi, i prezzi e le altre condizioni (c.d. *ius variandi*) in presenza di un giustificato motivo. Tale diritto potestativo della Banca deve essere oggetto di specifica pattuizione contrattuale¹⁴⁴.

Quanto alla disciplina del credito al consumo¹⁴⁵, tra le novità introdotte con la direttiva, merita menzione l'art. 3 lett. g) che ha apportato una definizione del c.d. «costo totale del credito per il consumatore», espresso con il TAEG (Tasso Annuo Effettivo Globale) e rappresentato in forma di percentuale annua sull'importo totale del credito, includendovi i costi accessori obbligatori per la concessione del credito. L'argomento sarà diffusamente affrontato nel II capitolo; preme però, sin d'ora, evidenziare la centralità assunta dal concetto di TAEG nella contrattazione consumatore – Banca, già nella fase prodromica

¹⁴¹ Sul punto v., E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, in *Quaderni Della Rassegna di diritto civile* diretta da P. PERLINGIERI, Napoli, ESI, 2000, p. 113.

¹⁴² L'espressione è riconducibile a A. DI MAJO, *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, I, p. 292.

¹⁴³ Si vedano A. SANTANGELO, *Art. 118 – Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali*, in *Commentario T.u.b. Capriglione*, t. III, (artt. 98-126), Padova, 2012, pp. 171 ss.

¹⁴⁴ Sul tema v. E. CAPOBIANCO, op. cit., p. 35. Inoltre, a seguito della riforma operata dal D.L. 13.8.2010 n. 141, ha introdotto una distinzione tra contratti a tempo indeterminato (es. conti correnti) e gli altri contratti di durata (contratti di mutuo, aperture di credito a tempo indeterminato). Sull'argomento v. S. PAGLIANTINI, *La nuova disciplina del cd. ius variandi nei contratti bancari: prime note critiche*, in *Persona e mercato*, 2010, 4, pp. 289ss. Sull'introduzione del comma 2bis, applicabile al cliente non consumatore e non micro-impresa e nelle sole ipotesi di contratti a tempo indeterminato, si rinvia a P. FERRO-LUZZI, *Lo ius non variandi: prime considerazioni e alcune supposizioni, sulla comma 2-bis dell'art. 118 T.u.b., dopo la L. 106/2011*, in *ilcaso.it*. Tale disposizione ha previsto la possibilità di modificare i tassi di interessi unilateralmente al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto e inseriti in clausole specificatamente sottoscritte.

¹⁴⁵ Sui contratti di credito ai consumatori v. M. GORGONI, *I contratti di credito ai consumatori*, in G. CRICENTI – F. GRECO (a cura di) *Il nuovo diritto bancario*, op. cit., pp. 517ss.

alla conclusione del contratto. Ciò si evince, in particolare, dalla previsione dei rimedi normativi previsti nelle ipotesi di difformità tra TAEG pubblicizzato e TAEG stipulato e applicato nel corso del rapporto.

In generale, la direttiva sul credito al consumo ha focalizzato la propria attenzione sul dovere di cooperazione informativa tra la banca e il consumatore¹⁴⁶, anticipando gli obblighi informativi ancora prima dell'inizio delle trattative e, quindi, sin dal momento di fase promozionale dell'offerta di credito al consumo (artt. 123-124 T.u.b.). In ossequio al processo di standardizzazione della contrattazione, è previsto¹⁴⁷ che, prima della conclusione del contratto, il cliente riceva il modulo c.d. SECCI (*Standard European Consumer Credit Information*), contenente le “*Informazione Europee di base sul credito ai consumatori*”.

La sezione della trasparenza bancaria è divenuta, quindi, terreno fertile per la previsione delle disposizioni in tema di contrattazione bancaria¹⁴⁸ caratterizzata dalla differenza conoscitiva tra le parti, nonché da una società sempre più digitalizzata¹⁴⁹. Parte di dottrina¹⁵⁰ ha precisato che sia la connotazione soggettiva sia quella oggettiva dell'attività bancaria hanno perso le caratteristiche di esclusività.

In particolare, la normativa contenuta nel capo I trae le proprie origini dalle lacune del codice civile nella disciplina dei contratti bancari, rendendo necessaria una normativa avente carattere generale¹⁵¹.

Del resto, l'assenza di una effettiva e concreta tutela della parte più debole del rapporto ha generato il proliferarsi di un elevato numero di contenzioso. I Tribunali hanno dovuto così affrontare controversie nuove e dotate di elevato tecnicismo giuridico e contabile. Ciò ha comportato delle conseguenze negative in tema di certezza del diritto, determinando, anche, gravi instabilità economiche, l'aumento dei processi pendenti innanzi ai tribunali, con grave nocumento alla loro definizione in tempi ragionevoli.

¹⁴⁶ L'art. 121, comma 1 lett. a) T.u.b. definisce il consumatore la «persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta».

¹⁴⁷ Si tratta di un modulo che riproduce l'allegato II della Direttiva 2008/48/CE, allegato 3C e 4D delle Istruzioni di Banca d'Italia del luglio 2009.

¹⁴⁸ Sui contratti bancari si vedano E. CAPOBIANCO, *I contratti bancari*, op. cit.; G. LIACE, *I contratti bancari*, Padova, 2002; F. PIRAINO – S. CHERTI, *I Contratti bancari*, in S. MAZZAMUTO – E. MOSCATI (a cura di), *La didattica del diritto civile*, Torino, Giappichelli, 2016; M. DE POLI, *Il “contratto bancario” tra tutela della liquidità e trasparenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, pp. 261ss.

¹⁴⁹ Sul punto v. M. DE POLI, *Il contratto bancario tra tutela della liquidità e trasparenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 261ss; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *I contratti bancari_ nozione e fonti*, in V. ROPPO (a cura di) *Trattato dei contratti*, V, *Mercati regolamentati*, Milano, 2014, p. 641.

¹⁵⁰ A. SCIARRONE ALIBRANDI, *I contratti bancari: nozione e fonti*, op. cit. pp. 644-645.

¹⁵¹ Per un approfondimento sul tema vedi M. SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti*, in G. COTTINO (a cura di) *Trattato di diritto commerciale*, VI, Padova, 2001.

Il complesso delle norme che, sarà approfonditamente esaminato nel successivo capitolo, è mutato negli anni, risultando «frammentario, incoerente e talora contraddittorio»¹⁵², con il rischio che l'«attenzione per il particolare» rischi di far «sfuggire l'insieme»¹⁵³. Già all'indomani dell'emanazione del d.lgs. 141/2010, la più attenta dottrina aveva osservato che la direttiva europea, al fine di non escludere l'intervento di ciascun Stato membro nella completa regolamentazione, avesse introdotto una disciplina parziale ed incompleta¹⁵⁴.

Difatti, tutti gli interventi normativi succedutesi negli anni sotto le spinte del legislatore europeo¹⁵⁵ hanno aumentato considerevolmente il numero delle disposizioni contenute nella sezione della trasparenza bancaria¹⁵⁶. A tali disposizioni devono aggiungersi il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, in attuazione della direttiva 2007/64/CE (PSD – *Payment services directive*)¹⁵⁷, per i servizi di pagamento, sostituita poi dalla direttiva UE 2015/2366 (PSD2)¹⁵⁸, recepita dal d. lgs. 218/2017, nella parte non trasposta nel Testo unico, la l. 108/1996 e l'art. 1815 c.c. per l'usura e i suoi rimedi civilistici, i decreti ministeriali e le disposizioni di trasparenza della Banca d'Italia, oltre al richiamo di norme in materia di tutela dei consumatori¹⁵⁹.

III.1 (segue) LA TRASPARENZA NELLA DISCIPLINA DEI SERVIZI DI PAGAMENTO

L'evoluzione tecnologica che ha riguardato tutti i settori della società - inclusa la materia bancaria - e l'affermazione della globalizzazione, unitamente alla pluralità di disposizioni emanate dall'Unione Europea, hanno indotto il legislatore unionale a emanare la già citata

¹⁵² A. BARENGHI, op. cit.

¹⁵³ G. MUCCIARONE, op. cit. p. 665.

¹⁵⁴ Tali furono le osservazioni di G. DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina del credito al consumo*, in *Contratti*, 2009, 12, pp. 1151ss.; ID., *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 355.

¹⁵⁵ Sul decentramento della sovranità in favore dell'Unione europea, si veda M. CLARICH, *La disciplina del settore bancario in Italia: dalla legge bancaria del 1936 all'Unione Bancaria Europea*, in *Giur. comm.*, 1, 2019, p. 35.

¹⁵⁶ Attualmente il Titolo VI contiene 68 articoli, divisi in numero sei Capi.

¹⁵⁷ Direttiva integrata con due regolamenti. Il Reg. CE n. 924/2009 relativo ai pagamenti transfrontalieri tra i Paesi membri. Il Reg. UE n. 260/2012 che è intervenuto sui requisiti tecnici e commerciali per i bonifici e per gli addebiti diretti in euro.

¹⁵⁸ La modifica della disciplina si era resa necessaria in virtù della digitalizzazione dei servizi bancari e dei conseguenti potenziali rischi per la sicurezza dei clienti. Il Regolamento UE n. 751/2015 ha integrato la disciplina mediante l'inserimento di regole uniformi concernenti le commissioni interbancarie per i pagamenti effettuati con carta.

¹⁵⁹ A. ZOPPINI, *Tutela dei consumatori e regole di funzionamento dei mercati. I problemi aperti*, in <http://www.agcm.it/component/joomdoc/eventi/ventennale/VEN-0129Intervento-Zoppini.pdf/download.html>.

dir. (UE) 2015/2366, c.d. PSD II¹⁶⁰. Di seguito sarà trattato il tema della trasparenza della disciplina, rinviando l'approfondimento delle norme a tutela del cliente al capitolo II.

L'art. 1 comma 2 lett. b chiarisce che l'ambito di intervento riguarda i servizi di pagamento quando questi siano svolti «a titolo di occupazione principale o di attività commerciale regolare» dalle banche. La nuova direttiva ha migliorato i risultati già raggiunti da PSD in termini di riduzione dei costi per gli utenti e di maggiore efficienza dei servizi, incrementando, tuttavia le tutele in capo ai clienti, tra cui *in primis* la sicurezza dei pagamenti¹⁶¹.

Inoltre, la direttiva disciplina tutte le fasi dell'attività di prestazione dei servizi di pagamento: la fase di accesso al mercato e dei suoi operatori, coordinando le disposizioni nazionali, la fase della trasparenza delle condizioni contrattuali e, infine, quella riguardante gli obblighi contrattuali del prestatore dei servizi e, al contempo, i diritti dell'utente. Anche in tale settore vengono imposti obblighi informativi in favore del cliente, il quale ha il diritto «di ricevere informazioni importanti a titolo gratuito prima che sia vincolato da qualsiasi contratto di servizi di pagamento»¹⁶² oltre al diritto di essere messo a conoscenza dei costi e delle spese del servizio al fine di orientare la propria scelta¹⁶³.

La stessa direttiva è consapevole della circostanza per cui il cliente-consumatore necessita di un livello di protezione maggiore¹⁶⁴.

L'art. 40 della direttiva stabilisce che le spese dell'informazione non devono essere addebitate dal prestatore dei servizi di pagamento all'utente. I commi 2 e 3 precisano, però, che le parti comunque possono concordare di accollare all'utente il costo delle

¹⁶⁰ Per un quadro completo si rinvia a E. BANI, V. DE STASIO e A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Introduzione, in L'attuazione della seconda direttiva sui servizi di pagamento e "open banking"*, Sestante, Bergamo, 2021; V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, Giuffrè, 2016; M. DE POLL, *I contratti delle banche nel diritto comunitario e internazionale*, op. cit. pp. 119ss.; V. SANTORO (a cura di), *Il diritto dei sistemi di pagamento*, Giuffrè, 2007; M. RISPOLI FARINA, *Informazioni e servizi di pagamento*, in AGE, 2015, pp. 175ss.; N. SALANITRO, *Obblighi informativi e oneri probatori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 4, p. 417.

¹⁶¹ Il considerando n. 7 afferma: «Negli ultimi anni, i rischi di sicurezza relativi ai pagamenti elettronici sono aumentati. Ciò è dovuto alla crescente complessità tecnica dei pagamenti elettronici, al continuo aumento del numero di pagamenti elettronici effettuati in tutto il mondo e all'avvento dei nuovi tipi di servizi di pagamento. La sicurezza dei servizi di pagamento è una condizione fondamentale per il funzionamento e relativo mercato. È quindi opportuno che gli utenti di tali servizi godano di un'adeguata protezione contro tali rischi. I servizi di pagamento sono essenziali per il funzionamento di attività economiche e sociali cruciali».

¹⁶² Così il considerando n. 59.

¹⁶³ Così il considerando n. 84.

¹⁶⁴ Sul punto v. l'art. 38 comma 1 PSD II, disponendo che il Titolo III in materia di trasparenza delle condizioni e requisiti informativi si applica a tutte le operazioni di pagamento e a tutti i servizi di pagamento. Precisa, inoltre, che «le parti possono decidere che se non si applica interamente o parzialmente se l'utente di servizi di pagamento non è un consumatore».

prestazioni di informazioni supplementari o più frequenti, a condizione, però, che esse siano ragionevoli e proporzionate ai costi effettivi sostenuti dal prestatore di servizi di pagamento. L'art. 41 disciplina l'onere della prova, in relazione ai requisiti informativi, stabilendo che: *«gli Stati membri prevedono che il prestatore di servizi di pagamento sia soggetto all'onere di dimostrare che si è attenuto ai requisiti informativi di cui al presente titolo»*.

Ai sensi degli artt. 44 e 45 il prestatore è tenuto a fornire, «in modo facilmente accessibile» all'utente una serie di informazioni, concernenti “l'identificativo unico” che l'utente deve fornire per la corretta esecuzione dell'ordine di pagamento, il tempo massimo dell'esecuzione del servizio, le spese del tasso di cambio effettivo, il nome del prestatore di servizi, i recapiti dell'autorità di vigilanza.

Invece, gli artt. 50-58 disciplinano gli obblighi informativi concernenti le operazioni di pagamento rientranti in un contratto quadro, aggiungendo a quanto già previsto dalla disciplina delle operazioni singole, anche le informazioni riguardanti le comunicazioni, le modifiche e il recesso del contratto quadro, nonché quelle afferenti al ricorso all'Autorità giudiziale o al reclamo extragiudiziale. A differenza delle singole operazioni, in cui è prevista solo la possibilità su richiesta del cliente, l'art. 51 stabilisce che il prestatore fornisce all'utente, su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, le informazioni e le condizioni di cui all'articolo 52. Anche nel settore servizi di pagamento collegati al contratto quadro, dunque, la copia cartacea dell'informativa diviene elemento fondamentale. Viene poi altresì previsto il diritto dell'utente di ricevere, in qualsiasi momento, le condizioni contrattuali del contratto quadro e le condizioni specificate.

La Direttiva è stata recepita all'interno del T.u.b.

Conformemente alle disposizioni contenute nel T.u.b., afferenti agli altri tipi di rapporto che possono sussistere tra Banca e cliente, anche la normativa sui servizi di pagamento è caratterizzata dai principi di trasparenza. L'art. 34 del D. lgs. n. 11/2010, così come modificato dal Titolo III della PSD 2, inaugura il Capo II-bis del Titolo VI T.u.b. Si tratta di un sottosistema del generale sistema bancario, tant'è che l'art. 115 T.u.b. dispone che le norme generali in tema di trasparenza non si applicano ai servizi di pagamento, salvo che non siano espressamente richiamate.

L'art. 126bis comma 3 T.u.b. individua l'ambito soggettivo della disciplina, ai sensi del quale le disposizioni del Capo II-bis possono essere pattiziamente disapplicate, in tutto o in parte, nel caso di utilizzatore che non sia né consumatore né microimpresa. Ciò rende ancora più complessa l'individuazione degli ambiti oggettivo e soggettivo di applicazione

e conferma quanto già sostenuto nei precedenti capitoli relativamente alla frammentarietà della disciplina, nonché alla mancanza di sistematicità e di organicità. La stessa disciplina dei servizi di pagamento non può, quindi, dirsi unitaria¹⁶⁵.

La normativa prevede, anzitutto, contenuti e modalità delle informazioni obbligatorie, quali specificate nelle “Disposizioni di Vigilanza”¹⁶⁶, sicché le informazioni devono soddisfare i requisiti di massima chiarezza¹⁶⁷. Anche i servizi di pagamento, dunque, sono caratterizzati da una «dorsale informativa»¹⁶⁸. Le norme sono inderogabili per tutti gli utilizzatori.

È poi richiesto il rispetto del requisito di forma *ad substantiam* proprio dell’esperienza bancaria. Sono poi disciplinate le ipotesi di *ius variandi*, la facoltà per l’utilizzatore di recedere *ad nutum* e senza spese; mentre il prestatore potrà recedere solo con preavviso di almeno due mesi e sempre che il contratto preveda tale possibilità.

In generale, si tratta di disposizioni che mirano a riequilibrare il rapporto asimmetrico tra i soggetti più deboli e meno avvezzi all’utilizzo di detti strumenti, consumatore e micro-impresa, rispetto al soggetto professionale.

In tale prospettiva deve essere interpretato il regime probatorio, applicabile all’ipotesi di errata o mancata disposizione di pagamento¹⁶⁹.

IV. LA FRAMMENTARIETÀ DELLE DISCIPLINE BANCARIE

Le discipline specifiche di volta in volta introdotte (es. credito al consumo, PSD e PSD2) non sono state coordinate con le disposizioni di carattere generale relative alla trasparenza contenute nel T.u.b., creando così inutili sovrapposizioni e duplicazioni¹⁷⁰, oltre che gravi

¹⁶⁵ Criticano l’esclusione O. TROIANO, *La nuova disciplina privatistica comunitaria dei servizi di pagamento: realizzazioni e problemi della Single Payment Area*, in *Il nuovo quadro normativo e comunitario dei servizi di pagamento*, op. cit., p. 53ss; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Le regole contrattuali*, in M. RISPOLI FARINA ET AL. *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE.*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 95; V. ROPPO, *L’utenza dei servizi di pagamento: Consumatori? Professionisti? Clienti?*, in *ibidem*, pp. 292ss. nutre dubbi circa l’effettiva applicazione della deroga da parte degli intermediari.

¹⁶⁶ Il riferimento è alle Disposizioni di Banca d’Italia in tema di «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti», da ultimo modificate il 19.3.2019.

¹⁶⁷ L’art. 126 quater T.u.b. richiede che le disposizioni siano di “facile comprensione” e di “forma chiara e leggibile”. Più diffusamente v. M. ONZA, *La “trasparenza” dei “servizi di pagamento” in Italia (un itinerario conoscitivo)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, 1, pp. 578ss.

¹⁶⁸ M. DE POLI, *Contrattazione bancaria e “dorsale informativa”*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, II, p. 378ss.

¹⁶⁹ Cfr. M. RISPOLI FARINA, *sub art. 34, comma 1, lett. b)*, in ID. (a cura di), *Commento Sub art 34, comma 1, lett. b)*, D. Lgs. n. 11/2010. *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 528.

¹⁷⁰ Una simile frammentazione è critica da A.A. DOLMETTA, *Efficienza del mercato e «favor naturalis» per le imprese bancarie*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 5, pp. 1237-1238, secondo cui «Marginalizzazioni e frantumazioni della trasparenza sono fattori di mortificazione della medesima: sul piano del valore e dello spessore, come pure su quello interpretativo e applicativo. Non solo. La frantumazione complica per niente la vita. Da un lato, fa smarrire il senso della normativa; dall’altro (e in via correlata) legittima comportamenti di violazione da parte delle imprese (subito pronte a invocare ad esimente il peso di

problemi di interpretazione¹⁷¹. In linea generale, si può ragionevolmente sostenere che la disciplina del Capo I sia divenuta una normativa di carattere generale di tipo residuale¹⁷², trovando la stessa applicazione solo in difetto di ulteriori speciali disposizioni. Si segnala, tuttavia, la carenza di principi e di norme generali applicabili indistintamente dal tipo di operazione posta in essere o dalla qualifica soggettiva assunta dal cliente.

Gli esempi di frammentarietà sono plurimi.

La disciplina sui servizi di pagamento (PSD), confluita nel Capo II-bis del T.u.b., ha introdotto delle differenze rispetto alla parte generale, in tema di *jus variandi*¹⁷³ e dell'informativa pubblicitaria. La PSD2, nell'articolo 54 comma 1, riferito alla variazione delle condizioni contrattuali, riconosce al cliente il potere di rifiutare la modifica unilaterale proposta con almeno due mesi di anticipo rispetto alla data di applicazione, mediante una comunicazione da effettuare nei termini di legge, contrariamente a quanto previsto dalla normativa generale nell'art. 118 T.u.b.¹⁷⁴.

L'art. 126-septies¹⁷⁵, in deroga a quanto previsto dall'art. 120-bis T.u.b., prevede il diritto di recesso¹⁷⁶ dal contratto quadro, senza penalità e senza spese, anche nei contratti a tempo determinato.

Inoltre, problemi interpretativi fonte di un elevato numero di contenzioso, con nocumeto della certezza del diritto, riguardano la differenza tra la funzione assolta dal TAEG e dall'ISC.

Si è già precisato che la funzione assolta dall'ISC¹⁷⁷ consente al cliente di avere un'immediata percezione dei costi legati a quella specifica operazione, anche al fine di procedere a una comparazione con altri operatori.

formalismi che le stesse dichiarano senz'altro inutili, improduttivi e anzi portatori di censure opportunistiche».

¹⁷¹ A. MIRONE, *Sistema e sottosistemi*, op. cit. L'A. discorre di tre settori di trasparenza: operazioni e servizi bancari e finanziari, credito al consumo, servizi di pagamento.

¹⁷² M. NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla "consulenza" nella erogazione del credito?*, in *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Torino, 2011, p. 33.

¹⁷³ La nuova disciplina del *ius variandi* nei rapporti a tempo determinato è stata, però, modificata dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modifiche dalla l. 12 luglio 2011, n. 106.

¹⁷⁴ Sull'argomento v. A. MIRONE, *La «rilevanza del tempo» nella disciplina dei rapporti bancari di durata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, pp. 442ss.

¹⁷⁵ Tale diritto è previsto dal considerando numero 62 della direttiva. La disciplina del T.u.b. è ancor più favorevole per l'utente, in quanto la direttiva prevede la recedibilità senza alcun costo sol per i contratti quadro in vigore da più di sei mesi.

¹⁷⁶ In argomento, B. SZEGO, *Sub art. 126-septies*, in *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, a cura di M. MANCINI ET AL, Torino, 2011, pp. 567 ss.

¹⁷⁷ L'ISC è stato introdotto dalla dir. 90/88 e recepito dalla delibera CCR del 4.3.2003 n. 286.

Nella prassi si riscontra che le banche, anche nelle ipotesi di finanziamenti concessi non in favore di consumatori, indicano il costo del credito con l'espressione del TAEG, il quale è tuttavia, utilizzabile solo per la disciplina del credito al consumo. Mentre nei casi di finanziamenti non ai consumatori il costo del credito è rappresentato dall'ISC, la cui erronea indicazione o diversa applicazione rispetto a quanto previsto in contratto, tuttavia, non determina la nullità della clausola con applicazione del tasso BOT. Tanto poiché l'art. 117 T.u.b. impone l'indicazione in contratto di tutti i costi e tutti i tassi del finanziamento, ma non anche quella dell'ISC. Tuttavia, la funzione assolta dall'ISC è proprio quella di significare il costo del credito. L'orientamento che si è consolidato in seno alla giurisprudenza¹⁷⁸ ritiene che eventuali vizi dell'ISC non determinino la nullità della clausola così come invece accade in presenza di vizi del TAEG nell'ipotesi di credito al consumo.

Secondo detto orientamento, l'ISC informa il mutuatario del costo complessivo del credito erogato, mentre le varie voci di costo – interessi, spese e commissioni – sono pattuite in altre specifiche clausole, con la conseguenza che l'ISC non rappresenterebbe una specifica condizione da applicare al contratto di finanziamento, svolgendo unicamente una funzione informativa finalizzata a porre il cliente nella posizione di conoscere il costo totale effettivo del finanziamento prima di accedervi. L'erronea qualificazione dell'ISC, quindi, non comporterebbe una maggiore onerosità del finanziamento. Non essendo prevista poi alcuna ipotesi di nullità, diversamente dall'art. 125bis, l'errata indicazione dell'ISC, per granitico orientamento giurisprudenziale, comporta una violazione di un obbligo pubblicitario che non è causa di nullità della clausola contrattuale. Pertanto, l'unico rimedio per il cliente sarebbe quello di eccepire una responsabilità contrattuale della Banca, deducendo che, a causa dell'errata informazione sull'ISC, sia stato indotto a stipulare un mutuo che, conoscendo il costo effettivo non avrebbe stipulato, allegando e provando, all'uopo, un pregiudizio di tipo risarcitorio collegato a tale lesione informativa. Una vera e propria *probatio diabolica*. Al di là di quanto statuito dalla giurisprudenza che, invero, si limita ad applicare letteralmente la disposizione contenuta nell'art. 117 T.u.b., la cui disciplina sarà dettagliatamente esaminata nel II capitolo, è opportuno, sin d'ora, osservare quanto segue.

¹⁷⁸ *Ex multis* cfr. Trib. Napoli, sez. II, 12.2.2021, Trib. Taranto 12.4.2021 n. 864; Trib. Milano, set. n. 10832/2017, reperibili su www.dirittodelrisparmio.it; Trib. L'Aquila, sent. n. 423/2021; Trib. Milano 3.4.2021; Trib. Bologna 5.3.2021 n. 498, reperibili su www.expartecreditoris.it.

Cosa accade se il contratto concluso dal consumatore rientra nell'operazione di mutuo fondiario?

La disciplina del credito al consumo non può trovare applicazione. Le nuove disposizioni di MCD impongono nella fase precontrattuale l'indicazione espressa del TAEG. Tuttavia, il Capo I-bis non prevede una norma sui contratti bancari, anzi è lo stesso art. 120noviesdecies a rinviare l'applicazione dell'art. 117 T.u.b. che, giova ribadire, non prevede la nullità della clausola per omessa o errata indicazione del TAEG, riferendosi esclusivamente a "tassi, prezzi e condizioni".

Pertanto, si assiste a un corto circuito. Se il consumatore stipula un normale finanziamento si applica l'art. 125bis, con conseguente nullità della clausola riportante un TAEG viziato, mentre se lo stesso consumatore conclude un mutuo fondiario, questa tutela non gli è riconosciuta. Eppure, è stato osservato che la funzione svolta dai due indicatori sia identica, mutando semplicemente la categoria soggettiva dei contratti in ragione della qualifica del cliente quale consumatore nel caso di Taeg¹⁷⁹. Tuttavia, si osserva che nel caso di mutuo fondiario sottoscritto dal consumatore non muta neppure la qualifica del cliente.

In generale, occorre osservare come sia definibile cliente debole anche chi consumatore non è, come a titolo esemplificato l'artigiano o i piccoli imprenditori, che rimangono esclusi dall'applicazione di buona parte della normativa di protezione. La debolezza del cliente, invero, non è qualcosa di definibile a monte, ma deve essere verificata concretamente¹⁸⁰. In tal senso, si segnala l'orientamento del Collegio di Coordinamento ABF, secondo cui alcune normative, destinate a favore del cliente che prevedono lo *status* di consumatore quale requisito soggettivo per la relativa applicabilità, possono essere applicate anche all'imprenditore individuale sul presupposto che «il semplice automatismo tra lo *status* di professionista e il possesso e un elevato livello di educazione finanziaria non viene considerato soddisfacente sia in relazione alla c.d. "micro impresa" sia soprattutto nel caso in cui professionista sia persona fisica, per la quale può essere particolarmente complesso governare un settore come quello bancario caratterizzato da un accentuato tecnicismo»¹⁸¹.

¹⁷⁹ F. CIVALE, *La trasparenza bancaria*, in P. CENDON (a cura di) *Il Diritto privato oggi*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 41.

¹⁸⁰ In tal senso V. ROPPO, *I paradigmi di comportamenti del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, in ROJAS ELGUETA, (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, p. 25.

¹⁸¹ ABF, Coll. Coordinamento 20.10.2016 n. 9311, in *Contratti*, 2017, pp. 407ss.

In definitiva, il cliente si presenta come figura trasversale che supera quella del consumatore¹⁸².

Il recepimento della direttiva sui conti di pagamento (PAD), che ha trovato collocazione nel capo II-ter del T.u.b., ha previsto che oltre al tradizionale foglio informativo, sia necessaria la consegna del c.d. FID (*Fee Information Document*), con la conseguenza che se il cliente è consumatore, lo stesso dovrà ricevere entrambi i documenti.

Dunque, una disciplina normativa settoriale non organica e multiforme, in cui è difficile rinvenirsi valori stabili e coerenti¹⁸³. Si intrecciano normative primarie e regolamentari di origine nazionale, con difficoltà di coordinamento tra la normativa interna e quella europea¹⁸⁴. Si registrano la disciplina generale, quella del credito al consumo e quella dei servizi di pagamento. Quanto al rapporto tra la contrattazione generale e quella speciale, è stato osservato che nel primo livello sussiste uno squilibrio contrattuale non così importante come quanto previsto nel secondo livello, di carattere speciale e riferibile solo ai clienti – consumatori¹⁸⁵. Già, quindi, il coordinamento all'interno dello stesso T.u.b. richiede un'attenta attività ermeneutica. Resta inteso che le disposizioni contenute nella normativa di settore devono essere interpretate secondo i principi classici del diritto contrattuale e, in particolare, della buona fede e della correttezza, di cui la trasparenza rappresenta un'evoluzione. Mediante la clausola generale della buona fede, invero, si vuole limitare la discrezionalità dell'intermediario.

Rebus sic stantibus, l'interprete è chiamato a svolgere un ruolo imprescindibile, consistente nella valutazione caso per caso della disciplina applicabile¹⁸⁶, combinando tra loro le svariate normative¹⁸⁷, con conseguente negativo rischio di minare la certezza del diritto.

A distanza di quasi trent'anni dall'emanazione del T.u.b., si registrano, da un lato, numerose disposizioni che, se inadempite da parte della Banca, sono prive di tutela (si

¹⁸² V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 3, pp. 19ss.

¹⁸³ G. VETTORI, *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Cedam, 1999, p. 11.

¹⁸⁴ Sull'argomento v. S. PAGLIANTINI, *Consumerizzazione dei rapporti bancari: un sintagma polisemico nel ciclo di "vedute" della Cattedrale*, in *La trasparenza bancaria, venticinque anni dopo* (a cura di) A. BARENGHI, Atti dei Seminari Molisani, del 27.9.2017 e 13.4.2018, p. 149; G. DE CRISTOFARO, *Il contratto del 2020 nel diritto derivato dell'Unione Europea*, in *Annuario del contratto 1919*, Torino, 2020, pp. 60ss.

¹⁸⁵ Tale ricostruzione è offerta da E. CAPOBIANCO, *I contratti bancari*, op. cit., p. 41.

¹⁸⁶ E. CAPOBIANCO, *I contratti bancari*, op. cit. p. 48; G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi, in Persona e mercato*, 2013, p. 18.

¹⁸⁷ L'interprete non può limitarsi esclusivamente a prendere atto della frammentazione. Sul punto A.A. DOLMETTA, *Efficienza del mercato e «favor naturalis» per le imprese bancarie*, in *La trasparenza bancaria, venticinque anni dopo* (a cura di) A. BARENGHI, Atti dei Seminari Molisani, del 27.9.2017 e 13.4.2018, p. 473, critica l'atteggiamento assunto dalla dottrina rilevando «la mancata ricerca di un denominatore comune, di una linea di collante: che cucia gli strappi e scioglia le contraddizioni».

pensi all'art. 119 T.u.b.), dall'altro lato, nella prassi emerge tutt'oggi una spiccata non trasparenza delle spese e delle commissioni, dei costi della distribuzione del credito, ad esempio attinenti al finanziamento contro la cessione del quinto della retribuzione, in tema di mancato riscontro all'andamento negativo dei tassi in caso di mutuo a tasso variabile¹⁸⁸, nonché l'inserimento di voci di costo prive di qualsiasi collegamento con prestazioni in favore dei clienti¹⁸⁹. In generale, il quadro dei rimedi applicabili nelle ipotesi di violazione degli obblighi informativi costituisce il punto debole della disciplina settoriale, specialmente di quella bancaria. Ad esempio, non sono disciplinate, sul piano rimediabile, le conseguenze al mancato rispetto di quanto prescritto dall'art. 124 T.u.b., nella parte in cui è sancito l'obbligo delle Banche di fornire informazioni chiare e comprensibili in favore del cliente, garantendo allo stesso un adeguato *spatium deliberandum* circa la convenienza della conclusione del contratto o meno. La norma è così privata di qualsivoglia effettività.

Si rende necessario, quindi, un intervento legislativo volto al coordinamento tra le varie disposizioni legislative presenti nei vari atti normativi e alla loro armonizzazione sistematica.

V. LA TUTELA DEL CLIENTE NELL'INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

Negli anni Novanta notevole importanza è stata assunta dal mercato mobiliare che, in quegli anni, si è affermato quale conseguenza di un deciso mutamento di prospettiva, consistente nel passaggio da una visione in cui il risparmio era legato fortemente ai depositi e ai titoli pubblici ad una in cui si è direzionati verso mercati regolamentati e di capitali di rischio.

Già a partire dagli anni '70, si diffusero nuovi "prodotti finanziari" e nuovi servizi di investimento, inaugurando il processo di afflusso del risparmio verso il mercato finanziario¹⁹⁰.

Con l'avvento del mercato finanziario globale e con il contestuale abbattimento delle barriere costituite da ogni ordinamento – già realizzate per evitare che le Banche di altri Paesi potessero effettuare operazioni bancarie/finanziarie in altre nazioni diverse da

¹⁸⁸ V. Banca d'Italia, Comunicazione 5-6 febbraio 2016, *Parametri di indicizzazione dei finanziamenti con valori negativi, trasparenza delle condizioni contrattuali e correttezza nei rapporti con la clientela*. Sulla nullità delle clausole 'floor' per intrasparenza e sulle relative conseguenze, v. Corte giust., 21 dicembre 2016, in cause C-154/15, C-307/15 e C-308/15, Cajasur Banco Sau, su cui v. A. DALMARTELLO, *Epilogo della questione della clausola floor in Spagna? Chiarimenti della Corte di Giustizia sugli effetti della non vincolatività delle clausole abusive*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, 2.

¹⁸⁹ Il riferimento è alla clausola di indicizzazione di finanziamenti in franchi svizzeri, cfr. R. FERRETTI-D. LUNETTA, *Clausole di indicizzazione al Franco svizzero e floor*, in *Società*, 2017, 1, pp. 85 ss.; F. CAPUTO NASSETTI, *Le clausole di indicizzazione nei finanziamenti e nei leasing*, in *Giur. comm.*, 2016, 3, 352.

¹⁹⁰ F. GIORGIANNI – C.M. TARDIVO, op. cit. p. 12.

quelle di appartenenza - i vari ordinamenti europei¹⁹¹, tra cui quello italiano, hanno dovuto introdurre, coordinatamente, forme di tutela del risparmiatore/investitore maggiormente incisive rispetto a quelle inizialmente previste per un contesto meramente locale¹⁹².

Analogamente a quanto accaduto nell'esperienza bancaria, l'attuazione delle direttive comunitarie ha imposto il mutuo riconoscimento delle licenze previste per le imprese operanti nel settore e, contestualmente, l'armonizzazione delle regole degli altri ordinamenti.

Si avviava una stagione di riforme e di profondi mutamenti¹⁹³. In tale contesto sono state istituite nuove "autorità di controllo" per le società quotate e per le compagnie di assicurazione. Con legge 7 giugno 1974 n. 216 era istituita la Commissione nazionale per le società e la borsa, c.d. CONSOB, per il controllo del mercato borsistico. Con legge 12 agosto 1982 n. 576, era istituito poi l'Istituto per la vigilanza delle assicurazioni private e di interesse collettivo, c.d. ISVAP, per il controllo sull'attività assicurativa. Si assisteva poi alla disciplina di alcuni settori di attività finanziaria, riservando a intermediari autorizzati e sottoposti a controllo pubblico tale attività. Con legge 23 marzo 1983 n. 77, infatti, era regolamentata l'attività di gestione dei fondi comuni di investimento mobiliare e con legge 2 gennaio 1991 n. 1 l'attività di intermediazione mobiliare, oltre al d.lgs. 84/1992 per le società di investimento a capitale variabile, c.d. SICAV.

Tali vicende rappresentano l'antecedente causale all'emanazione del Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria (d'ora in poi anche "T.u.f."), avvenuto ad opera del D. Lgs. 24 febbraio 1998 n. 58¹⁹⁴.

Il Testo Unico, anzitutto, ha rimosso il limite posto dalla legge 1/1991¹⁹⁵ consentendo, quindi, alle banche la possibilità di svolgere tutti i servizi di investimento che possono essere esercitati dalle altre imprese di investimento (art. 19 comma 1).

¹⁹¹ Per un approfondito esame nel quadro europeo v. A. SOMMA, *Verso il diritto privato europeo? Il quadro comune di riferimento nel conflitto tra diritto comunitario e diritti nazionali*, in *Riv. crit. dir. proc. civ.*, 2008, 19 ss.

¹⁹² Tale esigenza è stata ribadita nel *Draft of Common Frame of Reference (DCFR)* del 2008, voluto dalla Commissione Europea in sede di adozione di un *Action Plan*, per lo sviluppo di un *Common Frame of Reference of principles definitions and model rules*.

¹⁹³ F. GIORGIANNI – C.M. TARDIVO, op. cit. 13.

¹⁹⁴ Per le modifiche apportate dal T.u.f. v. G. ALPA – F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, tre tomi, Padova, 1998; F. BELLÌ – F. MAZZINI – R. TEDESCHI (a cura di), *Il testo unico della finanza*, Milano, 1998; G.F. CAMPOBASSO, *Testo Unico della Finanza, Commentario in 3 volumi*, Torino, 2002; L. LACAITA – V. NAPOLEONI (a cura di), *Il testo unico dei mercati finanziari*, Milano, 1998.

¹⁹⁵ Per un approfondimento sulla normativa c.d. SIM, v. F. CARBONETTI, *I contratti di intermediazione mobiliare*, Torino, 1992.

Tale passaggio ha rappresentato un punto di svolta cruciale. Del resto, l'operatività delle banche ha assunto sempre più importanza relativamente ai servizi di mercato mobiliare, iniziando così la convivenza tra attività bancaria e mercato mobiliare¹⁹⁶.

Il diritto dei mercati finanziari ha, nel corso degli ultimi venti anni, subito una elevata accelerazione. Tale fenomeno è legato alla logica di investimento secondo lo schema "denaro – tempo – denaro". La produzione di denaro è insita nella stessa etimologia della parola "finanza" che deriva dal latino "*finare*" (esigere del denaro) e dal francese "*fin*" (denaro). La finanza è, dunque, un fenomeno nel quale la ricchezza ricopre un ruolo da protagonista¹⁹⁷. I prodotti finanziari hanno come caratteristica quella di "cominciare" e di "finire" col danaro¹⁹⁸, con l'intervento del tempo¹⁹⁹ e dello spazio²⁰⁰. Soprattutto il fattore tempo è strettamente correlato al "rischio"²⁰¹.

Nel settore finanziario la rilevanza degli obblighi informativi²⁰² e, in generale della trasparenza, è ancor più incisiva, in quanto oltre al costo dell'operazione – proprio dell'esperienza bancaria – sussiste un rischio di perdita del capitale investito.

Per tali motivi, le varie crisi economiche, succedutesi nel corso dei decenni, hanno rappresentato l'occasione per introdurre nuove forme di tutela, non sempre efficienti, in un contesto, però, non più esclusivamente nazionale.

In tal guisa, i vari interventi legislativi hanno assegnato un ruolo centrale agli obblighi informativi²⁰³, intesi come bene giuridico²⁰⁴, imposti all'intermediario in favore del

¹⁹⁶ R. COSTI, op. cit. p. 90.

¹⁹⁷ A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Il diritto del sistema finanziario*, in M. CIAN, (a cura di), *Diritto commerciale*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 786ss.

¹⁹⁸ P. FERRO – LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, I, Torino, 2004, pp. 122ss.

¹⁹⁹ Sulla rilevanza del "fattore tempo" v. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Il tempo e il denaro. Riflessioni di un giurista*, in U. MORERA – M. DE POLI (a cura di), *La rilevanza del tempo nel diritto bancario e finanziario*, Giappichelli, 2017, pp. 4ss. Per la rilevanza del tempo anche nel settore assicurativo v. P. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione nel novero dei rapporti di causa*, in *Resp. Civ. prev.*, 2016, 1, pp. 8ss..

²⁰⁰ P. FERRO – LUZZI, *Il tempo nel diritto degli affari*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2000, 3, pp. 407ss.

²⁰¹ Cfr. M. POLATO, *Tempo e rischio nelle valutazioni finanziarie*, in U. MORERA – M. DE POLI, op. cit. pp. 33ss. Con riferimento all'alea nei contratti assicurativi v. A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, op. cit.

²⁰² A. PERRONE, *Gli obblighi di informazione nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, pp. 372 ss.

²⁰³ Sul punto V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 747 ss.; G. SACCO, *I costituenti del contratto*, in G. SACCO - R. DE NOVA (a cura di), *Trattato*, in, Utet, 1993; P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 2, pp. 327 ss.; F. GALGANO, *L'inadempimento ai doveri di informazione non è, dunque, causa di nullità virtuale*, in *Contratto impr.*, 2006, pp. 579 ss.; ID., *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, *ivi*, 2005, 889 ss.; F. POLIANI, *Obblighi di informazione e acquisto di obbligazioni Parmalat*, in *Contratti*, 2006, 1, pp. 14 ss.; ID., *La responsabilità precontrattuale della banca per violazione del dovere di informazione*, in *Contratti*, 2006, 5, pp. 245 ss.; V. SANGIOVANNI, *La responsabilità dell'intermediario nel caso Cirio e la recente legge per la tutela del risparmio*, in *Contratti*, 2006, pp. 691 ss.

²⁰⁴ Così, P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, cit. pp. 333.

cliente, sia nella fase precontrattuale²⁰⁵, sia nella fase di conclusione e poi di esecuzione del contratto²⁰⁶, rispondendo a finalità specifiche dell'ordinamento²⁰⁷.

Invero, la peculiarità della disciplina di cui si tratta discende dal rapporto fisiologicamente asimmetrico sussistente tra cliente - quale parte più debole del rapporto - ed intermediario²⁰⁸.

Il legislatore, attraverso la previsione degli obblighi informativi, intende garantire una corretta e consapevole formazione della volontà del risparmiatore circa la conclusione o meno del contratto di intermediazione finanziaria, così da riequilibrare, almeno parzialmente, il suo rapporto contrattuale con il professionista.

Il tentativo di tutelare la parte più debole del rapporto ha rappresentato - e rappresenta - una costante di orientamenti dottrinali e giurisprudenziali. Ciò comporta che gli spazi per il ricorso al principio di autoresponsabilità siano tutti erosi, sacrificati dall'idea, da parte di dottrina qualificata paternalistica²⁰⁹, che il contraente meno informato sia alla mercé del partner professionale, perché appunto «la sua debolezza senza alcuna possibilità di prova contraria, si è convinti dipenda proprio dalla disinformazione»²¹⁰.

In tale prospettiva è stato introdotto il concetto di «neoformalismo», identificato come «neo» proprio perché rispondente a logiche divergenti rispetto alle tradizionali²¹¹, in quanto funzionale a rendere le operazioni più trasparenti nell'ottica di tutelare il

²⁰⁵ F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, in *Quaderni di Banca borsa tit. cred.*, Milano, 2010; ID., *Verso la contrattualizzazione dell'informazione precontrattuale*, nota a Trib. Firenze, 18 gennaio 2007, in *Rass. dir. div.*, 2007, 1132; G. SICCHIERO, *Nullità per inadempimento?*, in *Contratto impr.*, 2006, 1, pp. 369 ss.

²⁰⁶ F. CARLINO, *Le regole di comportamento degli intermediari finanziari: cenni generali*, in F. GRECO (a cura di), *Manuale di diritto del risparmio*, Pensa, Lecce-Brescia, 2018, p. 214.

²⁰⁷ D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Pubblicazioni della scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino*, Napoli, ESI, 1999, p. 10.

²⁰⁸ Per una puntuale disamina delle peculiarità del suddetto rapporto, cfr. *ex multis*, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III - *Il contratto*, Milano, 2000, pp. 394 ss.; F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, in *Collana della facoltà di Giurisprudenza-Università degli studi di Lecce*, Jovene, Napoli, 2005.

²⁰⁹ In merito al concetto originario di paternalismo contrattuale v. A. KRONMAN, *Paternalism and the Law of Contracts*, in *Yale Law Journal*, 1988, p. 763; P. PERGEL, *Paternalism and Contract: a critique of Anthony Kronman*, in *Cardozo Law Review*, 1988, p. 593. Nella dottrina italiana v. F. COSENTINO, *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, in *Quadrimestre*, 1993, p. 120; F. GRECO, *L'onere/obbligo informativo: dalla formazione paternalistica all'information overload(ing)*, in *Resp. Civ. prev.*, 2017, 2, pp. 398 ss.

²¹⁰ F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, op. cit., 32, p. XI.

²¹¹ Sul formalismo tradizionale cfr., P. PERLINGIERI (a cura di), *Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988; M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, pp. 994, - 1101; M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali del contratto*, in *Studi di diritto privato*, collana diretta da F.D. BUSNELLI ET AL. Torino, 2005; A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966; V. MAJELLO, *Considerazioni in tema di condizioni generali del contratto*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VII, 1988, 68; R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, pp. 117 ss.

contraente debole, divenendo ora veicolo di informazioni, ora prevedendo degli obblighi *stricto sensu* formali anche nella fase delle trattative.

Per tali ragioni, l'interprete è chiamato a rielaborare principi, schemi generali secondo l'evolversi delle strutture economico-sociali dell'ordinamento giuridico²¹².

In tale prospettiva sussistono fattispecie in cui la forma prescritta dalla legge risponde anche ad una funzione di garanzia, di tutela e di controllo e, più che rappresentare un limite esterno, ne rappresenta una modalità, una condizione essenziale attinente al suo stesso fondamento, un presupposto a volte necessario per svolgere lo stesso controllo di utilità sociale e di meritevolezza del contenuto (come avviene nella donazione)²¹³. Un modo interpretativo in cui forma e contenuto si presentano scindibili e dove sempre la forma è in funzione coesistente al contenuto che si realizza assumendo una forma idonea. La forma risulta, dunque, come struttura e funzione insieme e non l'una in esclusione dell'altra.

In tale ottica si discorre di «neoformalismo»²¹⁴, ma non da intendere come rinascita oppure come un nostalgico ritorno al passato²¹⁵ per cui è la forma fredda e oggettiva a rendere certo il buon esito degli affari e non il consenso soggettivo, del quale non è prevedibile l'effettività. Invero, per «neoformalismo» si deve intendere l'emersione di forme nuove e l'utilizzazione più adeguata di quelle vecchie. Il formalismo rinasce rinnovato nelle tecniche e ancor più nelle funzioni²¹⁶. Altrimenti sarebbe decadente, in quanto questa tecnica consentirebbe una qualificazione oggettiva delle condotte che aumenterebbe anche il legittimo affidamento della controparte. Ciò indebolendo il legame tra volontà e dichiarazione, da un lato, assicurerebbe una maggior tutela del soggetto più debole nel corso del procedimento di formazione del contratto, dall'altro, quando è preordinato ad assicurare certezza agli affari conclusi in massa dal più forte, opererebbe

²¹² G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, I, p. 18.

²¹³ L'accezione pubblicistica è richiamata anche da M. TICOZZI, *Violazione di obblighi informativi e sanzioni: un problema non solo degli intermediari finanziari*, in *Contratti*, 2007, p. 363.

²¹⁴ R. DI RAIMO, *Autonomie e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, p. 20.

²¹⁵ Propendono per tale soluzione: N. IRTI, *Idola libertatis, tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, p. 37; R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente non qualificato nel mercato finanziario*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 13 ss. A ciò porta l'idea del totale assorbimento del consenso nei procedimenti formativi. Sarebbe allora un ritorno alla prima forma di giuridicizzazione delle premesse, attraverso la formalizzazione di espressioni verbalizzate. La funzione dell'affare? Risultava in quanto si prometteva di dare o fare o non fare. C'era al di sotto, al criterio dell'accordo, una *conventio*? Non lo si stava ad indagare. La convenzione era nel fatto stesso che Tizio avesse risposto a Caio che l'interrogava con i medesimi verbi «*spondeo*», «*dabo*», «*promitto*».

²¹⁶ Così P. PERLINGIERI, *Forma e formalismo interpretati*, in ID. (a cura di), *Pubblicazioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino*, Napoli, Esi, 1986, pp. 145 ss.

a discapito del soggetto più debole, del quale eliderebbe l'effettività del proprio consenso²¹⁷.

Ancor più che nel settore bancario, i profili legati all'informazione rivestono ruolo primario nella disciplina contenuta nel d.lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998 (Testo Unico della Finanza) e nei Regolamenti Consob succedutisi negli anni. Anche in tale settore il rafforzamento degli obblighi informativi è giustificato dalla spiccata asimmetria informativa sussistente tra le parti, resa ancora più problematica per la complessità degli strumenti finanziari.

Gli obblighi informativi in materia di intermediazione finanziaria sono disciplinati dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, denominato Testo Unico Finanziario (T.U.F.), dalla direttiva MiFID (*Markets in Financial Instruments Directive* n. 2004/39/CE del 21 aprile 2004) attuata in Italia dal d.lgs. 17 settembre 2007 n. 164 - «Attuazione della direttiva 2004/39/CE relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive 85/611/CEE, 93/6/CEE e 2000/12/CE e abroga la direttiva 93/22/CEE», e, in seguito dalla recente direttiva europea 2014/65/UE del 15 maggio 2014 (c.d. «*MiFID II - Markets in Financial Instruments Directive II*»)²¹⁸, recepita in Italia col d.lgs. 3 agosto 2017, n. 129, entrata in vigore il 2 gennaio 2018, che ha previsto ancor più rigore negli obblighi formali²¹⁹. Per ciò che attiene all'organizzazione e alle regole di condotta degli intermediari, la Consob, con delibera n. 20307 del 15 febbraio 2018, ha recentemente adottato il nuovo «Regolamento recante norme di attuazione del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, in materia di intermediari» (entrato in vigore il 20 febbraio 2018) che ha abrogato il precedente Regolamento sugli intermediari (Reg. Consob n. 16190 del 29 ottobre 2007, che aveva già sostituito il Reg. Consob. n. 11522/1998 del 1° luglio 1998).

La disciplina dell'informazione nella fase delle trattative presenta una maggiore e più dettagliata articolazione rispetto a quanto previsto nella parte generale del codice civile sul contratto²²⁰, con riferimento sia alla fase precontrattuale sia a quella contrattuale, con una particolare accentuazione del rigore formale anche nella prima fase²²¹. Il

²¹⁷ R. DI RAIMO, op. cit., p. 81.

²¹⁸ Per un approfondimento sulle novità introdotte da MiFID II v. F. ANNUNZIATA, *Il recepimento di MiFID II: uno sguardo di insieme tra continuità e discontinuità*, in *Rivista delle Società*, fasc.4, 2018, pag. 1100.

²¹⁹ Sul punto F. GRECO, *Informazione precontrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, op. cit., p. XII. L'A. ricorda come sia stata proprio la legislazione comunitaria a rendere l'informazione nell'intermediazione finanziaria uno dei suoi nuclei portanti.

²²⁰ Cfr. A. PERRONE, *Gli obblighi di informazione nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, 1, p. 372. P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 1, p. 417.

²²¹ L. PONTIROLI- P. DUVIA, *Il formalismo nei contratti dell'intermediazione finanziaria ed il recepimento della Mifid*, in *Giur. comm.*, 2008, 1, p. 151.

rafforzamento del ruolo dell'informazione nella normativa di settore è funzionale al perseguimento dell'obiettivo prefissato dal legislatore di rendere chiaro il contenuto dei rapporti contrattuali, attribuendo loro maggiore certezza e consentendo al risparmiatore di effettuare la valutazione della rispondenza al proprio interesse del prodotto o del servizio finanziario che gli viene proposto²²².

Il diritto ad essere informati non giustifica, tuttavia, l'inerzia dell'altro contraente, il quale comunque dovrà comportarsi secondo l'ordinaria diligenza, ad esempio acquisendo, *motu proprio*, tutte le notizie alla propria portata²²³.

In altri termini, l'intermediario è tenuto a comunicare tutti quegli elementi che sono essenziali per la formazione della volontà contrattuale²²⁴ e per la realizzazione dei reciproci obiettivi ma che i contraenti, con l'ordinaria diligente propria capacità, non sono in grado di acquisire. La valutazione, circa il corretto comportamento dell'intermediario, deve essere fatta in base alla fattispecie concreta, considerata nel contesto economico, sociale e giuridico in cui si instaura il rapporto²²⁵.

Sul punto, è da sottolineare come la «Relazione al c.c.» faccia espresso rinvio al principio di solidarietà²²⁶, basato sui corollari di lealtà e di salvaguardia, da intendersi, il primo a tutela del contraente debole, il secondo a garanzia dell'utilità dell'altro per evitare che vengano sacrificati in maniera eccessiva i suoi interessi. E così buona fede e solidarietà trovano relazione tra di loro, poiché «la prima ha fondamento nella seconda e ne è strumento di attuazione»²²⁷.

²²² Cass. civ., 28 febbraio 2018, n. 4727, in *Resp. Civ. prev.*, 2014, 6, 1856, con nota di F. GRECO, *Il «quid novi» dell'informazione al risparmiatore nell'attenta valutazione della Corte di cassazione*. V. altresì A. DI MAJO, *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, 1, pp. 289 - 296 L'A. attribuisce alla forma una funzione ulteriore rispetto a quella di esteriorizzazione della volontà, di prova del contratto, consistente nella trasmissione dell'informazione al contraente che altrimenti ne rimarrebbe privo; «la forma è il miglior veicolo di informazione del contraente più debole». Per L'A. però, la carenza di forma dovrebbe essere sanzionata con un rimedio di tipo obbligatorio e non invalidante.

²²³ Sulla logica dei flussi bidirezionali nell'intermediazione finanziaria, v. F. GRECO, *Informazione precontrattuale*, op. cit. p. 72. L'A. richiama la differenza tra onere ed obbligo. Su tale differenza v. anche M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 21.

²²⁴ Per S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, vol. IX, p. 114, vi dovrebbe essere un'identità tra conoscenza e volontà, tale da costituire un'«unità sintetica».

²²⁵ G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 81.

²²⁶ «Questo obbligo esige dai soggetti [...] un comportamento ispirato al senso della probità, sia nella rappresentazione leale e non cavillosa di diritti e degli obblighi che ne derivano, sia nel modo di farli valere o di osservarli con riguardo, in ogni caso, allo scopo che il contratto vuol soddisfare, all'armonia degli interessi delle parti e di quelli superiori della Nazione i quali richiedono una specifica collaborazione produttiva».

²²⁷ Cfr. sul principio di solidarietà S. RODOTÀ, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 cod. civ.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1965, I, p. 149.

La normativa di matrice comunitaria ha dunque portato ad un «irrigidimento del modello duttile ed aperto di matrice codicistica»²²⁸. A differenza del c.c., in materia di intermediazione finanziaria si è al cospetto di vincoli di forma che per lo più incidono sul comportamento delle parti nella fase che precede l'eventuale conclusione del contratto²²⁹. Si consideri, inoltre, come la tempistica dell'informazione deve consentire al risparmiatore di avere a disposizione un lasso di tempo utile che, aggiunto alla trasmissione dell'informazione precontrattuale, dovrebbe favorire la conoscenza del futuro contratto²³⁰.

Per tali motivi, il neoformalismo negoziale non propone di soddisfare «il bisogno plastico e simbolico di società arcaiche»²³¹, ma risulta preordinato alla tutela²³² di agenti ritenuti deboli ovvero alla «garanzia trascendente e pacificatrice» della incontestabilità dei rapporti di massa²³³.

Peculiari del neoformalismo sono le prescrizioni formali – anche nella fase delle trattative – e la trasmigrazione degli obblighi informativi anche nel contenuto del contratto, in quanto ogni informazione, ricevuta prima della negoziazione, deve divenire elemento contrattuale²³⁴.

Occorre altresì considerare come il legislatore, sollecitato dalle linee tracciate dall'Unione Europea²³⁵, abbia ribadito ancora una volta come l'informazione divenga uno strumento per potenziare la posizione dei contraenti deboli. Nonostante la presenza dell'art. 1337 c.c., il legislatore avverte l'esigenza di regolamentare norme di comportamento specifiche e rigorose a carico del professionista,²³⁶ onde impedire o limitare il suo vantaggio nei confronti del cliente inesperto.

²²⁸ G. GRISI, *Gli obblighi di informazione*, op. cit., p. 149.

²²⁹ V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 9, pp. 747 ss.

²³⁰ Cfr. D. MAFFEIS, *Forme informative, cura dell'interesse ed organizzazione dell'attività nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 3, pp. 575 ss.

²³¹ Testualmente, IRTI, *Idola libertatis*, op. cit., p. 35.

²³² Per un approfondimento sul requisito formale in ottica funzionale si rinvia a M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1968, XVII, p. 989; per la concezione strutturale a N. IRTI, *Idola libertatis*, Milano, 1985, op. cit., p. 41.

²³³ R. LENER, *Dalla formazione alla forma dei contratti sui valori mobiliari (prime note sul formalismo negoziale)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1990, 1, p. 781. Una parte della dottrina ha messo in evidenza che l'affidamento della tutela dell'investitore al requisito formale si presti a comportamenti opportunistici da parte di quest'ultimo: E. GIRINO, *Forma ad substantiam per i contratti Sim*, in *Contratti*, 1997, p. 401; A. PERRONE, *La responsabilità degli intermediari*, in *Banca impr. soc.*, 2008, 3, p. 401.

²³⁴ VALENTINO, op. cit., 136.

²³⁵ Cass. civ., 16 novembre 2018, n. 29607, con nota di A. ZURLO, *L'autonomia degli oneri informativi rispetto all'adeguatezza della singola operazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 4, p. 1199. L'A. discorre di «continua e pervasiva integrazione tra la normativa comunitaria (ora unionale) e quella nazionale».

²³⁶ La Direttiva 2004/39/CE, c.d. MiFID, all'art. 19, in materia di norme di comportamento, onera gli Stati membri di prescrivere «che le imprese di investimento, quando prestano servizi di investimento e/o, se del

Per tali ragioni, è opportuno che l'informazione sia personalizzata²³⁷, *rectius* calibrata, sulle caratteristiche specifiche del cliente e sul tipo di operazione che si intenda eseguire. Il legislatore si pone il problema di garantire che l'adempimento degli obblighi di informazione abbia un riferimento probatorio certo e non discutibile. Ecco perché alcuni di quei dati precontrattuali divengono contenuto del contratto²³⁸.

La *ratio* e gli obiettivi perseguiti dal legislatore nella normativa finanziaria esaminata trovano puntuale riscontro nelle disposizioni contenute nel T.u.f. e nei vari Regolamenti Consob *ratione temporis* vigenti.

In particolare, la norma “manifesto” dei principi e degli obiettivi posti dal legislatore è rappresentata dall'art. 21 T.u.f., secondo cui «1. Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono:

- a) comportarsi con diligenza, correttezza²³⁹ e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati;
- b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente²⁴⁰ informati;
- c) utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti;
- d) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività.».

L'attività dell'intermediario è, quindi, dettagliata. Scopo della norma è garantire che l'intermediario non approfitti della propria supremazia informativa e contrattuale.

Le disposizioni dell'art. 21 T.u.f. costituiscono esplicitazione dei doveri di correttezza e di diligenza e rappresentano il punto di partenza per la disciplina regolamentare sia della *know your customer rule*²⁴¹ – consistente nell'obbligo di acquisizione delle informazioni

caso, servizi accessori ai clienti, agiscono in modo onesto, equo e professionale, per servire al meglio gli interessi dei loro clienti [...]».

²³⁷ A. PERRONE, *La responsabilità degli intermediari*, op. cit., p. 384.

²³⁸ A.A. DOLMETTA, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla l. n. 154/1992*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1992, I, p. 386, nt. 32; F. MARTORANO, *Trasparenza e parità di trattamento nelle operazioni bancarie*, *ivi*, 1991, I, p. 700.

²³⁹ Per A. ANTONUCCI, *Considerazioni sparse in tema di strumenti finanziari derivati creati da banche*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, 2, p. 209, secondo cui nell'art. 21 t.u.f. il principio di correttezza di configura come clausola generale che integra il contenuto della relazione tra il cliente e prestatore di servizi di investimento, in quanto fonte di obblighi di protezione ulteriori rispetto all'obbligo principale di prestazione.

²⁴⁰ F. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, 2004, pp. 179ss.; U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle Sezioni Unite*, in *NGCC*, 2008, 4, I, p. 445ss.

²⁴¹ Tale dovere «si muove nel senso di una accresciuta trasparenza dei rapporti tra intermediario e cliente, invertendo, tuttavia – rispetto alla tradizionale visione della *disclosure* – il flusso informativo e configurando la direzione dello stesso non già dall'intermediario al cliente, ma da quest'ultimo al primo». Così F. ANNUNZIATA, *Regole di comportamento dei intermediari e riforme dei mercati mobiliari*, Egea, 1993, p. 340.

da parte dell'intermediario - sia della *know your merchandise rule* – concernente il diritto dello stesso investitore di ricevere le informazioni sul prodotto oggetto di negoziazione²⁴². Contestualmente si tenta di porre un importante argine ai comportamenti di *moral hazard*. L'intermediario è tenuto, dunque, a servire al meglio l'interesse dei clienti e l'integrità dei mercati. Tale locuzione, inserita nell'art. 21 t.u.f., conferma la previsione di una procedimentalizzazione del comportamento dell'intermediario, finalizzato anche alla tutela del cliente. Tale disposizione, da cui emerge la necessità di cooperazione e la cui violazione determina l'inefficacia dell'operazione, ha determinato lo sviluppo della c.d. teoria "dell'ufficio di diritto privato"²⁴³ (infra VII).

La disciplina degli obblighi informativi in ambito finanziario ha lo scopo di consentire al cliente la formazione di un consenso consapevole²⁴⁴.

Già il Reg. Consob 11522/1998, in merito allo svolgimento dell'attività di prestazione dei servizi di investimento, aveva recepito la c.d. *know your customer rule*²⁴⁵ imponendo agli intermediari, prima della sottoscrizione del contratto, la c.d. informazione "passiva", concernente le informazioni relative alla sua esperienza in materia di strumenti finanziari, alla sua situazione finanziaria, ai suoi obiettivi, nonché alla sua propensione al rischio²⁴⁶. In tal modo, si personalizza l'informazione della specifica contrattazione e gli effetti negativi della standardizzazione²⁴⁷.

In tema di intermediazione finanziaria, si registra il consolidato orientamento della Corte di legittimità secondo cui la pluralità degli obblighi di diligenza²⁴⁸, di correttezza e trasparenza, di informazione, di evidenziazione dell'inadeguatezza dell'operazione che si va a compiere – ex artt. 21, comma 1, lett. a) e b), del d.lgs. n. 58/1998, 28, comma 2, e 29 del Reg. Consob n. 11522/1998 (applicabile *ratione temporis*) imposti in capo ai soggetti abilitati a compiere operazioni finanziarie - converge verso un fine unitario,

²⁴² Cfr. V. PICCININI, *Regole di comportamento degli intermediari autorizzati*, in S. AMBROSINI – P.G. DEMARCHI (a cura di), *Banche, consumatori e tutela del risparmio*, op. cit., p. 107.

²⁴³ R. DI RAIMO, *Ufficio di diritto privato, natura del potere dispositivo e fondamento variabile dell'iniziativa negoziale*, in S. CICCARIELLO – A. GORASSINI – R. TOMMASINI (a cura di), *I Maestri del Diritto Civile. Salvatore Pugliatti*, Napoli, 2016.

²⁴⁴ A. PERRONE, *La responsabilità degli intermediari: tutela del risparmiatore o copertura assicurativa per investimento sfortunato?*, op. cit.

²⁴⁵ F. LUCIANI, *Gli obblighi informativi passivi ed attivi degli intermediari finanziari*, in L. DI NELLA (a cura di), *La tutela del consumatore di servizi finanziari*, Napoli, 2007, p. 52.

²⁴⁶ F. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari. Discipline e forme di tutela*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 181-182; F. ANNUNZIATA, *Regole generali di comportamento degli intermediari*, in AA.VV., *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2008, pp. 117-118.

²⁴⁷ A. DE MARI, *La consulenza in materia di investimenti: prime valutazioni e problemi applicativi*, in *Diritto della banca e del merc. Fin.*, 3, 2008, p. 402.

²⁴⁸ L'aver agito con la diligenza professionale è onere gravante sull'intermediario: in tal senso, Cass. civ., 26 ottobre 2015, n. 21711, in *Dir. giust.*, 2015, pp. 39, 35 ss., con nota di BRUNO, *L'intermediario finanziario deve aggiornare costantemente l'investitore*.

consistente nel segnalare all'investitore, in relazione alla sua accertata propensione al rischio, la non adeguatezza delle operazioni di investimento che si accinge a compiere (c.d. «*suitability rule*»). Tale segnalazione deve contenere specifiche indicazioni concernenti: 1) la natura e le caratteristiche peculiari del titolo, con particolare riferimento alla rischiosità del prodotto finanziario offerto; 2) la precisa individuazione del soggetto emittente, non essendo sufficiente la mera indicazione che si tratta, ad esempio, di un «Paese emergente»; 3) il «*rating*» nel periodo di esecuzione dell'operazione ed il connesso rapporto rendimento/rischio; 4) eventuali carenze di informazioni circa le caratteristiche concrete del titolo (situazioni c.d. di «*grey market*»); 5) l'avvertimento circa il pericolo di un imminente «*default*» dell'emittente²⁴⁹.

Nel senso dell'unitaria finalizzazione degli obblighi dei soggetti autorizzati a compiere le operazioni in parola per consentire la cd. «*suitability rule*» depone, del resto, il richiamo che l'art. 29, comma 2, del Regolamento n. 11522/1998 opera al precedente art. 28, sancendo che «ai fini di cui al comma 1» – ossia per stabilire se l'operazione sia o meno adeguata, dovendo in caso di inadeguatezza dell'operazione l'intermediario astenersi dal compierla – «gli intermediari autorizzati tengono conto delle informazioni di cui all'art. 28 e di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati».

In definitiva, sussiste un vero e proprio divieto a contrarre per l'intermediario nell'ipotesi di omessa informazione da parte del cliente su elementi utili alla valutazione di adeguatezza dell'operazione.

Anche con il Reg. Consob 16190/2007 e, in particolare con l'art. 39, si è rafforzato l'obbligo di informazione passiva, in quanto nell'ultimo comma è stato introdotto un divieto per l'intermediario di incoraggiare il risparmiatore ad omettere deliberatamente le informazioni richieste per propri scopi opportunistici e abusivi²⁵⁰.

Oltre alla valutazione di adeguatezza, la normativa MiFID (2004/39/CE), cui è seguita l'adozione del Reg. Consob 16190/2007, ha introdotto l'obbligo di valutazione di appropriatezza²⁵¹. Tale disciplina si applica ai soli servizi di investimento diversi dalla consulenza e dalla gestione di portafoglio che, invece, soggiacciono alla disciplina dell'adeguatezza²⁵², la quale garantisce una maggiore tutela per l'investitore.

²⁴⁹ Sul punto, Cass. civ., 26 gennaio 2016, n. 1376, in *Dir. giust.*, 2016, 6, p. 32, con nota di F. VALERIO, *Investimento troppo rischioso per un cliente non professionale: la segnalazione di inadeguatezza non basta*.

²⁵⁰ F. GRECO, *Informazione precontrattuale*, op. cit., p. 47.

²⁵¹ F. SARTORI, *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa: tecniche normative, tutele e prospettive Mifid*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 1, pp. 25ss.

²⁵² F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, op. cit., p. 136.

Tra le principali novità della normativa, si registra l'introduzione dell'obbligo di compilazione del "Questionario MiFID", volto ad ottenere una serie di informazioni da parte del cliente²⁵³. La profilatura è funzionale a valutare l'adeguatezza o l'appropriatezza dell'operazione. Gli intermediari, ai sensi dell'art. 39²⁵⁴, devono ottenere dal cliente informazioni circa la loro esperienza, conoscenza e situazione finanziaria, nonché i loro obiettivi di investimento. Il livello di diligenza richiesta all'intermediario viene elevato notevolmente rispetto alla precedente disciplina. In tal guisa, il comma 5 prescrive agli intermediari di non fare comunque affidamento sulle informazioni fornite dal cliente che siano «manifestamente superiori, inesatte o incomplete».

L'art. 40 Reg. Consob del 2007 prevede che sulla scorta delle informazioni ricevute dal cliente e tenuto conto della natura e delle caratteristiche del servizio fornito, gli intermediari valutano che la specifica operazione corrisponda agli obiettivi di investimento del cliente e che sia di natura tale per cui il cliente possieda la necessaria esperienza e conoscenza per comprendere²⁵⁵ i rischi inerenti all'operazione o alla gestione del suo portafoglio.

Invece, nella disciplina dell'appropriatezza, l'intermediario deve richiedere al cliente esclusivamente le informazioni relative alla sua conoscenza e alla sua esperienza nel settore d'investimento rilevante per l'operazione specifica. L'art. 43 del Reg. Consob 2007 prevede che il giudizio di appropriatezza non trova applicazione nella prestazione dei servizi di esecuzione di ordini per conto dei clienti o di ricezione e trasmissione di ordini, a condizione che i servizi siano connessi a strumenti finanziari non complessi, siano prestati su iniziativa del cliente, ci sia stata l'informazione in ordine alla non valutazione di appropriatezza e siano comunque rispettate le disposizioni in tema di conflitto di interessi.

Con Comunicazione Consob DIN/8080252 del 28 agosto 2008, l'Autorità ha precisato che per i servizi esecutivi – esecuzione di ordini, ricezione e trasmissione di ordini e collocamento - la valutazione dell'intermediario è limitata alla verifica del livello di conoscenza ed esperienza posseduto dal cliente.

²⁵³ F. CAPRIGLIONE, *La problematica relativa al recepimento della MiFID*, in M. DE POLI (a cura di), *La nuova normativa MiFID*, Padova, Cedam, 2009, pp. 10ss.

²⁵⁴ Cfr. le prime riflessioni sull'arg. D. SPREAFICO, *La normativa valutazione di adeguatezza e di appropriatezza*, in L. ZITIELLO (a cura di) *La nuova disciplina dei mercati, servizi, e strumenti finanziari*, Torino, 2007, pp. 196ss.; L. FRUMENTO, *La valutazione di adeguatezza e di appropriatezza delle operazioni di investimento della Direttiva Mifid*, in *Contratti*, 2007, 6, pp. 583ss.; V. SANGIOVANNI, *Operazione inadeguata dell'intermediario finanziario fra nullità del contratto e risarcimento del danno alla luce della Direttiva MiFID*, op. cit.

²⁵⁵ A. PERRONE, *La responsabilità degli intermediari*, op. cit. p. 382, attribuisce agli obblighi di informazione un compito «pedagogico».

In ogni caso, l'omessa informazione di elementi utili per la valutazione di appropriatezza, contrariamente a quanto previsto per l'adeguatezza, non pregiudica il compimento dell'operazione che potrà, comunque essere portata a termine, a condizione che l'intermediario informi il cliente dell'impossibilità di valutare se lo strumento sia o meno appropriato²⁵⁶.

Alla luce del contenuto delle disposizioni richiamate emerge chiaramente come l'intermediario sia tenuto a calibrare²⁵⁷ sul singolo cliente le specifiche informazioni che gli consentano di comprendere il reale rischio e le concrete implicazioni sottese all'operazione finanziaria. Specialmente la disciplina dell'adeguatezza rappresenta «un contrappeso allo stato di manifesta superiorità del soggetto dotato di maggiore possibilità di accesso alla conoscenza»²⁵⁸.

Invero, detti elementi costituiscono il nucleo del flusso informativo²⁵⁹ che l'intermediario è tenuto a fornire in favore dell'investitore e consentono, in definitiva, una corretta e consapevole formazione del suo consenso evitando quindi, che il risparmiatore effettui un acquisto al «buio»²⁶⁰.

L'esigenza di garantire maggiore trasparenza è direttamente proporzionale alla complessità e all'opacità della singola operazione, con la conseguenza che l'acquisto di derivati²⁶¹ e di prodotti illiquidi presuppongono tutele maggiore nei confronti dei clienti.

²⁵⁶ L. FRUMENTO, *La valutazione di adeguatezza e di appropriatezza delle operazioni di investimento nella direttiva Mifid*, op. cit., p. 583.

²⁵⁷ F. CAPRIGLIONE, *Intermediari finanziari investitori mercati*, Padova, Cedam, 2008, p. 172, secondo cui l'obbligo di astensione da parte dell'intermediario trarrebbe la sua giustificazione proprio dall'impostazione personalizzata che la Mifid ha inteso conferire alla prestazione di alcuni servizi.

²⁵⁸ Così F. GRECO, *Informazione precontrattuale*, op. cit. 59.

²⁵⁹ L'art. 36 del Reg. Consob n. 20307/2018 prevede espressamente che «tutte le informazioni, comprese le comunicazioni pubblicitarie e promozionali, indirizzate dagli intermediari a clienti o potenziali clienti devono essere corrette, chiare e non fuorvianti».

²⁶⁰ Sul tema v. D. MAFFEIS, *La natura e la struttura dei contratti di investimento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 3, pp. 67ss.; S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Europa dir. priv.*, 2001, 2, pp. 257 - 295. Vedi anche Cass. civ., 16 febbraio 2018, n. 3914, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1011, con nota di D. SANTARPIA, *Il danno da informazioni inesatte nella prestazione di servizi di investimento*.

²⁶¹ Sulla nascita e sullo sviluppo dei derivati finanziari v. L. ERZEGOVESI, *I prodotti derivati nei mercati finanziari*, in F. CORTESE – F. SARTORI (a cura di), *Finanza derivata, mercati e investitori*, Pisa, Jura, pp. 3ss. L'A. ricorda come l'affermarsi del mercato dei derivati è avvenuta nel 1971, «con l'abbandono della convertibilità del dollaro, e quindi con la fine dell'ordine monetario di Bretton Woods, che ha aperto una fase, prima sconosciuta, di volatilità delle grandezze economiche fondamentali». V. anche G. DE NOVA, *The alien contract*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 1, p. 487, ove definisce il derivato come un contratto alieno. Sulla nozione di derivato v. N.W. PALMIERI, op. cit., p. 13 secondo cui «è uno strumento finanziario che deriva il suo valore dal valore di altri beni economici, finanziari, o da indicatori finanziari, di cui replica il comportamento».

Tali prodotti, definiti “prodotti tossici”, “strumenti di distruzione di massa”, “mostri simboli della finanza derivata”²⁶² si sono affacciati sulla scena del mercato finanziario, minando la stabilità dello stesso, con effetti contagiosi tra gli stessi intermediari finanziari e, di conseguenza, sui singoli investitori alimentando, al contempo, l’opacità dei mercati²⁶³. In particolare, i prodotti illiquidi, oltre ai rischi tradizionali attinenti alla comune alea dei mercati, presentano ulteriori rischi: quello di liquidità, concernente l’assenza di un mercato secondario in grado di assicurare una prospettiva di disinvestimento e quello di opacità, in ragione della coincidenza del ruolo di intermediario con quello di emittente.

Proprio al fine di contrastare comportamenti abusivi e di rafforzare la tutela del risparmiatore, sono state dettate delle linee guida contenute nella Comunicazione Consob del 2 marzo 2009, applicabili anche ai titoli illiquidi, in cui è valorizzato il ruolo della trasparenza degli obblighi informativi imposti in capo all’intermediario.

In particolare, nella Comunicazione si legge che *«la clientela c.d. al dettaglio si trova così a dover riporre massimo affidamento nell’assistenza dell’intermediario, con particolare riferimento alla valutazione di adeguatezza/appropriatezza della transazione ed alla definizione delle condizioni economiche da applicare alla medesima, di cui non è in grado di giudicare la congruità, spesso neppure in un momento successivo alla conclusione dell’operazione (credence goods). La situazione è sovente resa ancor più critica dalla coincidenza del ruolo di intermediario con quello di emittente»*.

La comunicazione Consob del 2 marzo 2009 fornisce orientamenti applicativi agli intermediari, con particolare riferimento al dovere di comportarsi con correttezza e trasparenza in sede di distribuzione di strumenti finanziari illiquidi nei confronti della clientela al dettaglio, laddove raccomanda attenzione nell’adempimento puntuale degli obblighi preventivi di *disclosure*²⁶⁴.

Del resto, la citata comunicazione Consob del 2009 pone l’accento sull’importanza della trasparenza dell’intermediario, stante l’enorme divario – in termini di forza e consapevolezza contrattuale – tra quest’ultimo e il cliente investitore. La clientela c.d.

²⁶² Così R. DI RAIMO, *Fisiologia e patologie della finanza derivata. Qualificazione giuridica e profili di sistema*, in F. CORTESE – F. SARTORI (a cura di), *Finanza derivata, mercati e investitori*, op. cit., pp. 33ss., il quale richiama le espressioni utilizzate da Warren Buffet nelle sue lettere agli azionisti e oggi riportate nella biografia redatta da A. SCHROEDER, *The Snowball. Warren Buffet and the Business of Life*, New York, 2008, pp. 733ss.

²⁶³ E. BARCELLONA, *Note sui derivati creditizi: market failure regulation failure?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, 6, p. 652.

²⁶⁴ Cfr. Trib. Verona, Sez. III 25.3.2017; Trib. Verona, Sez. III 21.3.2017 su www.leggiditalia.it; Acf decisione 12/2017, Acf decisione 13/2017.

retail si trova così a dover riporre massimo affidamento nell'assistenza dell'intermediario.

Per tale ragione, sono fissati stringenti obblighi di trasparenza *ex ante* a carico dell'intermediario:

- indicare il valore di smobilizzo dell'investimento nell'istante immediatamente successivo alla transazione, ipotizzando una situazione di invarianza delle condizioni di mercato;
- inserire nel corredo di informazioni da dare il cliente il confronto con prodotti semplici, liquidi, a basso rischio;
- informare sulle modalità di smobilizzo delle posizioni sul singolo prodotto, ovvero in merito alle eventuali difficoltà di liquidazione connesse al funzionamento dei mercati di scambio e dei conseguenti effetti in termini di costi e tempi di esecuzione di liquidazione.

La comunicazione Consob del 2009, relativa a prodotti che non siano intrinsecamente trasparenti, prescrive agli intermediari di prestare «particolare attenzione ai presidi di *disclosure* nella relazione con la clientela» e tanto «sia nella fase di proposizione delle operazioni di investimento aventi ad oggetto prodotti illiquidi» (trasparenza *ex ante*, per la quale sono nel seguito fornite raccomandazioni operative) «sia nella fase successiva al compimento dell'operazione da parte della clientela» (punto 1.1). Si specifica inoltre che «in un contesto nel quale gli obblighi informativi sono previsti per "tipo specifico" di prodotto, appare comunque rilevante che gli intermediari trasmettano ai clienti, ai fini della più consapevole definizione dell'operazione di investimento, informazioni in merito alle modalità di smobilizzo delle posizioni sul singolo prodotto, con evidenziazione espressa delle eventuali difficoltà di liquidazione connesse al funzionamento dei mercati di scambio e dei conseguenti effetti in termini di costi (livello dello spread denaro-lettera, anche per valori medi) e tempi di esecuzione della liquidazione. In tale ambito andrà eventualmente comunicata al cliente la circostanza che l'unica fonte di liquidità è costituita dallo stesso intermediario o da entità riconducibili al medesimo gruppo, precisando le regole di pricing nel caso applicate». Sebbene la Comunicazione Consob sia stata revocata con provvedimento della stessa Autorità del 3.2.2022, in virtù dell'emanazione di MiFID II che ne assorbe il contenuto, la sua lettura rappresenta un utile strumento orientativo per l'interprete.

Del resto, l'inadeguatezza e l'inappropriatezza dell'acquisto di titoli illiquidi rispetto al profilo di rischio di un cliente a dettaglio sono confermate dalle note vicende che hanno interessato le Banche popolari Venete.

La legge del 30 dicembre 2018 n. 145, come novellata dalla L. 28 giugno 2019, n. 58 ed integrata dalla Legge di bilancio 2020 – L. 27/12/2019 n. 160, dal Decreto Legge del 17 marzo 2020, n. 18, dalla Legge 17 luglio 2020, n. 77 e dalla Legge 30 dicembre 2020, n. 178, ha istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze il Fondo Indennizzo Risparmiatori (FIR), chiamato ad indennizzare i risparmiatori che hanno subito un pregiudizio ingiusto da parte di banche e controllate con sede legale in Italia, poste in liquidazione coatta amministrativa dopo il 16 novembre 2015 e prima del 1° gennaio 2018, con una dotazione iniziale di 525 milioni di Euro per ciascuno degli anni 2019, 2020 e 2021.

Il Fondo ha lo scopo di indennizzare i risparmiatori danneggiati dalle banche e loro controllate con sede legale in Italia, a causa delle violazioni massive degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza, buona fede oggettiva e trasparenza previsti dal T.u.f..

Il legislatore ha, infatti, ritenuto assolutamente inadeguati e inappropriati i titoli illiquidi di detti Istituti di credito acquistati da milioni di risparmiatori e ha istituito un apposito Fondo per ristorare i risparmiatori truffati. Per accedere al Fondo non è neppure necessario dimostrare l'inadempimento degli obblighi informativi, ma è sufficiente presentare un'istanza documentando l'acquisto e il possesso di detti titoli.

Il legislatore unionale è poi intervenuto nuovamente sulla disciplina, mediante l'emanazione della c.d. MiFID II (*Markets in Financial Instruments Directive II*)²⁶⁵, ad opera della Dir. 2014/65/UE, recepita con d. lgs. 3 agosto 2017 n. 129, applicabile anche agli enti creditizi che prestino “servizi e attività di investimento”²⁶⁶.

Lo stesso legislatore europeo, nel considerando 4, ha così spiegato le ragioni dell'intervento: «*La crisi finanziaria ha fatto emergere carenze nel funzionamento e nella trasparenza dei mercati finanziari. L'evoluzione dei mercati finanziari ha evidenziato la*

²⁶⁵ Vedi V. TROIANO - R. MONTRONI, *Rapporti con la clientela - regole di governance – mercati*, Padova, 2016; D. BUSCH- G. FERRARINI (a cura di), *Regulation of the EU Financial Markets: MiFID II and MiFIR*, Oxford, 2017; R. RAZZANTE - E. PEZZUTO, *MiFID II: le novità per il mercato finanziario*, Milano, 2018.

²⁶⁶ I servizi e le attività di investimento sono dettagliati nell'Allegato I, Sez. A della Direttiva, ovvero: *i)* la ricezione e la trasmissione di ordini riguardanti uno o più strumenti finanziari; *ii)* l'esecuzione di ordini per conto di clienti; *iii)* la negoziazione per conto proprio; *iv)* la gestione di portafogli; *v)* la consulenza in materia di investimenti; *vi)* l'assunzione a fermo di strumenti finanziari e/o il collocamento di strumenti finanziari sulla base di un impegno irrevocabile; *vii)* il collocamento di strumenti finanziari senza impegno irrevocabile; *viii)* la gestione di sistemi multilaterali di negoziazione; *ix)* la gestione di sistemi organizzati di negoziazione.

necessità di rafforzare il quadro per la regolamentazione dei mercati degli strumenti finanziari [...] al fine di aumentare la trasparenza, tutelare meglio gli investitori, rafforzare la fiducia, includere i settori non regolamentati e assicurare che le autorità di vigilanza dispongano di poteri adeguati per svolgere i loro compiti».

Da ciò emerge chiaramente come il ruolo svolto dalla trasparenza non sia limitato al settore bancario, potendosi senz'altro estendere al settore finanziario. Inoltre, è chiaramente evidenziata la funzionalità della trasparenza rispetto al corretto funzionamento del mercato.

Per tali motivi, il legislatore ha inteso disciplinare i momenti del rapporto contrattuale intercorrente tra prestatore di servizi e clienti, specie se al dettaglio²⁶⁷.

L'art. 40 Reg. Consob 2018, rubricato "Principi generali" e collocato all'interno del Capo I "Adeguatezza", con riferimento alla prestazione dei servizi di consulenza in materia di investimenti o di gestione di portafogli, impone all'intermediario di ottenere delle informazioni dal cliente²⁶⁸, volte «a raccomandare i servizi di investimento e gli strumenti finanziari che siano adeguati al cliente o potenziale cliente e, in particolare, che siano adeguati in funzione della sua tolleranza al rischio e della sua capacità di sostenere perdite».

Nella profilatura della clientela, oltre all'esperienza, alla conoscenza e alla situazione finanziaria, nonché agli obiettivi di investimento, è stata introdotta, quindi, anche la nozione di "tolleranza al rischio". Tale concetto è qualcosa di fumoso e non tangibile, ponendo una serie di problematiche anche sul piano dei rimedi e sulla prova dell'inadempimento dell'intermediario.

L'art. 41 prescrive poi l'obbligo di consegna da parte dell'intermediario in favore del cliente al dettaglio di una dichiarazione di adeguatezza dell'operazione. La disciplina dell'appropriatezza, invece, non ha subito particolari modifiche rispetto alla previgente normativa.

Senza soluzione di continuità rispetto alla disciplina contenuta nella MIFID, la MiFID II è intervenuta sul servizio di consulenza, caratterizzato da una maggiore necessità di tutela per il singolo investitore, derivante da una più stringente regola di adeguatezza. In tale contesto, MiFID II articola la disciplina del servizio di consulenza distinguendo tra

²⁶⁷ Il cliente al dettaglio è definito dall'art. 4 comma 1, pt. 10 e 11 MiFID II come il cliente non professionale e, quindi, il cliente diverso da una banca, da un'impresa di investimento, da un'impresa assicurativa.

²⁶⁸ Le informazioni da acquisire riguardano la conoscenza e l'esperienza finanziaria, la situazione finanziaria, «inclusa la capacità di sostenere perdite», gli obiettivi di investimento, «inclusa la tolleranza al rischio».

consulenza “indipendente” e consulenza “non indipendente”²⁶⁹. La prima si caratterizza per l’applicazione di maggiori tutele del cliente in tema di trasparenza, di *inducements*²⁷⁰ e di conflitti di interessi²⁷¹.

La differenza tra i servizi di consulenza è stata riportata anche nell’art. 24bis T.u.f.²⁷².

Lo scopo del legislatore consiste nel voler ridurre il rischio che il consulente indipendente operi opportunisticamente e in conflitto di interessi con il cliente.

Ulteriori interventi riguardano il rafforzamento degli obblighi informativi precontrattuali, soprattutto in termini di qualità delle informazioni da fornire. Si punta ad assicurare una trasparenza totale sui costi dei servizi, imponendo l’obbligo di rappresentarli in via assoluta, anche in percentuale rispetto alla somma investita e in relazione alla durata dell’investimento²⁷³. Tra dette informazioni devono essere esplicitati anche gli *inducements* percepiti dall’intermediario. La trasparenza così pensata, analogamente al settore bancario, mira ad agevolare il confronto tra diversi prodotti e servizi disponibili sul mercato. In ogni caso, gli incentivi sono ammessi a condizione che «a) abbiano lo scopo di accrescere la qualità del servizio fornito al cliente; e b) non pregiudichino l’adempimento dell’obbligo di agire in modo onesto, equo e professionale nel migliore interesse del cliente» (art. 52 Reg. Intermediari).

Inoltre, è previsto che nel caso in cui l’offerta abbia ad oggetto servizi offerti in abbinamento tra di loro, l’investitore debba avere contezza dei costi di ciascun servizio²⁷⁴.

²⁶⁹ F. ANNUNZIATA, *Il recepimento di MiFID II*, op. cit.

²⁷⁰ M. BIANCA, *Le politiche di remunerazione ed incentivazione nella prestazione dei servizi di investimento (dopo il completamento della MiFID II)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, 3, pp. 342ss.

²⁷¹ Cfr. D. SICLARI, *La consulenza finanziaria “indipendente” prevista dalla MiFID II alla prova dei fatti*, in V. TROIANO - R. MONTRONI, *Rapporti con la clientela - regole di governance - mercati*, op. cit., pp. 515 ss.

²⁷² Nel dettaglio, ai sensi dell’art. 24bis c. 2 T.u.f.: «Nella prestazione del servizio di consulenza in materia di investimenti su base indipendente, si applicano le seguenti regole: a) è valutata una congrua gamma di strumenti finanziari disponibili sul mercato, che siano sufficientemente diversificati in termini di tipologia ed emittenti o fornitori di prodotti in modo da garantire che gli obiettivi di investimento del cliente siano opportunamente soddisfatti e non siano limitati agli strumenti finanziari emessi o forniti:

i) dal prestatore del servizio o da entità che hanno con esso stretti legami, o

ii) da altre entità che hanno con il prestatore del servizio stretti legami o rapporti legali o economici, come un rapporto contrattuale talmente stretto da comportare il rischio di compromettere l’indipendenza della consulenza prestata;

b) non sono accettati e trattenuti onorari, commissioni o altri benefici monetari o non monetari pagati o forniti da terzi o da una persona che agisce per conto di terzi, ad eccezione dei benefici non monetari di entità minima che possono migliorare la qualità del servizio offerto ai clienti e che, per la loro portata e natura, non possono essere considerati tali da pregiudicare il rispetto del dovere di agire nel migliore interesse dei clienti. Tali benefici non monetari di entità minima sono chiaramente comunicati ai clienti».

²⁷³ Il Regolamento delegato 565/2017 dedica il Capo III, Sez. I, artt. 44 ss. alle informazioni che l’intermediario è tenuto a rendere al proprio cliente o potenziale cliente. Sulle specifiche misure con cui MiFID II affronta il tema degli obblighi informativi v. D. BUSCH, *MiFID II: Stricter conduct of business rules for investment firms*, in *Capital Markets Law Journal*, 2017, 3, pp. 340 ss.

²⁷⁴ La disciplina sul punto si ritrova declinata in maniera dettagliata nell’art. 50 Regolamento delegato 565/2017 e nell’art. 36 Regolamento intermediari che, al comma 2, prescrive all’intermediario di fornire al

Il legislatore ha altresì modificato l'art. 23 t.u.f., imponendo il rispetto del requisito formale anche per i servizi accessori e nella contrattazione con clienti professionali, ammettendo deroghe solo nel caso in cui «*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, assicurando nei confronti dei cliente al dettaglio appropriato livello di garanzia*».

Un'importante e fondamentale novità riguarda l'introduzione dell'art. 23 comma 4bis, che prescrive che «*nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e dei servizi accessori non vengono conclusi contratti di garanzia finanziaria con trasferimento del titolo di proprietà con clienti al dettaglio al fine di assicurare o coprire obbligazioni presenti o future, effettive o condizionate o potenziali dei clienti. Sono nulli i contratti conclusi in violazione della presente disposizione*»²⁷⁵. A tal fine, si è voluto arginare il fenomeno della vendita di prodotti finanziari subordinata alla concessione in garanzia dei prodotti e dei titoli acquistati (c.d. “operazione baciata”).

Un ulteriore ambito di intervento di MiFID II concerne l'introduzione di disposizioni in tema di *product governance* e *product intervention*.

Dopo i provvedimenti dell'Autorità di vigilanza (es. la già citata Comunicazione Consob 2009) volti a disciplinare i comportamenti degli intermediari, Mifid II, la Direttiva delegata (UE) 2017/593 e le relative *Guidelines* dell'ESMA hanno introdotto regole sulla produzione e sulla distribuzione degli strumenti finanziari, identificate con l'espressione «*product governance*»²⁷⁶. Tali regole impongono agli intermediari di adottare assetti

cliente o al potenziale cliente le informazioni che si riferiscono ai costi e oneri connessi, comprese le informazioni relative sia ai servizi di investimento che ai servizi accessori, al costo dell'eventuale consulenza e dello strumento finanziario raccomandato o offerto in vendita al cliente e alle modalità di pagamento da parte del cliente, ivi inclusi eventuali pagamenti di terzi. Le informazioni sui costi e oneri, compresi quelli connessi al servizio di investimento e allo strumento finanziario, non causati dal verificarsi di un rischio di mercato sottostante, sono presentate in forma aggregata per permettere al cliente di conoscere il costo totale e il suo effetto complessivo sul rendimento e, se il cliente lo richiede, in forma analitica.

²⁷⁵ Cfr. l'art. 39, comma 3, Regolamento intermediari: «Quando si avvalgono di contratti di garanzia con trasferimento del titolo di proprietà, gli intermediari comunicano ai clienti professionali e alle controparti qualificate i rischi connessi e l'effetto di ogni contratto di garanzia con trasferimento del titolo di proprietà sugli strumenti finanziari e sulle disponibilità liquide dei clienti medesimi».

²⁷⁶ Per un approfondimento v. D. BUSCH, *Product Governance and Product Intervention under MiFID II/MiFIR*, in D. BUSCH - G. FERRARINI, (eds.), *Regulation of the EU Financial Markets. MiFID II and MiFIR*, Oxford, 2017, 123ss. Nella letteratura italiana v. A. PERRONE, *Il diritto dei mercati dei capitali*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 221ss.; L. ALBANESE, *La MiFID II oltre la trasparenza informativa Product governance e Product Intervention*, in F. GRECO (a cura di), *Manuale di diritto del risparmio*, op. cit. pp. 361ss. Le origini della disciplina sulla product governance si rinvergono, nel documento congiunto EBA-ESMA-EIOPA del 2013, reperibile all'indirizzo internet <https://www.eba.europa.eu/-/eba-eiopa-and-esma-publish-joint-position-on-product-oversight-and-governance-processes>.

organizzativi capaci di assicurare che i processi fondamentali precedenti alla negoziazione presso la clientela, ovvero quelli della produzione della distribuzione, siano immuni da conflitti di interessi e rispondano a determinate esigenze di un *target* di mercato²⁷⁷. Le regole in tema di *product governance* anticipano, dunque, la tutela dell'investitore alla fase che precede la stessa immissione sul mercato di uno strumento finanziario.

Nel dettaglio, il considerando n. 15 della direttiva delegata Mifid II prevede che «Al fine di evitare e ridurre sin dall'inizio potenziali rischi di mancato rispetto delle regole di protezione degli investitori, [gli intermediari] che realizzano strumenti finanziari» devono far sì che «tali prodotti siano concepiti per soddisfare le esigenze di un determinato mercato di riferimento di clienti finali individuato all'interno della pertinente categoria di clienti e che la strategia di distribuzione degli strumenti finanziari sia compatibile con il *target*» (art. 24, p. 2, MiFID II) in conformità a uno specifico «processo di approvazione» da porre in essere «prima della loro commercializzazione o distribuzione alla clientela» (art. 15, p. 3 MiFID e art. 9 Direttiva delegata MiFID II). Del pari, l'intermediario che provvede alla distribuzione «deve conoscere gli strumenti finanziari offerti o raccomandati, valutarne la compatibilità con le esigenze della clientela cui fornisce servizi di investimento e fare in modo che gli strumenti finanziari siano offerti o raccomandati solo quando ciò sia nell'interesse del cliente» (art. 24, p. 2 MiFID II e art. 10 Direttiva delegata MiFID II). Tali disposizioni sono state recepite nell'art. 21 comma 2 bis t.u.f., secondo cui «*Quando realizzano strumenti finanziari per la vendita alla clientela, i soggetti abilitati alla prestazione dei servizi e delle attività di investimento fanno sì che tali prodotti siano concepiti per soddisfare le esigenze di un determinato mercato di riferimento di clienti finali individuato all'interno della pertinente categoria di clienti e che la strategia di distribuzione degli strumenti finanziari sia compatibile con i clienti target. I soggetti di cui al presente comma adottano inoltre misure ragionevoli per assicurare che lo strumento finanziario sia distribuito ai clienti all'interno del mercato target*».

Al fine di garantire la concreta attuazione di quanto previsto e il rispetto dei predetti obblighi, il legislatore ha attribuito alle Autorità di vigilanza pervasivi poteri di intervento che in presenza di un «timore significativo» per la tutela degli investitori attribuiscono alle Autorità nazionali o europee il potere di vietare o limitare la commercializzazione, la

²⁷⁷ A. PERRONE, *Oltre la trasparenza*, op. cit. p. 81.

distribuzione o la vendita degli strumenti finanziari emessi sul mercato in violazione degli obblighi previsti.

Il legislatore, dunque, interviene a monte, proprio sul produttore di strumenti finanziari, rifiutando quanto affermato da parte di dottrina secondo cui «tutti sono liberi di vendere uova marce, purché dichiarino di vendere uova marce»²⁷⁸. Le “uova marce” non possono essere solo vendute, ma neanche covate, neppure se venga pubblicizzata la loro (scadente) qualità.

VI. PROVE DI RIEQUILIBRIO DEL RAPPORTO CONTRATTUALE. L'INFORMAZIONE E LA TRASPARENZA COME BENI GIURIDICI

Nei precedenti paragrafi si è più volte osservato che il rapporto banca-cliente e, *a fortiori* il rapporto intermediario-cliente, è caratterizzato da una spiccata disparità di potere tra le parti²⁷⁹, di cui vi è uno dei soggetti che esercita professionalmente quel tipo di attività.

In tale contesto, il legislatore ha introdotto non solo disposizioni regolanti l'informazione e la forma del contratto, bensì anche meccanismi di riequilibrio della forza contrattuale tra le parti²⁸⁰. L'obiettivo del legislatore è di rendere edotto il cliente dei costi e dei rischi di ciascuna operazione al fine di far maturare un consenso consapevole.

Sul punto, è opportuno chiarire che - contrariamente a quanto avviene per la conclusione dei tradizionali contratti propri dell'esperienza civile, in cui l'accordo è il frutto della volontà di due o più parti²⁸¹ e ha tra le stesse la medesima forza di una legge - i settori bancari, finanziari e assicurativi sono espressione di rapporti contrattuali di massa che, in quanto tali, prescindono dalla negoziazione caso per caso²⁸² delle condizioni applicate al contratto. Il cliente che si rivolge presso uno dei soggetti richiamati non può fare altro che aderire a una delle soluzioni a lui proposte. Pertanto, non è corretto discorrere di incontro di volontà delle parti, risolvendosi piuttosto in una adesione del soggetto (debole) a quanto predisposto dal soggetto professionale. A ciò si aggiunga che i contratti in

²⁷⁸ A. NIGRO, *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, in *Dir. banc. Merc. Fin.*, 1992, I, p. 423, ricorda la filosofia adottata negli Stati Uniti in relazione alla trasparenza nel mercato mobiliare.

²⁷⁹ Cfr. A.A. DOLMETTA, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 154/1992*, op. cit., pp. 375 ss.

²⁸⁰ Sul concetto di soggetto debole nel diritto privato vedi P. CENDON, *Persone fragili, diritti civili*, in *Nuova giur. civ.*, 2021, I, p. 167.; nel settore bancario v. F. GRECO, *Informazione precontrattuale*, op. cit.; F. AZZARI, *Ricodificazione del diritto dei contratti: il ruolo della parte generale e l'influenza delle discipline di settore*, in *Contr. impr.*, 2019, 2, p. 571; V. ROPPO, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente*, in ID., *Il contratto del duemila*, III, Torino, 2011.

²⁸¹ Sull'argomento vedi i magistrali scritti di R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Tratt. Dir. civ.*, diretto da R. SACCO, Torino, 2005, p. 10; P. TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940, p. 1; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. civ.*, diretto da F. VASSALLI, II, Torino, 1950.

²⁸² Per un approfondimento sui limiti della contrattazione di massa P. SCHLESINGER, *Problemi relativi alla c.d. trasparenza bancaria*, in *Corr. Giur.*, 1989, pp. 230ss.

questione sono costituiti da disposizioni di alto contenuto tecnico e, spesso, regolano rapporti di lunga durata che possono anche prevedere la conclusione di successivi e correlati contratti.

A tal proposito, si è prospettata la possibilità di rendere estendibile anche al settore della contrattualistica bancaria²⁸³ la disciplina prevista dall'art. 35 del cod. cons.²⁸⁴, in tema di dovere di chiarezza e comprensibilità delle clausole contrattuali, anche alla luce di quanto previsto dalle Istruzioni di Banca d'Italia e di quanto statuito di recente dalla Corte di Giustizia Europea²⁸⁵.

Del resto, la contrattazione in tali settori richiede il perseguimento di obiettivi estranei alla contrattualistica tradizionale, mirando all'equilibrio normativo e alla giustizia contrattuale²⁸⁶.

L'informazione²⁸⁷ è divenuta un elemento imprescindibile nella relazione banca – cliente. L'attuale ordinamento giuridico è maggiormente complesso rispetto al sistema tradizionale e viene integrato con il richiamo alla forma contenuto nella legislazione speciale consumeristica, la quale nelle sue diverse fattispecie utilizza il requisito formale per favorire l'intelligibilità e la certezza delle regole del gioco contrattuale.

Infatti, la forma nell'esperienza comunitaria non si esaurisce nella semplice consacrazione dell'atto negoziale in un documento. Ciò ha portato parte della dottrina²⁸⁸ ad intendere il termine forma in senso atecnico o a discorrere di neoformalismo²⁸⁹.

Il legislatore, al fine di riequilibrare i rapporti fisiologicamente asimmetrici e di contrastare l'opacità formale dei contratti, ha inteso imporre oneri ed obblighi assai stringenti in materia di forma e del contenuto degli atti formativi. In tal modo, si intende garantire una consapevolezza sostanziale in chi non può partecipare alle trattative.

²⁸³ E. CAPOBIANCO, *I contratti bancari*, op. cit., p. 51.

²⁸⁴ F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, op. cit.; N. RIZZO, *Trasparenza e contratti del consumatore. (La novella del codice civile)*, Napoli, 1997.

²⁸⁵ Vedi *ex multis*, Corte Giust. 3.3.2020, c. 125/18, *Marc Gómez del Moral Guasch c. Bankia SA*, reperibile sul sito internet <http://curia.europa.eu>.

²⁸⁶ E. CAPOBIANCO, *I contratti bancari*, op. cit. 45; F. CAPRIGLIONE, *Dalla trasparenza alla «best execution»: il difficile percorso verso il giusto prezzo*, in *Banca, borsa*, 2009, p. 475ss; v. anche A. BARENGHI, *La trasparenza bancaria venticinque anni dopo*, op. cit. pp. 36ss.

²⁸⁷ In materia di intermediazione v. F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, cit.; ID., *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, op. cit.; V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 4, 747ss.; G. GRISI, *Gli obblighi di informazione*, in S. MAZZAMUTO, (a cura di), *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002, pp. 144ss.; A. C. NAZZARO, *Obblighi di informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, *passim*; A. NERVI, *Informazione e contratto in ambito bancario e finanziario. Un itinerario ancora in fieri nell'esperienza italiana*, in *Riv. dir. bancario*, 2022, 2, pp. 289ss.; D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, *passim*,

²⁸⁸ R. LENER, *Dalla formazione alla forma dei contratti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1990, I, p. 781;

²⁸⁹ S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. Dir., Ann.*, Milano 2012, pp. 772ss.; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008.

In tale prospettiva è stato altresì osservato che la tutela del contraente debole rappresenta il mezzo per tutelare lo stesso contratto, inteso come “strumento tipico dello scambio”²⁹⁰ e che, conseguentemente, l’onere formale posto a tutela di un interesse individuale non ha come unico scopo il riequilibrio del rapporto, risultando più in generale strumentale alla “finalità superindividuale di regolazione del mercato”²⁹¹.

La disciplina informativa nell’esperienza dei testi unici è senza alcun dubbio maggiormente dettagliata rispetto allo spazio alla stessa dedicato dal legislatore del codice civile. Nel codice del ’42, infatti, i riferimenti agli obblighi informativi si rinvencono esclusivamente negli artt. 1337 e 1338 c.c., concernenti la fase delle trattative²⁹² e nell’art. 1375 c.c. riguardante l’esecuzione del contratto²⁹³. Si tratta di disposizioni generali applicabili a tutti i rapporti privatistici (cfr. cap. III, cap. X). Ai sensi dell’art. 1337 c.c. le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede. Implicitamente l’art. 1337 c.c. richiede che le parti si scambino informazioni²⁹⁴ necessarie a rafforzare la propria consapevolezza in ordine ai propri interessi perseguiti²⁹⁵, senza però predisporre un’elencazione tassativa delle comunicazioni da effettuare, astenendosi da prefissare schemi rigidi²⁹⁶.

Risulta, quindi, lapalissiano come nella disciplina codicistica il dovere giuridico di fornire le corrette informazioni sia una diretta e conseguente esplicitazione dei principi generali di correttezza e buona fede, in modo da «rafforzare la consapevolezza delle loro scelte [delle parti] sull’assetto contrattuale e della sua adeguatezza rispetto agli obblighi realmente perseguiti»²⁹⁷.

²⁹⁰ F. DI MARZIO, *Verso il nuovo diritto dei contratti*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 427.

²⁹¹ G. FAUCEGLIA, *La forma dei contratti relativi ad operazioni e servizi bancari e finanziari*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1994, p. 423.; sul punto v. anche E. BOCCHINI, *In principio erano le informazioni*, in *Giur. Comm.*, 2008, 1, 35 ss.

²⁹² Vedi M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; L. NANNI, *Le trattative*, in (a cura di) G. ALPA – M. BESSONE, *I contratti in generale*, III, Torino, 1992.

²⁹³ F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, op. cit. pp. 40-41.

²⁹⁴ In questo senso: G. VISITINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, p. 97 ss; W. BIGIAVI, *Dolo e “sorpresa” nell’imputazione dei pagamenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 89 ss; E. MINERVINI, *Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede contrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1987, II, p. 944.

²⁹⁵ R. SACCO e G. DE NOVA, *La preparazione del contratto*, in R. SACCO (a cura di), *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Civ.*, II, Torino, 1993, p.252.

²⁹⁶ F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 44.

²⁹⁷ Così F. GRECO, op. cit., 42.

Il diritto ad essere informati non giustifica però l'inerzia dell'altro contraente, il quale comunque dovrà comportarsi secondo l'ordinaria diligenza²⁹⁸.

In altri termini, occorre comunicare tutti quegli elementi essenziali che sono determinanti per la formazione della volontà contrattuale²⁹⁹ e la realizzazione dei reciproci obiettivi.

La valutazione deve essere fatta in base alla fattispecie concreta, considerata nel contesto economico, sociale e giuridico in cui si instaura il rapporto³⁰⁰.

Da qui l'importanza degli obblighi informativi.

Le informazioni preliminari devono essere fornite per iscritto attraverso un documento *standard*, preliminarmente vagliato dalla Consob.

L'intermediario ha il compito di mettere il risparmiatore nelle condizioni di adottare le decisioni più congrue rispetto alle sue esigenze, anche in relazione alla natura e ai rischi delle operazioni proposte.

La conclusione del contratto, analogamente a quanto prescritto dall'art. 117 T.u.b., deve avvenire in forma scritta *ad substantiam* e prevede altresì la consegna di un esemplare al cliente (art. 23 T.u.f.). Tuttavia, in entrambe le ipotesi può essere prevista un'altra forma: nel caso dell'art. 117 T.u.b. comma 2 è specificato come il CICR (Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio) possa prevedere altre forme, esclusivamente per motivate ragioni tecniche³⁰¹, mentre nel caso dell'art. 23 T.u.f. spetta a Consob, sentita la Banca d'Italia, prevedere con regolamento che per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano essere stabiliti in altra forma.

In tale contesto, la regola di trasparenza, punto cardine delle normative dei testi unici, ha assunto la veste di "principio"³⁰² "conformatore dell'attività bancaria"³⁰³, di "istituto autonomo", di "clausola generale"³⁰⁴, ovvero come specificazione del canone di buona

²⁹⁸ Sulla logica dei flussi bidirezionali nell'intermediazione finanziaria, v. F. GRECO, *Informazione precontrattuale*, cit. 72. L'A. richiama la differenza tra onere ed obbligo. Su tale differenza v. anche GIORGIANNI, *L'obbligazione*, op. cit. p. 21.

²⁹⁹ Per S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1961, vol. IX, p. 114 vi dovrebbe essere un'identità tra conoscenza e volontà, tale da costituire un' "unità sintetica".

³⁰⁰ G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 81.

³⁰¹ Sul punto v. Cass. Civ. se. I, 09/07/2005, n. 14470, in *Giust. Civ.* 2006, 2, I, p. 311.

³⁰² V. RIZZO, *Trasparenza e "contratti del consumatore"* (la novella del codice civile) in P. PERLINGIERI (a cura di), *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, Napoli, Esi, pp. 75ss.

³⁰³ Così E. SABATELLI, *A proposito di trasparenza dell'operatività bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, 6, p. 783.

³⁰⁴ E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, pp. 94ss.

fede³⁰⁵ che si assurge a “madre prima della disciplina”³⁰⁶. In tal guisa, i «contratti trasparenti si estendono anche al di là dei confini naturali, e quindi la “trasparenza del contratto” o la “trasparenza del rapporto” finiscono di fatto per pervadere l’intero universo contrattuale»³⁰⁷. La buona fede, in ambito consumeristico³⁰⁸, è stata impiegata in una prospettiva di tutela del contraente debole e di un controllo sul contenuto dei contratti. In tal modo, il legislatore colora il contenuto di lealtà, buona fede³⁰⁹ e correttezza, imponendo al professionista una serie di obblighi di informazione, integrando la disciplina dell’informazione precontrattuale³¹⁰.

Occorre però sottolineare come i contratti del risparmio - intendendosi con tale locuzione i contratti afferenti al settore bancario, finanziario e assicurativo - siano dotati di un elevato tecnicismo giuridico e economico. Con la precisazione che l’informazione non

³⁰⁵ *Ex multis* v. E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, pp. 96ss.; F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998, p. 42; E. CAPOBIANCO, *Le pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, in *Dir. merc. Ass. e finanz.*, 2018, I, pp. 15ss. In senso contrario v. A. BREGOLI, *La trasparenza nel credito al consumo e nel credito all’impresa: divagazioni civilistiche*, in *Dir. banca mercato fin.*, 2008, I, pp. 213 ss.

³⁰⁶ Così A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, op. cit.

³⁰⁷ G. ALPA, *La trasparenza delle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore*, op. cit., p. 9.

³⁰⁸ Sull’argomento si rinvia a E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, op. cit. pp. 65ss.

³⁰⁹ In Italia il contenuto oggettivo o soggettivo della clausola di buona fede in queste fattispecie ha dato luogo a diversi orientamenti. Nella valutazione oggettiva v. L. BIGLIAZZI GERI, *Condizioni generali di contratto e buona fede*, in E. CESARO (a cura di), *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, Napoli, 1994, p. 31 ss; G. CIAN, *Il nuovo capo XIV-Bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, p. 415; G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie. Art. 25, legge 6 febbraio 1996, n. 52*, Milano, 1996, pp. 16ss.; G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Foro.it*, 1996, V, c. 159s; Cons. St., Sez. cons. atti normativi, 20 dicembre 2004, n. 11602, in *Foro.it.*, 2005, III, c. 348ss, ove si osserva che la buona fede oggettiva è propria dei rapporti *inter partes*, come quelli contrattuali del libro quarto del codice civile, mentre la buona fede soggettiva è tipica dei rapporti assoluti, *erga omnes* (art. 1147 c.c.).

In una direzione soggettiva v. A. BARENGHI, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996, p. 37 ss; F.D. BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in ID., C.M. BIANCA e AA. VV., *Commentario al Capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999, p. 12 ss.

³¹⁰ E. POILLOT, *Droit europeen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, Paris, 2006, pp. 103 ss., rileva puntualmente come, benché molte direttive prevedano requisiti di forma scritta, ciò non permetta di affermare che di regola la validità dell’atto dipenda dall’osservanza del requisito formale, essendo funzione del formalismo quella di rafforzare l’informazione.

Secondo P. BONFILIS, *Le droit des obligations dans l’intermédiation financière*, Paris, 2005, pp. 26 ss., nel diritto francese le disposizioni di legge che richiedono la forma scritta dei contratti di gestione individuale di portafoglio non giustificano la sanzione di nullità, alla stregua di quanto affermato da *Cour de Cassation (Comm.)*, 7 gennaio 2004, che ebbe a ravvisarsi solo una regola sulla forma della prova; la stessa soluzione sarebbe pacifica per gli altri contratti di intermediazione.

equivale a mera comunicazione, ma identifica l'attività comunicativa funzionale alla conoscenza dei termini dell'operazione economica³¹¹.

Pertanto, anche la mera informazione non è garanzia di riequilibrio del rapporto. L'informazione³¹² deve essere effettiva e concreta, tale da consentire al soggetto di comprendere cosa stia realmente stipulando. Del resto, un'eccessiva informazione, definibile come "overload informativo", celando un'insidia³¹³, conduce a risultati controproducenti³¹⁴.

A tal proposito le banche, su espressa raccomandazione della Banca d'Italia, hanno previsto degli interventi volti a ridurre il *gap* comunicativo, cercando di garantire una informazione quanto più comprensibile per il consumatore, ispirata ai principi di chiarezza³¹⁵ e trasparenza³¹⁶. Secondo questo orientamento la nozione di trasparenza rappresenta uno strumento di intellegibilità del contenuto del contratto, funzionale alla formazione di un consenso consapevole e antidoto allo squilibrio informativo tra le parti, contribuendo all'evoluzione della disciplina della contrattazione³¹⁷ asimmetrica.

Invero, con riferimento al concetto di adeguatezza, non bisogna neanche procedere con un sovraaccesso di informazione³¹⁸: non è corretto infatti considerare l'adeguatezza sotto solo un profilo meramente quantitativo³¹⁹, ma occorre procedere con una valutazione di

³¹¹ In questi termini v. A. LUMINOSO, *Il conflitto di interessi nel rapporto di gestione*, in *Riv. Dir. Civ.* 2007, 1, p. 761.

³¹² In merito alla nozione di informazione come bene giuridico v. P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, pp. 346ss.; v. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 453.

³¹³ F. ANNUNZIATA, *Regole di comportamento degli intermediari e riforme dei mercati mobiliari*, Milano, 1993, sottolineava il rischio per il cliente di essere travolto sotto un flusso magmatico e incontrollato di dati di ogni sorta, con conseguenti inevitabili effetti distorsivi; dello stesso avviso A. GENTILI, *Contratto e violazione delle regole di comportamento: i rimedi e le responsabilità*, Relazione al Convegno di Lecce sul tema «Regolamentazione del mercato finanziario e contratti con gli investitori», 30.11.2007. In generale sull'eccesso di informazione al consumatore v. G. GRISI, *Negoziato telematico, informazione e recesso*, in A. PALAZZO – U. RUFFOLO (a cura di), *La tutela del navigatore in internet*, Milano, 2002, p. 79.

³¹⁴ A. ZOPPINI, *Eccesso di informazioni e tutela dell'investitore*, in G. MOLLO (a cura di), *Atti dei seminari celebrativi per i 40 anni dall'istituzione della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*, in *Quaderni Giuridici Consob n. 9*, Roma, 2015, p. 258.

³¹⁵ Sulla definizione di "chiarezza", v. G. LIACE, *La nozione di chiarezza nel diritto bancario e dei mercati finanziari*, in *Giur. comm.*, 2017, 6, pp. 967ss, secondo cui «la chiarezza diviene quella caratteristica concernente un discorso per cui il medesimo è di agevole comprensione da parte del destinatario, il quale è messo in condizione di attribuire ad esso un significato univoco con relativa immediatezza, attingendo alle normali risorse linguistiche».

³¹⁶ A. M. TARANTOLA, *La trasparenza sostanziale nei rapporti tra banche e clienti: la visione della Banca d'Italia*, 2011, 11, www.bancaditalia.it.

³¹⁷ Cfr. G. ALPA, *Quando il segno diventa comando: la «trasparenza» dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2003, 1, pp. 465ss.

³¹⁸ Sul tema dell'*information overload*, P. RESCIGNO, "Trasparenza" bancaria e diritto comune dei contratti, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, I, p. 306; v. anche F. GRECO, *L'onere/obbligo informativo: dalla formazione paternalistica all'information overload(ing)* in *Resp. Civ. prev.*, 2017, 2, pp. 398 ss.

³¹⁹ Per R. RORDORF, *La tutela del risparmiatore: norme nuove, problemi vecchi*, in *Le società*, 2008, 3, p. 269ss., l'eccesso di informazioni finisce con l'avere una funzione di disturbo.

utilità delle informazioni, altrimenti ci sarebbe il rischio di ottenere risultati contrari a quelli sperati.

Per tali motivi appare che la correttezza del professionista non debba essere solo ponderata sul flusso informativo³²⁰ ma anche sulla valutazione personale di cosa venda, se ciò che vende è adeguato o meno alle esigenze che il contraente intende realizzare³²¹. Fondamentale appare, dunque, precisare che il corretto adempimento all'obbligo di informare il contraente non deve essere parametrato soltanto sulla base di canoni oggettivi, ma anche su canoni soggettivi legati alle caratteristiche del cliente³²².

Le informazioni devono essere chiare e comprensibili. I due concetti, seppur simili, assumono un significativo differente, riferendosi il primo alle modalità con cui le clausole vengono esternate, mentre il secondo al contenuto intrinseco delle clausole contrattuali e alla loro idoneità a rendere edotta la parte delle complessive condizioni contrattuali³²³. L'esigenza della comprensibilità³²⁴ è maggiormente avvertita nei rapporti caratterizzati da un elevato tecnicismo. Entrambi i precetti determinano l'efficacia della clausola che, quindi, dipende dal corretto assolvimento da parte del professionista di "parlare chiaro"³²⁵.

Come già ricordato, le Istruzioni di Banca d'Italia e di Consob impongono la semplicità e la comprensibilità delle informazioni, oltre che la necessaria correttezza delle stesse. La disciplina relativa alle modalità con cui fornire le comunicazioni pubblicitarie e promozionali si rinviene negli artt. 120 octies e 123 T.u.b. e, soprattutto, nell'art. 21 T.u.f. al comma 1 lett. c), nella parte in cui è imposto ai soggetti abilitati alla prestazione di servizi e attività di investimento di «utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti».

Si aggiunga che, la previsione di obblighi formali in questa fase consente anche di valutare la regolamentazione della pubblicità commerciale, nella quale si saldano, non sempre a beneficio del destinatario, contenuto suggestivo e contenuto informativo. Si comprende che il formalismo rappresenta uno strumento per il controllo dell'attività promozionale dell'intermediario, essendo anche quest'ultima idonea ad indirizzare le

³²⁰ Sui modelli informativi, di recente, v. H.T.C. HU, *Dislodge Universes and Modes of Information: Bank, Innovation and Divergent Regulatory Quest*, in *31 Yale Journal on Regulation*, 2014, pp. 565ss.

³²¹ In questo senso, D. VALENTINO, op cit., pp. 236ss.

³²² Cfr. Trib. di Torino, 27 gennaio 2000, in *Giur. It.*, 2001, p.548.

³²³ Di tale avviso è F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, op. cit. p. 80.

³²⁴ 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. credi*, 2011, I, 246ss.

³²⁵ L'espressione è di F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, op. cit., p. 81.

scelte e quindi la formazione del processo decisionale del potenziale investitore³²⁶. Il destinatario dell'informazione ha l'interesse positivo all'informazione e quello negativo costituito dalla protezione contro forme non veritiere di pubblicità³²⁷ che, privandolo di oggettiva base valutativa, pregiudicherebbero la libera e consapevole formazione della sua volontà.

Il concetto di trasparenza è espressamente richiamato anche dalla normativa contenuta nel T.u.f.. Ciò conferma la sussistenza del binomio informazione-trasparenza³²⁸.

Anzitutto, l'art. 5 comma 3 del T.u.f. stabilisce che Consob è l'Autorità di vigilanza competente «per quanto riguarda la trasparenza e la correttezza dei comportamenti».

L'art. 6 comma 2 T.u.f prescrive che Consob, sentita Banca d'Italia, disciplina gli obblighi in materia di trasparenza dei soggetti abilitati. In particolare, oggetto di regolamentazione sono gli obblighi informativi e la relativa correttezza dei comportamenti degli intermediari nel momento degli scambi del flusso di informazione.

L'obiettivo del legislatore consiste nel garantire al cliente una tutela a prescindere dalla successiva conclusione del contratto: una tutela *ex ante*, non *ex post*, di colui che potrebbe restare vittima di un uso non corretto dei mezzi di persuasione. In tale direzione l'art. 36 Reg. Consob stabilisce che le informazioni contenute nelle comunicazioni pubblicitarie e promozionali devono essere conformi a quelle che l'impresa fornisce nella prestazione dei servizi di investimento³²⁹.

VI.1. INFORMAZIONE ED EDUCAZIONE FINANZIARIA

È evidente che gli obblighi informativi previsti dalla normativa anticipano la tutela del cliente alla fase precontrattuale. Il rischio di un simile meccanismo è che le banche assolvano a un siffatto onere solo formalmente³³⁰, senza garantire il raggiungimento dell'obiettivo prefissato dal legislatore³³¹.

Seguendo tale teoria che, comunque, non può ritenersi sufficiente per la soluzione dei problemi, si rileva che un'informazione che non sia accompagnata da una vera e propria

³²⁶ Sul punto v. Provvedimento dell'AGCM n. 11792 del 6 marzo 2003 (relativo ad un messaggio riguardante il contratto denominato 4 *You* reputato tale da indurre in errore gli utenti in ordine alle caratteristiche effettive del prodotto offerto) richiamato da Trib. Firenze, 18 gennaio 2007, in *Rass. Dir. Civ.*, 2007, p. 1132, con nota di F. GRECO, *Verso la contrattualizzazione dell'informazione precontrattuale*.

³²⁷ G. ALPA, *La pubblicità dei prodotti finanziari*, in *Banca impr. Soc.* 1988, p. 124.

³²⁸ V. PICCININI, *Le regole generali di comportamento degli intermediari autorizzati. I principi di lealtà, buona fede e correttezza nella gestione del risparmio*, in S. AMBROSINI – P.G. DEMARCHI (a cura di), *Banche, consumatori e tutela del risparmio*, Milano, 2009, 110-111.

³²⁹ F. GRECO, *Informazioni precontrattuali*, op. cit., p. 71, osservava tale analogia già con riferimento all'art. 34 del Reg. Consob del 2007.

³³⁰ G. GRISI, *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. Giur.*, agg. XIV, Roma, 2006, p. 4.

³³¹ M. BARCELLONA, *Mercato mobiliare e tutela del risparmio. L'intermediazione finanziaria e la responsabilità di banche e Consob*, Milano, 2009, pp.4 ss.

educazione finanziaria del cliente³³², risulta altamente depotenziata, in ragione dell'elevato rischio di non effettiva comprensione delle informazioni che provengono dalla banca. In tale prospettiva, dettagliate e articolate informazioni non assolvono all'obiettivo di comprensibilità delle clausole contrattuali che, anzi, non permettono al cliente, specie se al dettaglio, di compiere una scelta consapevole.

La necessità di un'educazione finanziaria è sempre più avvertita da Banca d'Italia, la quale costantemente evidenzia l'importanza di educare i consumatori alle esigenze di risparmio e di investimento, anche al fine di garantire un sistema bancario stabile e funzionale³³³. Per tali motivi, le disposizioni in materia di trasparenza, quali strumenti pensati per il riequilibrio del rapporto contrattuale, assumono, al contempo, primaria importanza per garantire la stabilità del mercato.

In tal guisa, segnali della necessità di agire sull'educazione finanziaria³³⁴ del cliente, si rivengono altresì nella già citata *Mortgage Credit Directive* che dedica diversi Capi³³⁵ all'educazione finanziaria. In particolare, si sollecitano gli Stati membri a promuovere misure e interventi volti a favorire l'educazione dei consumatori³³⁶.

Tali solleciti sono stati recepiti dal legislatore italiano nell'art. 126-vicies sexies T.u.b ove è previsto al comma 1 l'impegno di Banca d'Italia a promuovere iniziative dirette a fornire ai consumatori, specialmente quelli più vulnerabili, informazioni chiare e comprensibili sul conto di base, sulle relative condizioni generali di prezzo, sulle procedure per accedervi e sulle possibilità di ricorso a procedure alternative di risoluzione delle controversie. Mentre al comma 2, è attribuito a Banca d'Italia il potere di

³³² F. BAGNI, *La gestione del rapporto banca-cliente: un'analisi (anche) empirica del contenzioso bancario fra modalità di gestione e competenze*, in *Judicium*, Pacini, 2019.

³³³ Cfr. CONSOB, *Report on financial investments of Italian households. Behavioural attitude and approaches*, 2016, che evidenzia come l'Italia sia collocata oltre il quarantesimo posto nel mondo e agli ultimi posti tra i Paesi del G8 per grado di diffusione di conoscenze finanziarie di base tra i propri cittadini. Precedentemente, OCSE, *PISA 2012 Results: Students and Money*, Parigi, 2014, sottolineava come in Italia mancasse sul punto una strategia nazionale.

³³⁴ L'educazione bancaria e finanziaria si inserisce nel più ampio processo di educazione del consumatore, di derivazione europea. L'art. 153 TCE (oggi art. 169 TFUE) prevedeva espressamente al comma 1 il diritto all'educazione in capo al consumatore.

³³⁵ Nel dettaglio il Capo II riguarda l'educazione finanziaria dei consumatori; il Capo VIII i servizi di consulenza in materia di credito immobiliare; il Capo IX ai prestiti concessi in valuta estera o caratterizzati da un tasso di interesse variabile. In arg. v. F. PATTI, *L'educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contratto e impresa*, 2015, 6, pp. 1423ss.

³³⁶ Cfr. il considerando n. 49 della Direttiva 2014/92/UE che afferma: «gli Stati membri dovrebbero promuovere misure a sostegno dell'educazione dei consumatori e più vulnerabili fornendo loro orientamento e assistenza per la gestione responsabile delle loro finanze. È inoltre necessario informare i consumatori circa l'orientamento che le organizzazioni di consumatori le autorità nazionali possono fornire loro punto. Inoltre, gli Stati membri dovrebbero incoraggiare le iniziative degli enti creditizi volte a combinare la fornitura di un conto di pagamento con caratteristiche di base con servizi indipendenti educazione finanziaria».

«promuovere la redazione di codici di condotta per l'offerta indipendente di iniziative di educazione finanziaria da parte degli intermediari, finalizzate a favorire l'orientamento della clientela e l'assistenza per la gestione responsabile delle finanze personali».

In generale, gli intermediari hanno concordato di osservare codici di comportamento³³⁷, tra cui l'esperienza più interessante è quella assunta dall'Associazione bancaria italiana (ABI), a cui aderisce la totalità delle imprese bancarie italiane e la cui regolamentazione si aggiunge alle ulteriori fonti di diritto della legislazione bancaria.

Anche se tali norme sono previste solo per la disciplina dei servizi di pagamento, si ritiene di dover estendere detta disposizione anche alla disciplina del credito al consumo. Una simile norma dovrebbe essere inserita nella parte generale del T.u.b., senza il riferimento specifico alla categoria del consumatore. Vi è infatti la necessità di promuovere processi di educazione finanziaria in tutti i settori, a prescindere dalla qualifica del contraente.

Si badi che una corretta comprensione da parte dei clienti del contenuto contrattuale comporta dei benefici anche per gli operatori professionali. Infatti, in tal modo, si potrebbero ridurre i rischi che il cliente sia inadempiente e che si formino passività in capo alla banca.

Obblighi informativi e trasparenza costituiscono, pertanto, principi giuridici strettamente connessi, ma non coincidenti. La trasparenza, infatti, non si esaurisce nel momento della prima, ma caratterizza tutte le fasi del rapporto intercorrente tra banca e cliente³³⁸.

VII. RELAZIONE FIDUCIARIA E AGIRE FUNZIONALE QUALI CORRETTIVI AI FALLIMENTI DEL MERCATO

Le considerazioni finora svolte impongono, dunque, delle opportune riflessioni sia in merito alla tutela da assegnare al soggetto fisiologicamente più debole sia in relazione al rapporto tra la disciplina dei contratti contenuta nei testi unici e quella propria dell'esperienza codicistica. In tal modo, si tenterà di tirare una linea di bilancio circa i risultati raggiunti e gli errori commessi, a distanza di trent'anni dall'emanazione del T.u.b. e di venticinque anni da quella del T.u.f.

Gli interventi legislativi hanno tentato di dettagliare il rapporto banca-cliente.

³³⁷ Per un dettagliato approfondimento v. A. SCOTTI, *I codici di condotta tra mercato, impresa e contratti*, op. cit., pp. 260ss.

³³⁸ G. ALPA, *La «trasparenza» del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur. it.*, 1992, 4, p. 10. Secondo l'autorevole A. essa può essere ripartita in informazione diretta al contraente debole; informazione mediata dagli intermediari in ossequio ai principi di buona fede e correttezza, nonché nel rendere un'informazione completa sugli elementi essenziali dell'operazione, inclusi rischi e vantaggi per il cliente.

Il rapporto come detto è però fragile, perché fragile è una delle parti³³⁹. L'esperienza di questi anni ha gravemente incrinato il livello di fiducia dei clienti e ha consentito l'affermazione di esperienze para-bancarie (piattaforme digitali, criptovalute, bitcoin, nft, le cui tematiche saranno affrontate nel III capitolo). L'impresa «ha tradito la sua funzione sociale, poiché è stata ammalata dall'ottica a breve termine propria della finanza»³⁴⁰, piuttosto che ragionare sulla sostenibilità del sistema del lungo periodo.

Tra le principali cause della più recente crisi economica gli studiosi hanno individuato certamente l'eccessiva assunzione di rischi da parte degli istituti di credito nell'esercizio della loro attività, in ragione dell'avvenuto passaggio dal modello c.d. «*originate to hold*» a quello c.d. «*originate to distribute*», che ha alimentato il processo di sovraindebitamento di molti intermediari finanziari – alcuni dei quali reputati *too big to fail* –, portando a un collasso a catena dei mercati³⁴¹.

Ciò ha condotto il legislatore a prevedere il c.d. *bail-in*³⁴², relativo alla disciplina di salvataggio interno delle banche.

È *prima facie* evidente come alla base del rapporto banca – cliente vi debba essere un rapporto di fiducia.

Se per tanti anni, fino all'entrata in vigore del T.u.b, la persona non è stata posta dal legislatore al centro del settore, in questi ultimi trenta anni le responsabilità sono addebitabili anche ai soggetti professionali ivi operanti.

³³⁹ In generale sul concetto di persone fragili nel diritto privato v. P. CENDON, *Persone fragili, diritti civili*, in *Nuova giur. civ.*, 2021, 1, p. 167.

³⁴⁰ Così A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Il tempo e il denaro. Riflessioni di un giurista*, in U. MORERA – M. DE POLI (a cura di), *La rilevanza del tempo nel diritto bancario e finanziario*, Giappichelli, 2017, p. 4. L'A. nella nt. 7 cita C. MAYER, *Firm Commitment: Why the Corporation Is Failing Us and How to Restore Trust in Ita*, Oxford University Press, Oxford, 2013. Vedi anche T. PADOA SCHIOPPA, *La veduta corta*, Bologna, Il Mulino, 2009.

³⁴¹ Sul punto v. R. DI RAIMO, *Fisiologia e patologia della finanza derivata. Qualificazione giuridica e profili di sistema*, in F. CORTESE - F. SARTORI (a cura di), *Finanza derivata, mercati e investitori*, Pisa, 2010, spec. pp. 55 ss.; M. SEMERARO, *Rischio d'impresa bancaria e discipline recenti*, in *Giust. Civ.*, 2016, 4, pp. 851 ss.

³⁴² Tale provvedimento è contenuto nella Dir. 2014/59/UE, denominata *Banking Recovery and Resolution Directive*. Con detto strumento, il rischio delle perdite dell'ente creditizio viene accollato agli azionisti, poi agli obbligazionisti subordinati e, successivamente, agli altri creditori secondo l'ordine di priorità stabilito nella procedura concorsuale, nel rispetto del principio secondo il quale nessuno può subire un trattamento peggiore rispetto a quello che avrebbe avuto in caso di messa in liquidazione. In letteratura v. F. CAPRIGLIONE, *Regolazione europea post-crisi e prospettive di ricerca del diritto dell'economia: il difficile equilibrio tra politica e finanza*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2016, 1, pp. 537 ss.; sul c.d. principio del *no creditor worse – off* v. R. LENER, *Bail-in: una questione di regole di condotta?*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, dirittobancario.it. V. anche M. SEMERARO, op. cit.; M. DE POLI, *I Contratti delle banche nel diritto comunitario e internazionale*, cit. 83ss; B. INZITARI, *BRRD, bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d. lgs. 180/2015)*, in *Riv. dir. bancario*, 2, I, 2016, p. 55ss.; E. MARTINO, *The bail-in beyond unpredictability: creditors' incentives and market discipline*, in *European Business Organization Law Review*, 2020, pp. 789ss.

Invero, il settore bancario con estremo ritardo ha reagito alle novità legislative. Si pensi alla pratica dell'anatocismo bancario³⁴³, legato all'idea di un uso piazza, con riferimento ai quali sono susseguiti vari interventi legislativi. Ancor più emblematiche sono le vicende che hanno riguardato il mondo finanziario.

Per ovviare a tali criticità, si è ritenuto necessario intervenire sulla fase precontrattuale del rapporto attraverso l'imposizione di obblighi informativi. Il dialogo e la contestuale trasmissione di flussi di informazioni da parte del soggetto qualificato in favore della parte fragile sono stati ritenuti i primi interventi necessari per riequilibrare un rapporto instabile.

Del resto, lo squilibrio contrattuale può essere determinato da una molteplicità di fattori, quali l'età, il livello di alfabetizzazione, lo stato di salute e la padronanza di concetti delle materie che contribuisce a determinare una situazione di vulnerabilità di detti soggetti.

Per ovviare a tali criticità insite nella disciplina di cui si tratta, il legislatore, soprattutto europeo, è intervenuto mediante la previsione di interventi protettivi, dalla dottrina inquadrati maggiormente nella teoria dell'"individualismo responsabile", piuttosto che nella concezione paternalistica³⁴⁴, avvicinando con decisione il "cliente" al "consumatore"³⁴⁵. Tuttavia, occorre precisare che il cliente, a prescindere se consumatore, riceve una tutela da parte del legislatore nei confronti del soggetto banca – intermediario più forte³⁴⁶.

³⁴³ Sull'anatocismo, il vecchio orientamento giurisprudenziale che legittimava il suo utilizzo è rappresentato da Cass., 15 dicembre 1981, n. 6631 in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 380. Il *revirement* è invece rappresentato in sede di legittimità da Cass., 16 marzo 1999, n. 2374, in *Giur. it.*, 1999, I, p. 1221. Sull'argomento in dottrina v. P. FERRO-LUZZI, *Una nuova fattispecie giurisprudenziale: "l'anatocismo bancario". Postulati e conseguenze*, in *Giur. comm.*, 2001, pp. 5 ss.; C. COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, op. cit., pp. 460 ss.

³⁴⁴ Rifiuta qualsiasi riconducibilità a teorie paternalistiche 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.

³⁴⁵ G. ALPA, *L'informazione del risparmiatore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, 1, pp. 476ss.; F. GALGANO, *I rapporti di scambio nelle società postindustriale*, in *Vita notar.*, 1992, pp. 52ss.; M. GORGONI, *Contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Enc. Giur.*, 1994. In tempi più recenti v. G. BERTI DE MARINIS, *La tutela del cliente "vulnerabile"*, in *Banca, borsa, tit. cred.* 2018, 5, p. 652.

³⁴⁶ P. SIRENA – D. FARACE, *I contratti bancari del consumatore*, op. cit., p. 303. Vedi anche S. CAPPIELLO, *Il cliente della banca*, in AA.VV., *Lezioni di diritto bancario. Raccolte dal prof. Paolo Ferro-Luzzi*, Torino,

Il legislatore, infatti, interviene nel rapporto negoziale prevedendo determinati obblighi informativi e di condotta a beneficio del cliente, specialmente se consumatore o, comunque, al dettaglio, al fine di garantire allo stesso decisioni consapevoli e, tentando, di riequilibrare il rapporto asimmetrico.

L'esperienza ha però insegnato che spesso una simile tutela risulti inadeguata o insufficiente, tanto da discorrere di "bulimia" legislativa,³⁴⁷ sicché il legislatore interviene attraverso la disciplina di altri istituti quali l'onere probatorio, il recesso e le condizioni favorevoli del cliente³⁴⁸. In generale, come già evidenziato, specialmente nella disciplina del rapporto banca – consumatore, il legislatore ha previsto vere e proprie forme di cooperazione in capo al soggetto professionale. Si pensi a quanto sancito nell'art. 124 comma 1 T.u.b., ove è prescritto che la banca tiene conto anche «*delle preferenze espresse e delle informazioni fornite dal consumatore*» oppure a quanto previsto dagli artt. 120 novies 2 comma e 120 terdecies comma 3, in materia di credito immobiliare ai consumatori, ove la banca è onerata di fornire al consumatore anche «*le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, al fine di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione di un contratto di credito*»³⁴⁹.

I paradigmi della trasparenza e degli obblighi informativi presuppongono la presenza di un agente economico razionale orientato alla massimizzazione dell'utilità individuale³⁵⁰. Specialmente i rapporti finanziari, ma anche quelli bancari, si pensi all'ammortamento alla francese, sono connotati da elevati tecnicismi, a cui sono sottese formule estremamente sofisticate e difficilmente comprensibili anche da un medio operatore professionale³⁵¹, con la conseguenza che la teoria del rafforzamento degli obblighi informativi è da sola insufficiente e inadeguata³⁵² per la soluzione dei problemi. La teoria

2006, vol. II, p. 2, secondo cui è più corretto riferirsi a più tipologie di clienti, a seconda delle caratteristiche del cliente.

³⁴⁷ Così M. CONFORTINI, *Informazione e diritti dei soci: la responsabilità civile della società*, in *Jus civile*, 2013, p. 348.

³⁴⁸ Cfr. M. DE POLI, *I contratti delle banche nel diritto comunitario e internazionale*, op. cit., p. 138.

³⁴⁹ Sul punto v. P. SIRENA – D. FARACE, *I contratti bancari del consumatore*, op. cit. p. 331.

³⁵⁰ V. E. AVGOULEAS, *The Global Financial Crisis and the Disclosure Paradigm in European Financial Regulation: The Case for Reform*, in 6 *ECFR* (2009), 442; v. A. PERRONE, *Oltre la trasparenza. Product Governance e product intervention e le "nuove" regole di comportamento*, in E. GINVERA (a cura di), *Efficienza del mercato e nuova intermediazione*, Giappichelli, 2019, 77.

³⁵¹ Per S.T. OMAROVA, *The Quiet Metamorphosis, How Derivates Changed the "Business of Banking"*, in *U. Miami L. Rev.*, 2009, vol. 63, pp.1041ss.

³⁵² Molto critico sulla teoria informativa M. ONADO, *Mercati e intermediari finanziari. Economia e regolamentazione*, Bologna, 2002, pp. 351ss., ad avviso del quale sarebbe palesemente illusorio attribuire all'assolvimento degli obblighi informativi, pur pregnanti, il compito di convertire il cliente non qualificato in soggetto capace di adottare automaticamente decisioni di investimento, facendo seguire a ciò l'esclusiva responsabilità di quest'ultimo sulle operazioni realizzate.

degli obblighi informativi mira al raggiungimento della corretta formazione della volontà e dell'incontro delle volontà tra i soggetti contraenti³⁵³, secondo i canoni dell'esperienza contrattuale codicistica.

Tuttavia, il consenso consapevole presuppone la volontà di informazione e la capacità di padroneggiare le informazioni ricevute, comprendendone il significato. Nella contrattazione bancaria e finanziaria la volontà di informazione non è sempre presente. Il cliente mira al soddisfacimento del suo interesse, declinato ora nell'esigenza di accesso al credito, ora nel voler investire i propri risparmi³⁵⁴. Ma in ogni caso, la possibilità di comprendere a pieno il significato dell'operazione non è sempre possibile. Analogamente non è corretto, anche alla luce dell'art. 47 Cost., invocare il principio di autoresponsabilità. Le esperienze dell'ultimo ventennio, le crisi finanziarie e i vari scandali hanno fatto emergere, in maniera incontrovertibile, la circostanza per cui le scelte individuali e la disciplina degli obblighi informativi non conducano a decisioni individuali coerenti con il modello dell'agente economico razionale³⁵⁵.

In tal guisa, gli interventi del legislatore (*in primis* unionale) intendono garantire una maggiore qualità del servizio. In particolare, MIFID II sembra ridurre gli spazi operativi del regime di *execution only* così da orientarsi verso «un ampio novero di investitori al dettaglio verso un rapporto di consulenza»³⁵⁶.

Pertanto, il piano su cui occorre intervenire e che muove il mercato del risparmio è quello della fiducia³⁵⁷. L'investitore, soprattutto *retail*, necessita di un intermediario di cui fidarsi³⁵⁸ per la realizzazione di un'operazione che da solo non può e non è in grado di compiere e di gestire.

³⁵³ R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, pp. 140ss.

³⁵⁴ A.C. NAZZARO, *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, p. 294, secondo cui il cliente-investitore in molti casi «non può ma neanche vuole capire nel fondo le ragioni delle scelte da operare per la valorizzazione del proprio risparmio».

³⁵⁵ A. PERRONE, *Oltre la trasparenza*, op. cit. 77.

³⁵⁶ A. PERRONE, *Oltre la trasparenza*, op. cit. 79, il quale richiama l'espressione utilizzata da O. CHEREDNYCHENKO, *Contract Governance in the EU: Conceptualising the Relationship between Investor Protection Regulation and Private Law*, in 21 *Eur. L. J.*, 2015, p. 503.

³⁵⁷ Sul punto v. F. SARTORI, *Le regole di condotta*, op. cit. pp. 130ss; E. GINEVRA, *Il problema della responsabilità fiduciaria degli intermediari finanziari*, in ID. (a cura di), *Efficienza del mercato e nuova intermediazione finanziaria* op. cit. pp. 99ss.; ID., *La fiducia: il fenomeno e le tipologie. Fiducia romanistica, germanistica, anglosassone*, in AA.VV. (a cura di), *La fiducia e i rapporti fiduciari. Tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, Milano, 2012; A. FICLI, *Il conflitto di interessi nelle gestioni individuali di patrimoni mobiliari*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1997, 1, pp. 335ss.; B. INZITARI, *Sanzioni Consob per l'attività in derivati, procedure e controlli quali parametri della nuova diligenza professionale e profili di ammissibilità delle c.d. "rimodulazioni"*, in *Il Corr. Giur.*, 2009, 5, p. 699, il quale sottolinea che nel caso di prodotti finanziari derivati «il cliente non può che basarsi sulla fiducia in cognizioni tecniche».

³⁵⁸ L. PURPURA, *L'evoluzione "fiduciaria" dei doveri di comportamento dell'intermediario nella prestazione dei servizi di investimento alla clientela al dettaglio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, I, p. 222; R. COLOMBO, *Trust and the Reform of Securities Regulation*, in 35 *DJCL*, 2010, p. 835.

Si tratta, quindi, di comprendere quali possano essere le conseguenze civilistiche del tradimento della fiducia³⁵⁹, derivanti dagli inadempimenti posti in essere dai soggetti professionali.

Un dato è chiaro e incontestabile. Occorre soddisfare l'esigenza di protezione della parte debole che, per realizzare i propri interessi, è obbligata ad affidarsi alla cooperazione del contraente forte³⁶⁰, nei confronti del quale non ha alcun potere contrattuale.

Come già anticipato, il legislatore e, nella medesima direzione, le Autorità di vigilanza, hanno imposto in capo alle banche una serie di regole comportamentali, procedimentalizzando il rapporto banca – cliente.

L'informazione, certamente necessaria ma non sufficiente, è stata accompagnata da interventi del legislatore che hanno imposto agli istituti di credito una serie di obblighi di pubblicità e hanno procedimentalizzato la fase delle trattative precontrattuali³⁶¹.

A tal proposito, parte di dottrina³⁶² qualifica gli interventi legislativi come meri palliativi, piuttosto che come correttivi delle distorsioni del mercato. Resta inteso che le disposizioni in materia di trasparenza non garantiscono il raggiungimento della parità contrattuale³⁶³ e neppure la convenienza economica, quanto piuttosto intervengono sulla corretta formazione del consenso che rimane pur sempre nell'alveo dell'autonomia privata.

L'elemento fiduciario rappresenta, quindi, un aspetto decisivo nella relazione banca cliente, ancor più dell'obbligo di informare³⁶⁴.

Le disposizioni in materia di trasparenza richiedono un comportamento collaborativo del soggetto obbligato all'applicazione di quella disciplina³⁶⁵.

Invero, specialmente nel settore dell'intermediazione finanziaria si è ritenuto necessario introdurre con norme imperative «alcune regole del gioco»³⁶⁶, riguardanti la pienezza del consenso, il principio di autodeterminazione, il riequilibrio tra le parti, al fine di attenuare le conseguenze negative del processo di standardizzazione contrattuale.

³⁵⁹ Sul significato della caratterizzazione fiduciaria del rapporto v. E. GINEVRA, *Il problema della responsabilità fiduciaria degli intermediari finanziari*, op. cit. pp. 100ss.

³⁶⁰ F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, op. cit. 103-104.

³⁶¹ Cfr. B. PASA, *Forma informativa*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., Agg. V. Torino, 2010, 651ss.

³⁶² Il riferimento è a P. GAGGERO, *Trasparenza del contratto e rimedi di autotutela*, in *Riv. dir. proc. Civ.*, 2013, 2, p. 473.

³⁶³ G. LIACE, *La nozione di chiarezza nel diritto bancario*, op. cit., pp. 967ss.

³⁶⁴ Di tale avviso F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale*, op. cit. p. 35.

³⁶⁵ Si condivide l'assunto di A. LUPOI, *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie e di investimento (note alle Nuove istruzioni di Banca d'Italia sulla trasparenza)*, in *Contratto e impr.*, 2009, 6, p. 1254.

³⁶⁶ F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, in *Quaderni di Banca, borsa e tit. cred.*, Giuffrè, 2010, p. 3.

L'attività bancaria e finanziaria è, pertanto, soggetta ad una regolamentazione imperativa, «ampia e rigorosa»³⁶⁷, in ragione del ruolo dalla stessa ricoperta e dagli interessi generali che la caratterizzano: da un lato, i requisiti per l'organizzazione dell'attività di impresa, fissati da norme interne e sovranazionali, dall'altro la sottoposizione alla vigilanza pubblica e, in generale, i rigidi parametri richiesti all'attività bancaria e finanziaria, in ottica di tutela della stabilità e integrità del mercato, che innanzitutto si esplica nella tutela del singolo risparmiatore³⁶⁸.

Gli obblighi informativi nella fase precedente alla stipulazione di un contratto di finanziamento sono stati definiti come prestazioni di un vero e proprio servizio di consulenza professionale e, in ogni caso, come l'adempimento di uno specifico dovere di protezione nei confronti dell'altra parte³⁶⁹.

Del resto, la buona fede è stata considerata come il presupposto alla base degli obblighi di protezione, scaturenti dal rapporto principale e sussistenti in capo alla Banca in favore dei clienti³⁷⁰.

Nel settore finanziario, l'elemento fiduciario rappresenta *a fortiori* un fattore imprescindibile.

Fiducia tra banca e cliente e fiducia nel mercato. Tale binomio conferma come la tutela del cliente espliciti i propri effetti benefici anche nella tutela della stabilità del mercato e viceversa. L'una non può esistere senza l'altra. Si può, quindi, discorrere di tutela a doppio binario. La trasparenza bancaria rappresenta un importante presidio per il raggiungimento di tali obiettivi, assurgendo a valore a sé stante dell'ordinamento bancario, riportando gli obblighi di trasparenza innanzitutto a una questione «non di equilibrio o non solo di equilibrio, ma di «efficienza dell'impresa»³⁷¹, o come definita nel settore dell'intermediazione finanziaria, all'«integrità dei mercati»³⁷². Comportamenti conformi al dettato normativo consentono altresì il miglioramento dell'elemento reputazionale, strettamente correlato ai principi di sana e prudente gestione. Ciò è espressamente confermato dalle stesse Disposizioni di Vigilanza di Banca d'Italia (titolo X, cap.1, sez. 1, 1.1.), secondo cui: «*Il rispetto delle regole e dei principi di trasparenza*

³⁶⁷ A. SCOTTI, *I codici di condotta tra mercato, impresa e contratto*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 251.

³⁶⁸ S. MAZZAMUTO, *I contratti bancari: un'introduzione*, in AA.VV., *I contratti bancari*, Torino, 2012, pp. XIIIss.

³⁶⁹ In arg. P. SIRENA – D. FARACE, *I contratti bancari del consumatore*, op. cit. p. 273. V. anche ABF, Coll. di Milano 28.12.2018 n. 27627.

³⁷⁰ G. B. PORTALE, *Tra responsabilità della banca e la «ricommercializzazione» del diritto commerciale*, in *Jus*, 1981, 2-3, pp. 141ss.

³⁷¹ G. MUCCIARONE, op. cit., p. 670.

³⁷² A. ZOPPINI, *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, pp. 26 ss.

e correttezza nei rapporti con la clientela attenua i rischi legali e di reputazione e concorre alla sana e prudente gestione dell'intermediario».

Le banche, quindi, devono rivolgere la propria attenzione alla cura del rapporto fiduciario, anche e soprattutto attraverso un recupero della capacità di dialogo e di ascolto attivo delle difficoltà del cliente³⁷³. Nella logica ovviamente di profitto le banche non devono operare in un'ottica prettamente di conflitto di interessi, fornendo al cliente un prodotto o un servizio che siano concretamente adeguati al singolo soggetto e ai suoi bisogni.

Oltre all'ingente numero di contezioso prettamente bancario, numerose sono state le vicende che hanno minato la fiducia dei risparmiatori³⁷⁴; si pensi a Enron, Tyco, Adelphia, Global Crossing, WorldCom, Parmalat³⁷⁵, Cirio³⁷⁶, Vivendi, Ahold, Hollinger, Lehman Brothers³⁷⁷, le Banche venete³⁷⁸, tutte accomunate dalla circolazione della c.d. ricchezza assente³⁷⁹, legata al più ampio processo di dematerializzazione degli strumenti finanziari e della commercializzazione del rischio di credito³⁸⁰.

Soprattutto nel settore finanziario è mancata una tutela effettiva degli investitori che sono stati esposti alle «turbolenze del mercato [...] e prime vittime dei *market failure*»³⁸¹. La

³⁷³ Vedi gli studi di R. A. JARVINEN, *Consumer trust in banking relationships in Europe*, in *European journal of marketing*, 2014, pp. 551 ss.; C. HALLIBURTON, A. POENARU, *The role of trust in consumer relationships*, in *ESCP Europe Business School*, 2010. Invero da questi studi emerge che la fiducia del consumatore si basa principalmente sulla capacità delle banche di comportarsi in modo affidabile, osservare regole e regolamenti, funzionare bene, servire l'interesse generale e mantenere i propri impegni. Scarso rilievo invece assumono i contratti di per sé, non considerati particolarmente importanti per creare fiducia.

³⁷⁴ D. MAFFEIS, *Le stagioni dell'orrore in Europa: da Frankenstein ai derivati*, in *Banca, borsa Tit. di Cred.*, 2012, 3, p. 280.

³⁷⁵ Sulla vicenda e sul crac Parmalat si rinvia a N. W. PALMIERI, op. cit., pp. 16 e 27ss.

³⁷⁶ Per un approfondimento sul caso Cirio v. F. GRECO, *Obbligazioni Cirio e la violazione dell'obbligo di informazione: un ulteriore tassello sul tavolo della roulette della giurisprudenza*, in *Resp. Civ. prev.*, 2010, 2, 428 ss.; V. SANGIOVANNI, *La responsabilità dell'intermediario nel caso Cirio e la recente legge per la tutela del risparmio*, in *Contratti*, 2006, pp. 691 ss.; M. ONADO, *I risparmiatori e la Cirio: ovvero, pelati alla meta. Storie di ordinaria spoliazione di azionisti e obbligazionisti*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2003, pp. 449ss.

³⁷⁷ Sulla vicenda dei *sub prime*, v. a N. W. PALMIERI, op. cit., pp. 73ss.; anche F. SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, Cedam, 2011, pp. 31ss.; v. anche A. BARENGHI, op. cit. p. 14. il quale ricorda che prima del fallimento Lehman Brothers segnalava come non rischiosi i relativi titoli, nonostante i reiterati allarmi apparsi sulla stampa. Il riferimento è all'articolo di L. BORZI, *Patti Chiari, stop ai bond*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 ottobre 2008, p. 14.

³⁷⁸ Si rinvia a A. SCIARRONE ALIBRANDI - U. MALVAGNA, *Collocamento dei titoli bancari e "responsabilità" del sistema*, in E. GINEVRA (a cura di), *Efficienza del mercato e nuova intermediazione*, op. cit., p. 93. Gli A. evidenziano le storture derivanti dalle situazioni in cui l'intermediario è sia emittente sia intermediario, come avvenuto nel caso delle banche venete, ove venivano proposti «finanziamenti baciati delle popolari venete proposti "spontaneamente" in occasione di aumenti di capitale (o anche della vendita di azioni proprie combinata ai finanziamenti), come alla circostanza per cui 789 milioni di obbligazioni subordinate delle ben note "quattro banche", presenti, insieme ad azioni, nei patrimoni di 10.500 investitori *retail* sono finite azzerate». La vicenda delle banche venete è stata oggetto del c.d. Decreto salva banche: d.l., 22 novembre 2015, n. 183.

³⁷⁹ Sulla quale v. P. SPADA, *Introduzione al diritto dei titoli di credito*, Torino, 1994, pp. 9ss.

³⁸⁰ R. DI RAIMO, *Fisiologia e patologie della finanza derivata. Qualificazione giuridica e profili di sistema*, in F. CORTESE - F. SARTORI (a cura di), *Finanza derivata, mercati e investitori*, 2010, p. 36.

³⁸¹ Così F. SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, Cedam, 2011, p. 10.

fiducia è stata, quindi, tradita³⁸² non essendo coincisa con l'auspicata «spontanea autolimitazione dei comportamenti opportunistici da parte degli intermediari attraverso l'adempimento degli obblighi di informazione»³⁸³. Invero, l'esperienza ha dimostrato che gli intermediari hanno spesso prospettato le operazioni come presentate su misura³⁸⁴, negoziando prodotti “domestici”³⁸⁵, più complessi e illiquidi di altri prodotti presenti sul mercato, spesso in ragione di un sistema di incentivazione correlato a obiettivi di *budget* conseguiti. L'idea secondo cui i correttivi previsti dal legislatore siano sufficienti per eliminare la naturale asimmetria informativa sussistente tra emittente e investitore si è dimostrata fallace³⁸⁶.

Il conflitto di interessi³⁸⁷ non sussiste esclusivamente tra intermediario e risparmiatore, bensì anche tra *principals* e *agents*, in cui i primi sono costantemente esposti al rischio che i secondi perseguano l'interesse personale rispetto a quello sociale³⁸⁸. La c.d. «reputazione» degli intermediari finanziari dovrebbe far propendere gli stessi in favore di un atteggiamento corretto e collaborativo³⁸⁹.

Specialmente i conflitti di interessi tra intermediari e clienti³⁹⁰ hanno rappresentato delle importanti battute d'arresto ai processi di trasparenza, alimentando il clima di sfiducia degli investitori verso il mercato e, soprattutto, verso gli intermediari.

³⁸² N. W. PALMIERI, *Finanza strutturata e fiducia tradita. I gatti e le volpi*, Padova, Cedam, 2007. Efficace è la similitudine operata dall'A. tra i risparmiatori e Pinocchio: «i risparmiatori, questi personaggi ingenui, sciocchi, creduloni, e anche avidi, i quali, come Pinocchio, hanno piantato le loro monete in attesa che crescesse l'albero dell'abbondanza», p. 10.

³⁸³ F. GRECO, *Informativa pre-contrattuale*, op. cit. p. 37.

³⁸⁴ L'espressione è tratta dalla Comunicazione Consob n. 9019104 del 2 marzo 2009.

³⁸⁵ Così R. TAROLLI, *I derivati o.t.c. tra funzione di copertura e problemi di asimmetria*, in (a cura di) F. CORTESE – F. SARTORI, *Finanza derivata, mercati e investitori*, 2010, p. 114.

³⁸⁶ In questi termini E. GINEVRA, *Il problema della responsabilità fiduciaria degli intermediari finanziari*, in ID. (a cura di), *Efficienza del mercato e nuova intermediazione finanziaria*, op. cit., pp. 99ss. L'A. osserva che «sia l'evoluzione del dibattito nelle scienze economiche sia la realtà storica hanno dimostrato che un tale *gap* non può né deve essere colmato».

³⁸⁷ F. DENOZZA, *I conflitti d'interesse nei mercati finanziari e il risparmiatore “imprenditore di se stesso”*, in *I servizi del mercato finanziario. In ricordo di Gerardo Santini*, Milano, 2009, pp. 144ss.; A. NIGRO, *La tutela del risparmio e l'efficienza del sistema: il ruolo delle banche*, in *Le società*, 2005, 3, pp. 320ss.

³⁸⁸ Il tema, che in questa sede non può essere affrontato, è stato oggetto di autorevoli studi italiani e non. Vedi F. SARTORI, op. cit., p. 11ss.. Nella lettura internazionale v. S. ROSS, *The Economic Theory of Agency: the Principal's Problem*, 63, *Am. Econ. Rev.*, 1973, p. 134.

³⁸⁹ A. LUPOI, op. cit., p. 1254; In arg. anche 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, pp. 465ss.

³⁹⁰ Il problema del conflitto di interessi era già avvertito dalla dottrina prima dell'entrata in vigore del T.u.f., da F. CAVAZZUTI, *Conflitto di interessi e informazioni asimmetriche nella intermediazione finanziaria*, in *Banca, impr. Soc.*, 1989, pp. 357ss. Per un approfondimento sulla dottrina successiva v. F. SARTORI, *Il conflitto di interessi tra intermediari e clienti nello svolgimento dei servizi di investimento e accessori: un problema risolto?*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 2, pp. 191ss.; M. ONADO, *I risparmiatori e la Cirio: ovvero, pelati alla meta. Storie di ordinaria spoliatura di azionisti e obbligazionisti*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2003, pp. 449ss. Per un approccio civilista v. G. DE NOVA, *Conflict of interest and the Fair Dealing Duty*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, pp. 5 ss.; D. MAFFEIS, *Conflitti di interessi nel contratto e rimedi*, Milano, 2002.

Il conflitto di interessi, sussistente tra i soggetti coinvolti, risulta implementato dal *gap* informativo insito non solo alla conclusione del contratto³⁹¹, ma soprattutto della fase precontrattuale³⁹².

L'asimmetria informativa e della trasparenza nei settori specifici sono strettamente connesse all'agire dei servizi di investimento nei rapporti con la clientela.

Al fine di tutelare maggiormente il singolo cliente sono stati previsti obblighi informativi in capo all'intermediario, in modo da «soddisfare le specifiche esigenze informative proprie del singolo rapporto»³⁹³.

Ciò non è bastato. Specialmente nel settore dei mercati finanziari, gli intermediari hanno venduto uova marce ai poveri risparmiatori, senza assolvere agli obblighi informativi posti in essere dalla normativa di settore. Si pensi alla negoziazione di strumenti finanziari assolutamente inadeguati per clienti *retail*, quali ad esempio obbligazioni prive di *rating*. L'esperienza degli anni ha dimostrato come la fiducia, «vero motore dello sviluppo virtuoso dei mercati»³⁹⁴ degli investitori, sia stata assolutamente minata. La ricerca spasmodica della massimizzazione del profitto ha influenzato negativamente i flussi informativi del mercato, sicché è ragionevole sostenere che «il fallimento dei mercati è quindi prima di tutto il fallimento della (affidabilità dell') informazione»³⁹⁵. Occorre, quindi, prevedere disposizioni che incoraggino «da un lato, l'investitore a “riporre fede” nell'intermediario, dall'altro, quest'ultimo a “prendere su di sé” l'altrui fiducia»³⁹⁶. Condivisibile è il richiamo operato da autorevole dottrina³⁹⁷ alla teoria propria della *common law* della c.d. *fiduciary doctrine*³⁹⁸, fondata sugli istituti del *trust* e dell'*agency*,³⁹⁹ da cui derivano una serie di conseguenze. Per quanto rileva in questa sede, si osserva come detti istituti e la correlata relazione fiduciaria determinino la responsabilità del soggetto che assume su di sé l'altrui affidamento, per i doveri che

³⁹¹ U. MATTEI, *Il nuovo diritto europeo dei contratti, tra efficienza ed eguaglianza. Regole dispositive, inderogabili e coercitive*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1999, pp. 611ss.

³⁹² A. LUPOI, op. cit., p. 1252, ricorda come la disciplina della trasparenza precontrattuale prescinde dall'eventuale successiva conclusione del contratto.

³⁹³ Così G. ALPA, *L'armonizzazione del diritto comunitario dei mercati finanziari nella prospettiva della tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002 II, p. 398. Si veda altresì A.C. NAZZARO, *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Utet, Padova, 2002.

³⁹⁴ Così M. GRAZIADEI, *Investitori e fiducia*, in E. CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto: percezioni rappresentazioni comportamenti*, Milano, 2008, pp. 81 ss.

³⁹⁵ Di tale avviso è F. SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, Cedam, 2011, p. 42.

³⁹⁶ Così E. GINEVRA, *Il problema della responsabilità fiduciaria degli intermediari finanziari*, op. cit. p. 100.

³⁹⁷ Il riferimento è E. GINEVRA, *Il problema della responsabilità fiduciaria degli intermediari finanziari*, op. cit. p. 101.

³⁹⁸ A.W. SCOTT – W.F. FRATHCER – M.L. ASCHER, *Scott and Ascher on Trust*, Aspen, 2006.

³⁹⁹ G. WATT, *Trust & equity*, Oxford. 2016.

derivano *ex lege* dal rapporto contrattuale. In tale ottica, quest'ultimo è tenuto al rispetto di ulteriori obblighi che discendono dai negozi compiuti, in occasione o in conseguenza dell'affidamento operato. Il limite di tale dottrina risiede nella circostanza per cui il *trustee* possa disporre unilateralmente del patrimonio affidato senza che il titolare degli interessi né i terzi possano concorrere nell'assunzione di decisioni rilevanti. Ciò non accade nel settore finanziario ove comunque il risparmiatore stipula un contratto. Tuttavia, la stessa *fiduciary doctrine* è stata utilizzata anche per relazioni diverse, quali l'*advisor* e il *broker*, caratterizzate da una minore intensità dell'affidamento operato, con potere di assumere decisioni per conto altrui, ma con un controllo più intenso del *principals*⁴⁰⁰.

Occorre però ricondurre tale teoria alla *ratio* delle disposizioni, in *primis* dell'art. 21 t.u.f. che funzionalizza l'agire dell'intermediario al «servire al meglio l'interesse dei clienti». Del resto, l'assolvimento formale degli obblighi informativi non è stata in grado di garantire una tutela sostanziale del rapporto.

Tale orientamento si basa sull'efficacia della deterrenza rispetto alle conseguenze derivanti dal tradimento della fiducia da parte del soggetto professionale. Sicché la funzione di deterrenza può essere compiuta non solo mediante le sanzioni amministrative di competenza delle autorità di vigilanza, ma anche in maniera incisiva dalle regole della responsabilità civile relativamente alla singola contrattazione. Attraverso simili previsioni si incentivano comportamenti corretti degli intermediari che, se inadempienti, subiranno rimedi civilistici peculiari⁴⁰¹.

Il legislatore unionale sembra orientarsi in tale direzione. Innanzitutto, ha introdotto con la disciplina MiIFD la nozione di adeguatezza, per poi prevedere con la normativa della MiFID II regole di *product governance* e di *product intervention*. Inoltre, ha emanato nuove disposizioni in tema di *inducements*, prevedendo una regola di generale divieto.

Certamente il processo di standardizzazione, perseguito in tutti e tre i settori attinenti al risparmio, ha notevoli benefici. Si migliorano la comprensibilità e la comparabilità delle informazioni che, in tal modo, assumono ancor più valore per gli investitori. In secondo luogo, si facilitano le attività di controllo delle Autorità di vigilanza.

L'avvicinamento delle discipline di trasparenza bancaria e finanziaria, in ragione anche della sempre maggiore complessità dei prodotti bancari, è favorito dal comune determinatore di voler ridurre l'asimmetria informativa, oltre che di rendere edotti i clienti

⁴⁰⁰ E. GINEVRA, op. cit. 105.

⁴⁰¹ E. GINEVRA, op. cit. 102.

sui costi delle operazioni che si apprestano a compiere⁴⁰². Del resto, la «finanziarizzazione del consumo»⁴⁰³ - e non tanto la consumerizzazione dell'investitore/risparmiatore - ha trasformato sia il sistema finanziario dell'intermediazione, sia quello bancario⁴⁰⁴. Non appare corretta l'esemplificazione secondo cui nei rapporti bancari la banca è solo controparte diretta del cliente mentre nel diritto finanziario essa è mera intermediaria. Invero, ciò accade nella maggior parte della fattispecie, ma non in tutte. Si pensi alla disciplina dei servizi di pagamento, oppure alla sottoscrizione di polizze assicurative a copertura dei finanziamenti, financo al procedimento di valutazione del merito creditizio. In tali fattispecie, dunque, il ruolo della Banca non si limita ad essere quello di mera controparte del cliente, ma si pone in una logica di intermediazione. Ad esempio, con riferimento alle fattispecie delle polizze assicurative sottoscritte a copertura del credito, contestualmente alla concessione dello stesso, l'art. 28 comma 1 d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, come convertito dalla L. n. 27 del 24 marzo 2012, aveva introdotto l'obbligo per gli intermediari di offrire in valutazione del cliente almeno due preventivi di compagnie di assicurazione estranee al proprio gruppo⁴⁰⁵.

Nei servizi di pagamento la banca è responsabile anche per gli utilizzi fraudolenti. Analogamente, l'intermediario assolve anche al ruolo di controparte nell'ipotesi di sottoscrizione di titoli di cui è anche emittente. L'art. 124bis T.u.b., frutto della direttiva CE 2008/48, sulla valutazione del merito creditizio prescrive che: «*Prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore valuta il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando una banca dati pertinente*». Anche la nuova disciplina della valutazione di merito creditizio appare assimilabile al *know your customer rule*⁴⁰⁶ (cap. II par. VIII.1).

⁴⁰² Di tale avviso è A. LUPOI, op. cit., p. 1260.

⁴⁰³ R. DI RAIMO, *Ufficio di diritto privato e carattere delle parti professionali quali criteri ordinanti delle negoziazioni bancaria e finanziaria (e assicurativa)*, in *Gius. Civ.*, 2020, 2, p. 321.

⁴⁰⁴ P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, Torino, 1995, pp. 63 ss.

⁴⁰⁵ Ai sensi della richiamata disposizione: «*Le banche, gli istituti di credito e gli intermediari finanziari se condizionano l'erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo alla stipula di un contratto di assicurazione sulla vita sono tenuti a sottoporre al cliente almeno due preventivi di due differenti gruppi assicurativi non riconducibili alle banche, agli istituti di credito e agli intermediari finanziari stessi. Il cliente è comunque libero di scegliere sul mercato la polizza sulla vita più conveniente che la banca è obbligata ad accettare senza variare le condizioni offerte per l'erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo*».

⁴⁰⁶ R. DI RAIMO, op. cit., p.18.

Può quindi affermarsi che gli interessi perseguiti dal T.u.b. rispondono prettamente ad esigenze di trasparenza e di pubblicità, mentre la disciplina del T.u.f. mira a innalzare il livello di fiducia del cliente verso l'intermediario. Tuttavia, la fiducia può essere identificata come un passaggio ulteriore della trasparenza.

Non vi può essere un'implementazione della fiducia se non vi è trasparenza e viceversa. La mancanza di trasparenza e la presenza di comportamenti opportunistici inclinano la fiducia che è un elemento fondamentale anche del settore bancario. Tali elementi rischiano di far perdere alle Banche la centralità del loro ruolo all'interno della società e favoriscono, contestualmente, processi di disintermediazione, con grave nocimento per la tutela del cliente.

Tra l'altro la presenza di prodotti oscillanti tra la normativa bancaria e finanziaria rende maggiormente difficile per l'interprete l'individuazione della disciplina concretamente applicabile. Pertanto, risulta fondamentale indagare e comprendere la finalità dell'operazione, al fine di garantire il perseguimento degli obiettivi prefissati dal legislatore. Occorre, quindi, individuare la finalità prevalente dell'operazione, in conformità a quanto previsto dalla "Circolare trasparenza" della Banca d'Italia⁴⁰⁷.

Si deve intervenire sui comportamenti dei protagonisti del settore, i quali devono recuperare la fiducia dei clienti attraverso una loro concreta tutela. La trasparenza deve essere tutelata attivamente dalla Banca e dagli intermediari, i quali non possono limitarsi ad un assolvimento esclusivamente formale di detti obblighi, come, ad esempio, la sottoscrizione di clausole di stile di presa visione. Altrimenti verrebbe annichilita l'intera disciplina della trasparenza.

In dottrina è stata prospettata la possibilità di prevedere un vero e proprio dovere di consulenza della Banca verso il proprio cliente⁴⁰⁸, tenendo ovviamente in considerazione il diverso livello di alfabetizzazione bancaria-finanziaria di ciascun cliente, al fine di garantire allo stesso un contratto adeguato⁴⁰⁹.

Occorre, tuttavia, che la consulenza sia effettiva e che si concretizzi nell'esplicazione di un ruolo fiduciario tra banca/intermediario e cliente. Il cliente - informato correttamente, completamente e semplicemente sui costi dell'operazione nel primo caso e anche sui

⁴⁰⁷ Cfr. S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, Padova, 2016, pp. 3 ss.

⁴⁰⁸ A. NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla "consulenza" nell'erogazione del credito?*, in AA.VV., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Torino, 2011, p. 8ss.

⁴⁰⁹ Sull'estendibilità del tema dell'adeguatezza anche al comparto bancario si veda R. NATOLI, *Il contratto «adeguato». La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012.

relativi rischi - deve essere guidato dal soggetto a cui si affida, il quale deve offrire la propria prestazione professionale affinché il cliente valuti quale servizio e operazione siano più confacenti alle sue esigenze. Si sottolinea come nonostante il diritto del soggetto ad essere informato non corrisponda ad un necessario riequilibrio della prestazione, pur tuttavia, assicura allo stesso la possibilità di avere tutti i dati necessari per ponderare autonomamente anche quest'aspetto.

Lo squilibrio delle parti in un negozio è infatti lecito, ma sempre nel rispetto delle clausole generali⁴¹⁰ di buona fede e correttezza e ne è prova la considerazione secondo cui l'obiettivo che si pone l'ordinamento è quello di riequilibrare la disparità conoscitiva e non quella contrattuale⁴¹¹. Non solo. Deve essere rispettata la *ratio* degli interventi legislativi che impongono una tutela del cliente e un agire funzionale dell'intermediario. Tali considerazioni sembrano essere confortate da quanto previsto nell'art. 127 comma 1 T.u.b. e dalle disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia, sez. XI, par. 2, che stabiliscono che gli intermediari debbano osservare procedure organizzative che assicurino «*in ogni caso che il cliente non sia indirizzato verso prodotti evidentemente inadatti rispetto alle proprie esigenze finanziarie; ciò non richiede agli intermediari di assicurare assistenza al cliente fino al punto di individuare, in ogni caso, l'offerta più adeguata, bensì di adottare procedure organizzative che evitino modalità di commercializzazione oggettivamente idonee a indurre il cliente a selezionare prodotti manifestamente non adatti. A questi fini, gli intermediari valutano l'introduzione di strumenti, anche informatici, che consentano di verificare la coerenza tra il profilo del cliente e i prodotti allo stesso offerti*».

La standardizzazione non è sempre un valore. Del resto, possono sussistere peculiarità⁴¹² tali da giustificare la necessità di discostarsi dalle previsioni contenute nei moduli precontrattuali.

Tale prospettiva, da non etichettare meramente quale espressione di una teoria paternalistica, appare essere conforme al riconoscimento in capo della Banca di un ufficio

⁴¹⁰ Sull'importanza delle clausole generali v. M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 127; v. anche L. MENGONI, *Spunti per una nuova teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1986, pp. 5ss.

⁴¹¹ Secondo parte della dottrina il termine trasparenza rappresenta un modo riassuntivo per esprimere il concetto di informazione completa ed adeguata. La trasparenza consisterebbe, dunque, nel dovere per la banca di far conoscere al cliente le condizioni del contratto, anche prima della stipula del contratto medesimo. In tal senso si veda E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 96.

⁴¹² A. LUPOI, *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie*, op. cit., pp. 1244ss.

di diritto privato⁴¹³. Detta visione incontra un ostacolo di carattere concettuale proprio della nostra cultura, consistente nella difficoltà di concepire il diritto privato come un possibile strumento di gestione di interessi interindividuali⁴¹⁴. Con una precisazione. In questa ottica non si discorre di interessi pubblicistici, ma di interessi che rimangono comunque nell'alveo della disciplina privatistica. L'interesse tutelato consiste nello scongiurare che soggetti professionali, dotati di conoscenze maggiori rispetto ai loro contraenti, possano abusare della propria posizione, utilizzando ora clausole vessatorie, ora operando in pieno regime di conflitto di interessi, con grave nocumento non solo del singolo risparmiatore, ma di tutto il mercato. Al contempo, non può essere sottaciuto che la peculiarità del diritto bancario risiede nella coesistenza di norme pubblicistiche e di norme privatistiche, volte ora al soddisfacimento di interessi privati, ora a quello di interessi pubblici⁴¹⁵, coniugando, quindi, interessi generali e interessi particolari⁴¹⁶.

In particolare, l'elaborazione della teoria dell'ufficio di diritto privato di Salvatore Pugliatti e ulteriormente approfondita e applicata al settore finanziario dalla recente dottrina⁴¹⁷, è il frutto dell'esame del potere negoziale⁴¹⁸. Nel dettaglio, «il potere in senso stretto è rappresentabile soltanto in presenza di un dovere rispetto all'attuazione del quale il medesimo potere è strumentale»⁴¹⁹.

Nel settore finanziario, il riferimento normativo del dovere dell'intermediario di agire nell'interesse di altri soggetti, seppur nell'ambito privatistico, risiede nell'art. 21 T.u.f., nella parte in cui è prescritto all'intermediario l'obbligo di servire al meglio l'interesse del cliente. Del resto, l'intermediario non può agire nel pieno della libertà negoziale, ma per la fisiologia del rapporto, è obbligato a comportarsi correttamente, pena la sua responsabilità. L'ufficio di diritto privato è finalizzato al perseguimento dell'interesse individuale del singolo cliente, ma al contempo dell'integrità del mercato e quindi

⁴¹³ Istituito oggetto tradizionalmente di diversi approcci e soluzioni v. A. CICU, *Il diritto di famiglia (teoria generale)*, Roma, 1914, pp. 120 ss.; A. CANDIAN, *Del c.d. "ufficio privato" e, in particolare, dell'esecutore testamentario*, Temi, 1952, 379 ss.; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto, rist.* Camerino-Napoli, 1998, pp. 152 ss. S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in Enc. dir., XII (Milano 1964), pp. 696 ss.

⁴¹⁴ Sul punto v. F. SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, Padova, Cedam, 2011, p. 1.

⁴¹⁵ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, pp. 200ss riconduceva il diritto bancario a uno dei possibili «ordinamenti sezionali». Più di recente v. G. MOLLE – L. DESDIERIO, *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, Giuffrè, 2005, p. 6.

⁴¹⁶ A. SCOTTI, *I codici di condotta tra mercato, impresa e contratto*, op. cit., p. 258.

⁴¹⁷ R. DI RAIMO, *Ufficio di diritto privato*, cit.; D. MAFFEIS, *L'ufficio di diritto privato dell'intermediario e il contratto derivato over the counter come scommessa razionale*, in ID. (a cura di), *Swap tra banche e clienti*, pp. 3ss.

⁴¹⁸ S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, op. cit., p. 23.

⁴¹⁹ Così R. DI RAIMO, *Ufficio di diritto privato*, op. cit., p. 326.

dell'ordine pubblico economico⁴²⁰, nel perenne bilanciamento tra interessi privati e pubblici, nell'ambito comunque del settore privato.

Del resto, «il titolare di un ufficio adempie ad una funzione propria alla quale lo vincola un dovere specifico e vi adempie mediante l'esercizio di un proprio potere, che rappresenta il mezzo necessario e sufficiente per il conseguimento del fine costituente lo scopo tipico dell'ufficio»⁴²¹. Parafrasando e attualizzando la citazione di Salvatore Pugliatti, la Banca, intendendosi in *lato sensu* comprensiva della figura dell'intermediario, adempie a proprie funzioni concernenti la stabilità del mercato, la tutela del cliente, la trasparenza e l'integrità del mercato alle quali la vincola un dovere specifico. Tale dovere scaturisce dagli artt. 47 Cost., 21 T.u.f. e dalle norme in materia di trasparenza bancaria mediante l'esercizio di propri poteri di predisposizione contrattuale, negoziazione, pubblicità, offerta e servizi di consulenza, che rappresentano il mezzo necessario e sufficiente per il conseguimento dei fini per cui sono previste le disposizioni attributive di detto ufficio.

Tuttavia, sostenere che il perseguimento dell'interesse dei clienti costituisca finalità istituzionale dell'intermediario che ne è affidatario significa ritenere responsabile *ex lege*, in virtù della relazione fiduciaria, l'intermediario nei confronti del cliente.

L'agire funzionale della banca e dell'intermediario è il rovescio della medaglia del rapporto di fiducia con il cliente. Anche il fiduciario deve agire in un'ottica funzionale al soddisfacimento dell'interesse per cui gli viene affidato l'incarico. Banca e intermediario assolvono a una funzione imprescindibile nella società in cui viviamo e la loro posizione di supremazia nella forza contrattuale impongono a tali soggetti di comportarsi correttamente e di agire in maniera trasparente, non approfittando della situazione di vulnerabilità del cliente. Le disposizioni confusionali, frammentarie e non coordinate devono essere, tuttavia, effettive.

Concretezza, efficacia ed effettività delle tutele possono essere garantite mediante il corretto utilizzo degli istituti della responsabilità civile nella sua veste polifunzionale.

L'*excursus* storico svolto nella prima parte del presente capitolo, specialmente relativo ai profili pubblicistici del credito e all'ingerenza del potere pubblico nel settore, testimonia come il settore di cui si discorre possa essere sottoposto tanto a profili pubblicistici quanto a quelli privatistici. Non si propone, certamente, un ritorno al passato, consci che l'esperienza pubblicistica ha condotto non solo all'instabilità dei mercati, ma anche alla

⁴²⁰ R. DI RAIMO, *Ufficio di diritto privato*, op. cit. p. 330.

⁴²¹ S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, op. cit., pp. 24 ss.

manca di efficienza e di competitività delle imprese italiane. Bensì, si propone di conformare comportamenti virtuosi dell'attività bancaria che nella sua attività di soggetto privato si comporti correttamente, con correlati benefici in termini di fiducia, di tutela dei clienti e di stabilità dei mercati. Invero, non è necessario – e neppure condivisibile – riconoscere la natura pubblicistica in sé dell'attività bancaria, essendo evidente come i profili interessati dalla raccolta di risparmio e di esercizio del credito nell'ambito strettamente bancario, così come l'attività legata al mercato mobiliare e, in generale, finanziario, siano estremamente delicati e non possano essere alienati da interessi pubblici⁴²². Tant'è che la vigilanza dei settori alla «sana e prudente gestione» e alla «tutela del mercato» è oggetto di specifica e dettagliata disciplina.

VIII. NECESSITÀ DI COORDINAMENTO NELLA DISCIPLINA

Le considerazioni finora svolte hanno dimostrato l'importanza della normativa contenuta nei testi unici e la secondarietà del codice civile, il quale rimane sullo sfondo e, al contempo, la mancanza di una disciplina organica e non contraddittoria. Risulta, invero, assolutamente lecito che il settore sia disciplinato da un testo unico che si affianchi al codice civile. Ciò non crea problemi e conferma quel processo già qualificato dalla dottrina come di decodificazione⁴²³, il quale impone delle riflessioni sul possibile parallelismo tra codici e testi unici.

Non appare necessario procedere con una rivisitazione della parte del codice civile relativa ai contratti bancari. La contrattazione banca cliente, invero, ha proprie peculiarità che la contraddistinguono rispetto alla contrattazione codicistica, sicché è opportuna la presenza di un testo *ad hoc* disciplinante l'attività bancaria. Sono diverse le esigenze di tutela, gli interessi e il contesto economico sociale delle varie disposizioni. L'obiettivo è, invece, assicurare coordinamento tra le disposizioni del T.u.b. e del T.u.f., oltre che della normativa regolamentare, prevedendo una concreta efficacia di quanto ivi previsto. Occorre intervenire sul piano dei rimedi e, al contempo, assicurare il coordinamento con la normativa del T.u.f., con cui la disciplina bancaria condivide principi e obiettivi, quali la tutela del cliente e dell'integrità del mercato.

Del resto, autorevole dottrina ha osservato che «l'insediamento ingombrante del contratto del consumatore nel sistema del diritto contrattuale ha determinato [...] una marcata

⁴²² In dottrina le prime osservazioni in tal senso si rinvengono in N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, 2007, pp. 121 ss.; G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, pp. 25ss.

⁴²³ Processo già oggetto di studio da parte di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, II, Milano, 1986, pp. 25ss.; R. CARLEO, voce *Codici di settore*, in *XXI Secolo*, 2009; R. SACCO, *Codificazione, ricodificazione, decodificazione*, in *Dig. Disc. Priv. – sez. civ.*, Agg., Torino, 2010, pp. 319 ss.

frammentazione del sistema stesso. Tradizionalmente il sistema dei contratti era costruito secondo un'articolazione binaria: una parte "generale" dedicata al contratto come tale⁴²⁴, non qualificato in termini tipo; e una parte "speciale" dedicata a singoli tipi contrattuali. Il contratto del consumatore rompe questa struttura perché non è né parte generale né parte speciale. È un terzo elemento che penetra sia nell'una che nell'altra, spezzandole e creando al loro interno una separata nicchia normativa»⁴²⁵.

In realtà questa teoria è stata ulteriormente approfondita⁴²⁶. Si è osservato, invero, che si sono affermati sullo scenario privato i «contratti strutturalmente asimmetrici», caratterizzati da una disparità oggettiva e stabile delle posizioni e dei ruoli ricoperti nel mercato, in cui l'obiettivo del legislatore è quello di arginare lo squilibrio contrattuale, rimediando a fallimenti del mercato e non a generici fallimenti dell'autonomia privata⁴²⁷. Inoltre, si sono diffusi contratti, caratterizzati dalla disciplina della tipologia contrattuale, si pensi alla vendita di beni di consumo, ai servizi di pagamento, alla contrattazione bancaria, ove ciò che caratterizza la disciplina è il determinato contesto in cui sono inseriti⁴²⁸.

Rebus sic stantibus appare condivisibile l'orientamento di autorevole dottrina⁴²⁹ che rifiuta di ricondurre il rapporto tra le varie esperienze contrattuali meramente in una distinzione tra parte generale e parte speciale. L'esperienza contrattuale può essere così definita formata da un sistema binario, al cui interno è possibile individuare una disciplina "vecchia" e una "nuova"⁴³⁰. La nuova è rappresentata dai «contratti di mercato», caratterizzata dall'asimmetria delle posizioni di mercato, con l'obiettivo di tutelare la parte debole del rapporto. In tale contesto, punto cruciale anche per garantire l'effettività delle disposizioni, è rappresentato dalla materia dei rimedi contrattuali⁴³¹.

⁴²⁴ In arg. V. ROPPO, *Una parte generale, o due parti generali?*, in *Pactum*, 2, 2022, pp. 173ss. L'A. osserva che l'equilibrio presente nel codice civile tra parte generale (titolo II, *Dei contratti in generale*) e parte speciale (Titolo III, *Dei singoli contratti*) si è rotto per la crescita della parte speciale, divenuta progressivamente "gigantismo".

⁴²⁵ V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. Giur.*, 2009, 2, pp. 279-280.

⁴²⁶ V. ROPPO, *Una parte generale, o due parti generali*, op. cit., p. 173.

⁴²⁷ V. ROPPO, *Una parte generale, o due parti generali*, op. cit. p. 174.

⁴²⁸ V. ROPPO, *Una parte generale, o due parti generali*, op. cit. pp. 174-175.

⁴²⁹ V. ROPPO, *Una parte generale, o due parti generali*, op. cit. p. 175. L'A. osserva che l'affermarsi delle varie tipologie contrattuali ritenute fino ad oggi speciali o settoriali «ha acquistato, negli ultimi decenni, uno straordinario rilievo sistematico»

⁴³⁰ V. ROPPO, *Una parte generale, o due parti generali*, op. cit. p. 176.

⁴³¹ V. ROPPO, *Una parte generale, o due parti generali*, op. cit. p. 177.

Diversamente, nell'altra categoria, coincidente con il sistema contrattuale classico, si rinvencono tutti gli altri contratti che non sono contratti di mercato e in cui la materia dei rimedi non ricopre lo stesso ruolo centrale.

In definitiva, è opportuno discorrere di “parti generali” dei contratti⁴³². Il vero *vulnus*, tuttavia, risiede nella mancanza di una parte generale “dell'altra parte generale”. Ovvero i contratti di mercato, nell'accezione sopra menzionata, come già rilevato precedentemente, sono caratterizzati da elevata frammentarietà e da numerose peculiarità che le contraddistinguono tra loro. Pertanto, sarebbe opportuno disciplinare una parte generale che accomuni le varie tipologie contrattuali, garantendo tra loro coordinamento, rimettendo ovviamente la dettagliata disciplina alla regolamentazione di ciascun settore. A tale raccolta organica e sistematica dovrebbe essere riconosciuta la medesima dignità della parte generale e la stessa dovrebbe contenere anche i risultati cui la giurisprudenza della Corte di Giustizia, arbitrale e di legittimità è pervenuta.

In tal modo, si giustificherebbe anche l'emanazione di regolamenti da parte delle Autorità di Vigilanza che, in un settore dinamico come quello di cui si tratta, avrebbero il compito, una volta che il legislatore abbia fissato sistematicamente e organicamente i principi, i rimedi e le tutele coordinando tra loro le varie discipline, di dettagliare i comportamenti dei soggetti professionali e gli elementi di alto contenuto tecnico, rispondendo, quindi, prontamente alle mutevoli esigenze giuridiche, economiche e sociali legate all'evoluzione temporale della società.

⁴³² V. ROPPO, *Una parte generale, o due parti generali*, op. cit. p. 177.

CAPITOLO II

LE FUNZIONI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE TRA LACUNE E CONTRADDIZIONI DELLA DISCIPLINA BANCARIA

SOMMARIO: PREMESA. **I.** LE ORIGINI DEI *PUNITIVE DAMAGES* E IL LORO SVILUPPO NELL'ESPERIENZA NORDAMERICANA **II.** IL RICONOSCIMENTO DELLA POLIFUNZIONALITÀ DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DA PARTE DELLE SEZIONI UNITE **III.** L'INFORMAZIONE PRECONTRATTUALE COME BENE GIURIDICO. **IV.** LA SANZIONE DEL TASSO SOSTITUTIVO **IV.1.** IL FORMALISMO TRA NORMATIVA GENERALE E SPECIALE **IV.2.** IL TASSO SOSTITUTIVO NEL T.U.B. **IV.3.** IL CONTENUTO DEL CONTRATTO NELLA DISCIPLINA DEL CREDITO AL CONSUMO **IV.4.** LA DIFFERENZA TRA ISC E TAEG **V.** LE POLIZZE ASSICURATIVE ABBINATE AI FINANZIAMENTI **VI.** IL DIRITTO SOGGETTIVO ALL'ACCESSO ALLA DOCUMENTAZIONE BANCARIA **VI.1.** L'ART. 119 T.U.B. QUALE STRUMENTO DI TUTELA DEL CLIENTE **VI.2.** IL RAPPORTO TRA ISTANZA EX ART. 119 T.U.B. E DOMANDA EX ART. 210 C.P.C. **VI.3.** SULLA LEGITTIMAZIONE ATTIVA **VI.3.1** (SEGUE) DEL CURATORE **VI.3.2.** (SEGUE) DEL FIDEIUSSORE **VI.4.** SUL LIMITE TEMPORALE **VI.5** L'ONERE PROBATORIO NELLE AZIONI DI RIPETIZIONE DI INDEBITO **VII.** I MUTUI INDICIZZATI AL FRANCO SVIZZERO **VIII.** IL RUOLO DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE **VIII.1** LA VALUTAZIONE DEL MERITO CREDITIZIO **VIII.2.** LE FUNZIONI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE ALL'INTERNO DI UN SISTEMA COMPLESSO.

PREMESSA

Nel primo capitolo si è voluto tracciare una panoramica sull'evoluzione del rapporto banca-cliente, onde evidenziare come l'imprescindibile positivizzazione della tutela del cliente non sia stata risolutiva.

Numerose sono, infatti, le ombre della normativa, oggetto di costanti e non sistematici interventi da parte del legislatore spesso su sollecitazione di fonti sovranazionali.

Le disposizioni della sezione della trasparenza bancaria sono state oggetto di un rafforzamento degli obblighi informativi precontrattuali che hanno sensibilmente avvicinato il ruolo della banca a quello dell'intermediario finanziario.

La mancanza di specifiche previsioni circa le conseguenze della violazione degli obblighi imposti in capo alla Banca e la contraddittorietà di alcune disposizioni impongono all'interprete una riflessione sull'effettiva tutela del cliente e sui rimedi⁴³³ a sua disposizione.

⁴³³ Sulla categoria dei rimedi si possono segnalare gli approfonditi studi di U. MATTEI, *I rimedi, La parte generale del diritto civile*, 2, in *Il diritto soggettivo*, a cura di G. ALPA - M. GRAZIADEI - A. GUARNERI - U. MATTEI - P.G. MONATERI - R. SACCO, Torino, 2001, pp. 110 ss.; A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, pp. 66 s.

In particolare, scopo del presente lavoro è valorizzare il ruolo e la funzione della responsabilità civile⁴³⁴ nel rapporto banca-cliente, sia nell'ottica di deterrenza sia in quella del meccanismo sanzionatorio. Le funzioni assolte dalla responsabilità civile non si esauriscono in quella compensativa limitata al riconoscimento del danno effettivo nella determinazione del risarcimento⁴³⁵. Tradizionalmente si è sostenuto che il principio di integrale riparazione del danno caratterizza l'aspirazione di tutela del danneggiato costituendo, al contempo, il limite massimo della medesima aspettativa. In tal modo, il risarcimento del danno riparatorio ha come logica quella di porre il danneggiato nella medesima posizione in cui si sarebbe trovato in assenza del fatto dannoso. Nulla di più e nulla di meno. Ciò garantisce giustizia ed equità sociale.

Il principio della funzione meramente riparatoria del risarcimento del danno è stato però oggetto di studi da parte della dottrina e della giurisprudenza.

Premessa indefettibile per interpretare e analizzare criticamente l'attuale normativa bancaria e finanziaria, anche per stabilire i limiti entro cui l'interprete può muoversi, risulta l'approfondimento circa l'ammissibilità o meno, nel nostro ordinamento, di meccanismi punitivi⁴³⁶ o, comunque, deterrenti e sanzionatori.

Nel discorso in esame, pertanto, appare utile procedere ad analizzare i cc.dd. *punitive damages*, così come da ultimo vagliati dalle Sezioni Unite.

I. LE ORIGINI DEI *PUNITIVE DAMAGES* ED IL LORO SVILUPPO NELL'ESPERIENZA NORDAMERICANA

I *punitive damages* rappresentano un istituto controverso e, sin dalla loro introduzione, hanno suscitato accesi dibattiti e veementi riflessioni in tutto il panorama giuridico internazionale.

Si tratta di un istituto di origine di *common law*, che pone le sue radici in Inghilterra nei secoli XIV – XVIII, nato per dare una risposta alla necessità di tutelare posizioni giuridiche che i sistemi di *common law* non sembravano in grado di tutelare; si assistette⁴³⁷ all'ingresso di rimedi risarcitori e restitutori contemplanti altresì un profitto

⁴³⁴ A partire dagli anni '60 del secolo si è affermata con decisione la funzione riparatoria del risarcimento del danno. Tale concezione è imperniata sull'allocatione del costo del danno. Si veda S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964.

⁴³⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, Milano, 2012, II, p. 140. I. Già P. SIRENA, *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Milano, Giuffrè, 2011, evidenziava però la natura anche deterrente della responsabilità civile.

⁴³⁶ In dottrina diverse sono le voci secondo cui nell'espressione "risarcimento punitivo" risiederebbe un'insanabile contraddizione. V. C. CASTRONOVO, *Il risarcimento punitivo che risarcimento non è*, in P. CERAMI – M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica. Atti dei seminari del Dottorato di Diritto Comparato dell'Università di Palermo*, Torino, 2011, 210.

⁴³⁷ Per un approfondimento sulle origini e sulla diffusione dell'istituto vedi P. MARIOTTI, P. MASINI, R. CAMINITI, *Profili giuridici ed assicurativi dopo la sent. 16601/2017 delle SS.UU. della Corte di*

per il soggetto immotivatamente e ingiustamente danneggiato, aprendosi la strada ad una sorta di vantaggio ultracompensativo che fungesse, oltre alla reintegrazione del patrimonio, da deterrente. Un simile meccanismo era in grado di rafforzare una tutela, quella civile, divenuta sciapa e inconcludente.

Pertanto, può dirsi che ricorre l'istituto quando la condanna prevede il pagamento di una somma che oltrepassa l'ammontare dei danni effettivamente subiti dal danneggiato, al fine di punire comportamenti caratterizzati da malizia ed, in generale, da un rilevante danno sociale. Si vuole punire cioè una certa condotta per il suo carattere doloso, oppressivo, oltraggioso o per la gravità del danno sociale arrecato, soprattutto quando mancherebbe altrimenti una effettiva sanzione, data l'esiguità del risarcimento del danno dovuto in base agli abituali parametri⁴³⁸.

In Inghilterra le prime decisioni che hanno applicato i danni punitivi risalgono alla seconda metà del 1700 (Huncle c. Monkey e Wilkes c. Wood); in tali provvedimenti era riconosciuta la risarcibilità dei danni cagionati intenzionalmente e dolosamente, non soltanto mediante reintegrazione del patrimonio del danneggiato, ma anche irrogando una sanzione con finalità afflittiva e deterrente. Tuttavia, nel panorama del Regno Unito l'istituto ha subito da lì a poco precise delimitazioni, rimanendo applicabile per le sole ipotesi di *assault, battery, malicious prosecution, false imprisonment e trespass*⁴³⁹.

Cassazione, Legalcivile, Maggioli 2018, pp. 10 ss. In particolare, è evidenziato che la condanna al risarcimento di *punitive damages* sia composta dal “*Compensatory damages*” e dal “*non compensatory*”, da cui discende un differente regime probatorio, il primo più rigido, il secondo con una maggiore discrezionalità dei decidenti che devono vagliare i singoli casi concreti. (...) *aggravated damages are general damages in the sense that they cannot be established by specific proof and therefore have to be quantified by the court (..) if exemplary (or punitive damages) are awarded the nit is openly admitted that these sums are not to compensate the injured party, but are there to deter the tortfeasor.. (..)* – C. VON BAR, *The interaction of contract law and tort and property law in Europe*, in *European Law Publishers*, Munchen, 2004. – trad. i danni aggravati sono danni generali nel senso che non possono essere dimostrati con prove specifiche e quindi devono essere quantificati dalla Corte... se è riconosciuto un risarcimento a carattere esemplare (o punitivo), è ammesso che finalità di queste somme non sia compensare la parte lesa, ma dissuadere l'autore dell'illecito (...). Oppure (...) *exemplary damages in other words are properly awarded whenever it is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay (...)* – Morkesinis, *deakin, tort law*, in *Oxford University Press*, Oxford, 1994. Trad. i danni esemplari, in altre parole, sono assegnati correttamente ogniqualvolta sia necessario insegnare a chi ne è autore che l'illecito non paga.

⁴³⁸ S. PATTI, *Pena privata*, in *Digesto Civile*, 1995, IV edizione, vol. XIII, pp. 349ss.

⁴³⁹ C.P. GOLDBERG, A.J. SEBOK, B.C. ZIPURSKY, *Responsibilities and Redress*, in *Aspen Law & Business*; Har/Cdr edition, New York, 2004. Cfr. H. STREET, *Principles of the Law of Damages*, London, 1962, p. 28. Questi due casi erano originati nel tempestoso clima politico del tempo: John Wilkes, politico ed editore con simpatie radicali, aveva attaccato duramente un discorso che Re Giorgio III aveva reso in Parlamento, stigmatizzandone il contenuto sul proprio giornale, il North Briton. Il monarca si sentì personalmente offeso e reagì, nel primo caso, ordinando l'arresto di chiunque fosse stato coinvolto nella pubblicazione del periodico, e, nel secondo, tentando di impedire l'ulteriore diffusione del North Briton attraverso la detenzione di un tipografo incaricato della stampa. In *Wilkes v. Wood*, Lord Chief Justice Pratt rilevò che il convenuto aveva affermato di aver agito nel proprio diritto: ma «*will that be esteemed law in a Secretary of State which is not law in any other magistrate of this kingdom? If they should be found to be legal, they are certainly of the most dangerous consequences; if not legal, must aggravate damages*»; e a nulla valse l'ulteriore difesa, fondata sul fatto che la vicenda oggetto della controversia fosse un evento non

Nonostante la nascita dell'istituto sia avvenuta in Inghilterra, la concreta diffusione dello stesso si è registrata negli Stati Uniti⁴⁴⁰.

Vanno ricordati, innanzitutto, il primo scontro in dottrina avvenuto negli Stati Uniti nel XIX secolo tra Greenleaf e Sedgwick e l'opinione di Judge Foster in *Fay v. Parker* del 1872 quando notava che «*non è forse la punizione fuori luogo, irregolare, anomala, eccezionale, ingiusta, non scientifica, per non dire assurda e ridicola, quando classificata tra i rimedi civili? Che tipo di rimedio civile è per l'attore la punizione del convenuto? L'idea è sbagliata. È un'eresia mostruosa. È un'escrescenza sgradevole e malsana, che deforma la simmetria del sistema giuridico*»⁴⁴¹.

Appare opportuno evidenziare sin da ora che, mentre negli USA la valorizzazione della funzione sanzionatoria è oggi accompagnata dalla dottrina e dalla giurisprudenza verso una consapevolezza dei rischi che essa comporta, negli ordinamenti di *civil law* si assiste spesso ad un minor realismo e ad una valutazione dei soli aspetti positivi.

A partire dagli anni '60, si è assistito a un'esplosione della litigiosità in materia di responsabilità civile negli Stati Uniti, dovuta, da un lato, all'affermazione in molti settori

eccezionale, perché il suo essere piuttosto comune al tempo «*[is] no justification of a practice in itself illegal, and contrary to the fundamental principles of the constitution*». Allo stesso modo, in *Huckle v. Money*, Lord Chief Justice Camden approvò la concessione degli exemplary damages sul presupposto per cui «*enter a man's house by virtue of a nameless warrant, in order to procure evidence, is worse than the Spanish Inquisition; a law under which no Englishman would wish to live an hour; it was a most daring public attack made upon the liberty of the subject*».

Negli articoli di dottrina, ad esempio E. MCKENDRICK, *Punitive damages in contract law: text, cases and materials*, Oxford, 2008, viene evocato spesso il caso *Rookes v. Barnard*, della seconda metà del secolo scorso, poiché l'*House of lords* aggiunse ulteriori e stringenti limiti nell'utilizzo – chiunque voglia azionare una richiesta di risarcimento di danni punitivi, deve limitarsi ad allegare a: - l'espressa previsione di legge; - l'abuso di potere e/o la violazione di diritto fondamentali del cittadino da parte della p.a.; – il concretarsi di un profitto e/o vantaggio in apo al danneggiante di misura eccedente rispetto al danno provocato. Successivamente nel caso *Ab v. south – west water services Ltd*, vi fu un'interpretazione restrittiva, ovvero la condanna era possibile solo per ogni *tort* che già prima del 1964 risultava sanzionabile mediante il ricorso ad un simile strumento punitivo; per un approfondimento vedi R. PARDOLESI, *Seminario di diritto privato comparato*, Cacucci Editore, Bari, 2011.

⁴⁴⁰ In generale sulle origini e sui caratteri dei *Punitive Damages* nell'ordinamento statunitense L. SCHLUETER, *Punitive Damages* 6, II, *New Providence (NJ)*, LexisNexis, 2010, 31; N. VIDMAR and M.W. WOLFE, *Punitive Damages*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 2009, vol. 5, 179-199; C. SHARKEY, *Punitive Damages as Societal Damages*, *The Yale Law Journal*, Vol. 113, No. 2 (Nov., 2003), 347-453. Per una lettura attenta ai profili dell'analisi economica del diritto G. CALABRESI, *The Complexity of Torts - The Case of Punitive Damages*, M. S. MADDEN (edited by), *Exploring Tort Law*, Cambridge, Cup, 2005, p. 333; ID., *The Future of Law and Economics*, New Haven, Yup, 2016, p. 132; ID., *A Broader View of the Cathedral: The Significance of the Liability Rule, Correcting a Misapprehension*, 77 in *Law and Contemporary Problems*, 7, (2014); M. POLINSKY, S. SHAVELL, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111, *Harvard Law Review*, 1998, pp. 869, 887-896; C. SHARKEY, *Punitive Damages as Societal Damages*, 113 in *Yale Law Journal*, 2003, pp. 347, 363-72; M.S. SHAPO, *Principles of tort law*, Thomson west St. Paul, 2003; H. SHULMAN, F. JAMES, O. GRAY, D.G. GIFFORD, *Law of torts*, New York, 2003. Una definizione in termini generali dei *punitive damages* si rinviene anche nella section 908 del Restatement (Second) of Torts elaborato dall'American Law Institute e pubblicato nel 1979.

⁴⁴¹ 53 New Hampshire Reports 342 at 382 (1872).

delle regole di responsabilità oggettiva e, dall'altro lato, a una giurisprudenza sempre più schierata a favore dell'attore-danneggiato (o della classe di attori).

Quest'ultimo fenomeno ha visto in una prima fase, oltre all'elaborazione di ingegnosi metodi di imputazione della responsabilità, una sempre più frequente concessione di *punitive damages* con l'irrogazione di sentenze di condanna, aventi un dichiarato intento deterrente contenenti importi esorbitanti. Questi eccessi hanno però ben presto innescato un acceso dibattito dottrinale negli Stati Uniti che ha comportato una "controriforma" sia sul piano legislativo a livello statale, essendo la *tort law* una materia di *common law*, con l'introduzione di massimali e parametri tali da sottrarre l'istituto agli umori delle giurie popolari, sia in giurisprudenza con diverse pronunce della Corte Suprema che hanno limitato la possibilità di irrogare condanne per importi spropositati. In particolare, nella nota sentenza BMW c. GORE (1996) sono state dettate dalla Suprema Corte americana le linee guida per ricondurre la liquidazione dei danni punitivi nei limiti dei *due process*, ovvero: gravità della condotta del danneggiante; rapporto tra danno effettivo e quello che si intende riconoscere in più come danno punitivo che deve essere proporzionato; entità del danno punitivo che deve essere comunque proporzionato ad altre sanzioni (civili o penali).

Soltanto il rispetto di questi tre criteri consentirebbe un susseguente ragionato vaglio della *trial court* atto a scongiurare la possibilità che le giurie popolare possano irrogare sanzioni esemplari di entità praticamente illimitata e non prevedibile, con reiterata violazione di principi sanciti nel quattordicesimo emendamento, come pure l'elusione del divieto di "double jeopardy" (ovvero di sanzionare più volte uno stesso comportamento illecito, sancito nel quinto emendamento) oppure ancora con totale violazione del divieto costituzionale di imporre sanzioni pecuniarie di misura esorbitante (rinviandosi all'ottavo emendamento).

Se è vero che i *punitive damages* sono ormai distanti dal modello iniziale⁴⁴², tuttavia, essi non sono ancora danni prevedibili. La loro caratteristica funzione sanzionatoria è strettamente connessa ad una flessibilità riconosciuta spesso dalle stesse previsioni normative⁴⁴³. Del resto, la *ratio* deterrente e punitiva sottesa all'istituto è subordinata alla previa verifica dello stato soggettivo del soggetto agente, sia esso doloso ovvero gravemente colposo, che si accompagna alla concretizzazione di determinate condotte

⁴⁴² Cfr. K. VANESSA., *Constitutional Limits on Punitive Damages Awards: An Analysis of the Supreme Court Case Philip Morris Usa v. Williams, Burrows, American Law Division, Crs Report for Congress, July, 2007.*

⁴⁴³ F. BENATTI, *Benvenuti danni punitivi ... o forse no!, !*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2017, 5, p. 575.

anche solo potenzialmente molto lesive e ritenute, di conseguenza, socialmente pericolose⁴⁴⁴.

In definitiva, gli obiettivi sono di scongiurare che il danneggiante in futuro reiteri un simile comportamento e, al contempo, ristorare il danneggiato e la società del danno subito in ragione della condotta.

II. IL RICONOSCIMENTO DELLA POLIFUNZIONALITÀ DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DA PARTE DELLE SEZIONI UNITE

Precedentemente all'emissione della sentenza n. 16601/2017 delle Sezioni Unite⁴⁴⁵, la Suprema Corte riconosceva costantemente il carattere della monofunzionalità della responsabilità civile⁴⁴⁶, consistente nella mera funzione riparatoria del patrimonio del soggetto leso⁴⁴⁷ - secondo il brocardo latino "*quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnatio*"⁴⁴⁸, poiché un risarcimento ultrariparatorio sarebbe stato considerato, per la parte eccedente, un'attribuzione patrimoniale priva di causa⁴⁴⁹.

La Corte di Cassazione con la sentenza *ut supra* richiamata ha dunque disatteso il suo precedente orientamento⁴⁵⁰ ed ha riconosciuto sussistente, nel nostro ordinamento, il

⁴⁴⁴ Sul punto v. P. MARIOTTI, P. MASINI, R. CAMINITI, op. cit., pp. 17ss.

⁴⁴⁵ La sentenza è stata commentata da G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Danno resp.*, 2017, 4, pp. 435 s.; A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 2017, 8-9, pp. 1792 ss.; A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, *Foro it.*, 2017, 1, pp. 2630 s.; P. G. MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2017, 9, pp. 2648 ss.; F. BENATTI, *Benvenuti danni punitivi ... o forse no!*, op. cit. Per un primo bilancio pratico dopo le S.U. v. S. GATTI, *Polifunzionalità della responsabilità civile e scostamenti dal danno effettivo: un primo bilancio a tre anni dalle Sezioni Unite sui cc.dd. danni punitivi*, in *juscivile*, 2021, 1, pp. 156ss.

⁴⁴⁶ Sul tema delle funzioni della responsabilità civile, F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile. Fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 4, pp. 909 ss.; G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *n. giur. civ. comm.*, 2008, 2, II, 25; ID., *Danni punitivi: no, grazie*, in *Foro.it.*, 2007, 5, I, p. 1461; S. PATTI, *Pena privata*, in F.D. BUSNELLI, S. PATTI (a cura di), *Danno e responsabilità civile*, III ed., Torino, Giappichelli, 2013, pp. 251 ss.; P. TRIMARCHI, *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 108; ID., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 3 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2016, 7, pp. 920ss.; N.B. BRUTI, *Una conversazione con Guido Calabresi*, in *N. giur. civ. comm.*, 2015, pp. 29 ss.; P. FAVA, *La responsabilità civile: trattato teorico - pratico*, Milano, 2009, p. 36; P. PARDOLESI, *Danni punitivi: frustrazione da "vorrei ma non posso"?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 5, pp. 341 ss.; ID., *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no*, in *Corr. giur.*, 2012, 8-9, pp. 1070 ss.;

⁴⁴⁷ Sul punto v. Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, che aveva escluso la delibabilità di una sentenza straniera portante una condanna ai *punitive damages*.

⁴⁴⁸ Cass. civ. 16 dicembre 1988, n. 6856, in *Giust. Civ. mass.*, 1998, 12.

⁴⁴⁹ C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, c.d. danno esistenziale*, in *Europa e diritto privato*, 2008, 2, pp. 315 ss.

⁴⁵⁰ L'orientamento secondo cui doveva essere negata efficacia in Italia alla sentenza straniera recante la condanna a pagamento dei *punitive damages* è stato espresso da una decisione generata da una fattispecie analoga a quella che ha originato l'attuale sentenza delle SU. Infatti, Cass. 19 febbraio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1461, con nota di G. PONZANELLI, *Danni punitivi? No grazie*; in *Danno e resp.*, 2007, 1, 1125, con commento di R. PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?* e in *N. giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 981, con commento di S. OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, escluse il riconoscimento di efficacia ad una sentenza emessa nello Stato dell'Alabama con la quale veniva condannato al pagamento dei *punitive damages* il produttore di un casco per motociclisti difettoso. A dieci

carattere della polifunzionalità del risarcimento del danno, senza però ammettere una generale introduzione dei *punitive damages*⁴⁵¹.

Infatti, la decisione delle Sezioni Unite permette unicamente di riconoscere le sentenze che concedono i *punitive damages*, senza comportare una introduzione sostanziale dell'istituto né tantomeno il riconoscimento di una generale funzione sanzionatoria⁴⁵². Inoltre, la sentenza favorisce il riconoscimento di provvedimenti che liquidano danni punitivi di ordinamenti quali l'Argentina, la Cina, la Nuova Zelanda, ove i risarcimenti sono adottati in ipotesi specifiche o, comunque, per entità limitata.

La Prima Sezione della Suprema Corte, con ordinanza interlocutoria⁴⁵³, aveva rimesso gli atti al Primo Presidente sebbene sul punto non si fosse registrato un contrasto tra le decisioni giurisprudenziali⁴⁵⁴.

Ciononostante, la Prima Sezione della Corte di Cassazione aveva intravisto un possibile mutamento giurisprudenziale a seguito del precedente giudizio positivo espresso in tema di *astreintes*⁴⁵⁵.

anni di distanza dalla pronuncia riveste interesse osservare che essa viene riportata anche dalla dottrina statunitense (SCHLUETER, *Punitive Damages* 6, II, *New Providence (NJ)*, Lexis Nexis, 2010, 960) quale testimonianza della limitazione alla quale le decisioni recanti la condanna al pagamento dei *punitive damages* possono incontrare in una prospettiva transnazionale.

Tra la giurisprudenza di merito v. App. Trento, sez. dist. Bolzano, 16 agosto 2008, in *Danno e Resp.*, 2009, 92 e segg. con nota di G. PONZANELLI, *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano, una nuova vicenda*; App. Torino, 29 settembre 2009, in *Giur. It.* 2013, I, pp. 126 e ss.

⁴⁵¹ C'è chi ritiene che i *punitive damages* per l'ordinamento civile, che ha regole e tradizioni diverse, rappresenti “.. the trojan horse of the Americanisation of continental law...” – C. VANLEENHOVE, *Punitive damages in private international law*, Intersentia, 2016, in G.L. CANDITO (a cura di), *I danni punitivi tra ordine pubblico internazionale e natura polisemica della responsabilità civile*, in www.ildirittoamministrativo.it, 2016.

⁴⁵² P. MARIOTTI, P. MASINI, R. CAMINITI, *Profili giuridici ed assicurativi dopo la sent. 16601/2017 delle SS.UU. della Corte di Cassazione*, op. cit., secondo cui il principio enunciato dalle Sezioni Unite “non deve trarre in inganno”; v. anche M. GRONDONA, *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e punitive damages*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 10, pp. 1392ss.

⁴⁵³ Cfr. Cass. Civ. Sez. I ord. 16 maggio 2016, n. 9978 in *Foro it.* 2016, I, p. 1982 con nota di E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento in Italia di danni punitivi*.

⁴⁵⁴ M. GRONDONA, op. cit., p. 1393 qualifica il provvedimento della S.C. come una “sentenza principio”, in quanto i giudici di legittimità hanno enunciato «principi che vanno oltre la fattispecie concreta da cui tutto ha preso le mosse». Ad avviso dell'A. la Corte ha voluto «imprimere, se non una “sferzata”, quantomeno una “sterzata” all'ordinamento».

⁴⁵⁵ Si tratta di Cass. 15 aprile 2015, n. 7613, in *Foro it.* 2015, I, 3951, con nota di A. MONDINI, *Astraintes, ordine pubblico interno e danno punitivo*, e in *Resp. civ. prev.* 2015, p. 1894, con nota di A. VECCHIARUTTI, *Le Astreintes sono compatibili con l'ordine pubblico interno. E i punitive damages?* In questo caso, però, si era ritenuto non in contrasto con l'ordine pubblico internazionale la figura francese delle *astreintes*, profondamente diversa dai *punitive damages*, ma non a tal punto da poter immaginare una risposta diversa per i *punitive damages*; L'A. sottolinea che «l'indirizzo giurisprudenziale, recato dalla sentenza che qui si commenta, è meritevole di attenzione perché diretto a modificare un indirizzo consolidato del nostro sistema giuridico, il quale, con lo scopo di limitare, nei rapporti civili, ogni potere discrezionale del giudice, che vada oltre la esatta commisurazione del risarcimento al danno provocato, ha così negato la possibilità che il risarcimento possa anche costituire una efficace risposta a forme gravi di violazioni di diritti, e ciò a prescindere dal danno da esse provocato. Ma, si ribadisce, già la violazione dei diritti della persona o di valori ad essa riferiti ed il risarcimento del danno “non patrimoniale” (si pensi al c.d. danno esistenziale) hanno preso le distanze dal ravvisare nel risarcimento la (sola) compensazione di un danno conseguenza».

Le Sezioni Unite erano chiamate a pronunciarsi sull'ammissibilità della delibazione nel nostro ordinamento delle sentenze straniere che irrogano risarcimenti ultracompensatori. Per poter fornire una risposta al quesito, la Suprema Corte era chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione da attribuire alla nozione di "ordine pubblico internazionale". All'esito di tale valutazione, i giudici di legittimità hanno optato per un'interpretazione più ristretta, più adeguata ad una società globalizzata e di multilivello⁴⁵⁶. Al fine di poter dare esecuzione ad un provvedimento straniero che applica i c.d. *punitive damages*, il giudice della delibazione è tenuto innanzitutto a valutare se la norma del Paese in cui è stata pronunciata la sentenza che applica i danni punitivi, e di cui si richiede il riconoscimento in Italia, possa essere giudicata non conforme ai principi costituzionali dell'ordinamento italiano⁴⁵⁷. In tal modo, l'ordine pubblico internazionale viene ristretto alle sole ipotesi di incostituzionalità delle norme⁴⁵⁸, o meglio di rispetto dei valori essenziali dell'ordinamento interno da valutarsi però in armonia con quelli della comunità internazionale⁴⁵⁹.

Nel caso di specie, le Sezioni Unite hanno verificato il rispetto costituzionale dell'ordinamento della Florida⁴⁶⁰, da cui proveniva il provvedimento oggetto della decisione e hanno altresì ritenuto la disciplina rispettosa del principio di legalità e di proporzionalità⁴⁶¹.

Su questa sentenza si veda anche lo scritto di F. BENATTI, *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, pp. 679 ss.

⁴⁵⁶ M. GRONDONA, *L'auspicabile 'via libera' ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti giudiziari)* in *Dir. Civ. Cont.*, 31 luglio 2016; ID. *Il problema dei danni punitivi e la funzione degli istituti giuridici, ovvero: il giurista e la politica del diritto*, in *Giustiziacivile.com*, 31 maggio 2017. In senso contrario C. CASTRONOVO, op. cit.

⁴⁵⁷ In particolare, è stato rilevato che l'ordine pubblico internazionale è sempre più identificato con un meccanismo di controllo di costituzionalità *ex ante* e non *ex post*.

⁴⁵⁸ G. PONZANELLI, *Polifunzionalità*, op. cit.

⁴⁵⁹ Sul punto v. F. BENATTI, *Benvenuti danni punitivi*, cit. L'A. afferma che tale pronuncia favorisce il riconoscimento di provvedimenti che liquidano danni punitivi di ordinamenti quali l'Argentina, la Cina, la Nuova Zelanda, mentre rimangono incerti i provvedimenti nigeriani e australiani, per cui si dovrà valutare caso per caso.

⁴⁶⁰ Nell'ordinamento della Florida, i presupposti al ricorrere dei quali è prevista la possibilità di irrogare la condanna al pagamento dei *punitive damages*, infatti, sono legalmente tipizzati dalla *section 768.72* del Florida Statute (Fla. Stat.) ove è disposto che la condanna ai *punitive damages* può aver luogo solo al ricorrere di una "*clear and convincing evidence*" che testimoni la presenza di una *intentional misconduct* o di *gross negligence*. A ciò deve aggiungersi che il legislatore della Florida prevede significative limitazioni ai fini della determinazione dell'ammontare dei *punitive damages*.

⁴⁶¹ A tale riguardo la *section 768.73* dispone, come regola generale, che la condanna al pagamento dei *punitive damages* non può eccedere la misura del triplo della somma liquidata a titolo di *compensatory damages* o, in ogni caso, la somma di \$500,000 (*section 768.73 (a)*). Un diverso e più elevato limite — consistente nel quadruplo della somma liquidata a ciascun danneggiato a titolo di *compensatory damages* o in un massimo di 2 milioni di dollari — è previsto nell'ipotesi in cui la *wrongful conduct* sia motivata esclusivamente da un *unreasonable financial gain* e caratterizzata dalla consapevolezza circa il suo carattere *unreasonably dangerous* (*section 768.73 (b)*). L'assenza di limitazioni nella determinazione

Nel giudizio di legittimità costituzionale riveste notevole importanza l'art. 23 Cost, a tenore del quale “nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge.” L'art. 23 deve essere letto in combinato disposto con l'art. 25 comma 2 Cost. che sancisce la legalità della pena⁴⁶². Trattandosi però di una vicenda tra privati, occorre comunque fare salvo il principio di proporzionalità. In altri termini occorrerà che il sacrificio di una parte sia giustificato da un'effettiva tutela dell'altra parte⁴⁶³.

Da tale assunto deriva un importante corollario, secondo cui nessun giudice o autorità amministrativa possono imporre obbligazioni che non abbiano nella legge la loro fattispecie.

Sul tema si registra l'orientamento di una parte di dottrina⁴⁶⁴ secondo cui un risarcimento ultrariparatorio imporrebbe una prestazione patrimoniale arbitraria, in quanto per definizione è debordante da ciò che la legge esige dal danneggiante, ossia la riparazione. Per tale linea di pensiero, tale circostanza avrebbe dovuto essere di per sé sufficiente ad imporre alla Cassazione di arrestare la sentenza straniera⁴⁶⁵.

Contrariamente le Sezioni Unite, dopo aver analizzato il percorso di applicazione dei *punitive damages* nordamericani⁴⁶⁶, hanno riconosciuto come essi siano diventati meno eccessivi⁴⁶⁷ nel loro *quantum* e di conseguenza non incompatibili con l'ordinamento italiano.

dell'importo delle somme dovute e titolo di *punitive damages*, pertanto, è circoscritta alle sole fattispecie nelle quali la condotta del danneggiante sia caratterizzata da uno specifico intento di arrecare danno *section 768.73 (c)*.

⁴⁶² C. CONSOLO – S. BARONE, *Postilla minima di messa a giorno, Punitive damages: multiplo risarcimento sanzionatorio — deterrente o iper — ristoro solo cautelativo?*, nota a Cass. civ., 16 maggio 2016, n. 9978, in *Giur. it.*, 2017, 6, p. 1366, sollevano qualche dubbio sulla pertinenza, in materia, del richiamo alle norme degli artt. 23 e 25 Cost., osservando che «in effetti gli artt. 23 e 25 Cost., richiamati in ottica tributario/penale dalle sez. un. possono apparire richiami fuori fuoco».

⁴⁶³ In tal senso. C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi*, op. cit.

⁴⁶⁴ V. fra tutti C. CASTRONOVO, op. cit.

⁴⁶⁵ In questo senso, v. M. SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari*, in *Famiglia dir.*, 2017, p. 295.

⁴⁶⁶ Nella sentenza si osserva come sia mutata l'applicazione dei danni punitivi dalla nota sentenza *BMW v. GORE*, 517 U.S. 559 (1996). Si registra come però nella stessa dottrina americana non vi sia unanimità di valutazione sia rispetto al modello iniziale, cfr. T. EISENBERG et AL., *The predictability of punitive damages*, in vol. 26 *Journal Of Legal Studies*, 1997, 623 ss., sia sugli effetti delle pronunce della Corte Suprema (T. EISENBERG et AL. *Variability in Punitive Damages: Empirically Assessing Exxon Shipping Co. v Baker*, in 166 *Journ. Of Institutional & Theoretical Economics*, 2010, 5 ss.). V. anche A.W. MARRERO, *Punitive damages: why the monster thrives*, in 105 *Georgetown L. Rev.*, 2016, pp. 767 ss.

⁴⁶⁷ Sul problema della costituzionalità dei *Punitive Damages* nel diritto statunitense L. SCHLUETER, op. cit., 57. Per la dottrina italiana G. PONZANELLI, *Novità per i danni esemplari?*, in *Contr. e impr.*, 2015, 6, p. 1199, che sottolinea che negli Stati Uniti a seguito delle pronunce della supreme *Supreme Court* che hanno limitato l'entità dei risarcimenti punitivi, questi hanno “perso buona parte delle loro invadenza nel sistema di origine”; Id., *L'incostituzionalità dei danni punitivi “grossly excessive”*, in *Foro it.*, 1996, IV, 421 ss.;

Nel percorso statunitense di “alleggerimento” dei c.d. *punitive damages*, la *Supreme Court* ha assunto (ed assume) una fondamentale rilevanza nella formazione di orientamenti consolidati per limitare i *punitive damages grossly excessive*⁴⁶⁸.

In termini generali, è possibile affermare che i *punitive damages* ricorrono in fattispecie caratterizzate da una condotta del danneggiante che si connota per un particolare disvalore (*act that is particularly wanton, malicious, evil, violent, or fraudulent*) ed assolvono al perseguimento di finalità di deterrenza e di prevenzione speciale e generale⁴⁶⁹.

Dopo aver verificato positivamente il rispetto dei valori costituzionali da parte della sentenza straniera in questione, la Corte di Cassazione si è occupata dell’ammissibilità o meno della polifunzionalità della responsabilità civile nel nostro ordinamento e della relativa conseguente compatibilità dei *punitive damages*. Come accennato in precedenza, le Sezioni Unite hanno riconosciuto che nell’ordinamento italiano la responsabilità civile non si esaurisce nella funzione riparatoria che, se da un lato, permette al danneggiato di recuperare lo *status quo ante* al fatto illecito attraverso l’equivalente monetario, dall’altro, non consente di agire sul comportamento dell’autore del fatto. Con riferimento a tale ultimo aspetto emerge la funzione deterrente della responsabilità civile, con cui viene stigmatizzata la condotta del soggetto agente, con annessa inflizione di una sanzione o di una pena monetaria, che presenta un *quid pluris* rispetto alla riparazione.

A tal proposito le Sezioni Unite hanno rilevato come il carattere di polifunzionalità della responsabilità civile sia già riconosciuto, oltre che da parte della dottrina da alcune

ID., *Responsabilità da prodotto da fumo: il “grande freddo” dei danni punitivi* (nota a *Engle v. R.J. Reynolds*), in *Foro it.*, 2000, IV, 45. Sulla limitazione dei poteri della giuria nella determinazione del quantum dei danni punitivi v. più recentemente S.C. degli stati Uniti d’America, 7 aprile 2003, in *Foro it.*, 4, p. 355 con nota di G. PONZANELLI, *La “costituzionalizzazione” dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*.

⁴⁶⁸ Di tale avviso è T. BAKER, *Transforming Punishment into Compensation: In the Shadow of Punitive Damages*, in *Wis. L. Rev.*, 1998, pp. 211 - 212; V. E. SCHWARTZ & L. LOBER, *Twisting the purpose of pain and suffering awards: turning compensation into punishment*, in 54 S. C. L. Rev., 2003, p. 47. Così anche in *Wangen v. Ford Motor Co.*, 294 N.W.2d pp. 437, 447 (Wis. 1980), la Corte Suprema del Wisconsin ha affermato che «*if punitive damages are not allowed, juries [will] give vent to their desire to punish the wrongdoer under the guise of increasing the compensatory damages, particularly those for pain and suffering*». Nella dottrina italiana si veda E. AL MUREDEN, *L’apertura delle Sezioni Unite ai punitive damages tra limiti del diritto interno e nuove prospettive di armonizzazione*, in *Giur. Comm.* 2018, 6, p. 995.

⁴⁶⁹ G. CALABRESI, *The Complexity of Torts*, op. cit., 333, osserva che i *punitive damages* possono assolvere a molteplici funzioni. In particolare, essi assolvono talvolta alla finalità di presidiare il rispetto di principi fondamentali, talvolta a quella di addossare al danneggiante non solo i costi del risarcimento dovuto al danneggiato che abbia agito in giudizio, ma anche quelli subiti da coloro che non hanno potuto agire. In altre occasioni i *punitive damages* assolvono alla c.d. *tragic choice function*, emblematicamente rappresentata dal caso *Pinto*, nel quale si rendeva necessario stigmatizzare la scelta dell’impresa produttrice di automobili che, nonostante la consapevolezza di un grave difetto, giudicò maggiormente conveniente non modificare il progetto del veicolo e andare incontro all’eventualità di dover pagare i risarcimenti compensativi alle vittime di futuri incidenti. Si ravvisa, infine, una funzione di “*rating of the private wrong*” laddove i *punitive damages* consentono di rappresentare la misura del disvalore della condotta illecita.

legislazioni speciali attinenti a diversi settori, richiamando espressamente il diritto del lavoro, della proprietà industriale, del processo civile e della stampa, in cui è prescritto un obbligo per il danneggiante di adempiere con dazioni di denaro che superano il tradizionale risarcimento riparatorio⁴⁷⁰.

La Corte, allo stesso tempo, ha chiarito espressamente come tale pronuncia non possa modificare il livello di risarcimento in Italia, spingendosi fino a riconoscere risarcimenti sovracompensativi⁴⁷¹, sancendo, in chiave giuseconomica, che la “*curvatura deterrente-sanzionatrice*” posseduta dalle regole di responsabilità civile non può certo consentire “... ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati”. In altri termini, deve comunque essere applicato un risarcimento del danno che consenta al danneggiato di essere rimesso sulla stessa curva di indifferenza.

In virtù delle considerazioni svolte, appare lapalissiano come con la decisione in esame, n. 16601/2017, la Suprema Corte abbia preso atto, da un lato, del carattere della polifunzionalità della responsabilità civile – condividendo un percorso dottrinale⁴⁷² iniziato negli anni sessanta con Trimarchi e Rodotà⁴⁷³ e proseguito anche per l’effetto di influenze internazionali⁴⁷⁴ – dall’altro, che per l’importanza della materia e delle collegate conseguenze economiche del risarcimento del danno, della necessità di un intervento legislativo volto a determinare con equilibrio e chiarezza l’opportunità di previsioni di risarcimenti ulteriori rispetto a quelli riparatori.

⁴⁷⁰ Sul punto C. CASTRONOVO, ult. cit., critica la soluzione delle Sezioni Unite, in quanto intravede una negazione della secolarizzazione della responsabilità civile.

⁴⁷¹ Ciò anche dal punto di vista economico: secondo la teoria degli studi di analisi economica del diritto l’imposizione di danni sovracompensativi sulle imprese possa avere riflessi negativi sull’intera collettività. Cfr. *ex multis* M. POLINSKY - S. SHAVELL, *Punitive damages: an economic analysis*, in 111 *Harv. L. Rev.*, 1998, pp. 951 ss.

⁴⁷² Fra tutti v. P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979.

⁴⁷³ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, op. cit.

⁴⁷⁴ Esemplicative di questa evoluzione sono in Spagna cfr. *Tribunal Supremo, sala de lo civil*, 13 novembre 2001, ricorso n. 2039/1999; in Francia *Cour de Cassation française, Arret 1090/2010*. La Corte aveva addotto una soluzione analoga a quella raggiunta dalle Sezioni Unite, permettendo il riconoscimento dei provvedimenti che concedono i danni punitivi, purchè non di ammontare eccessivo. Tuttavia, sulla differenza rispetto alla decisione francese e più in generale sulla complessità della figura dei danni punitivi cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all’inadempimento del contratto*, Milano, 2008; ID. *Danni punitivi e class actions nel diritto nordamericano*, in AGE, 2008, p. 233; ID. *La circolazione dei danni punitivi: due modelli a confronto*, in *Corr. giur.*, 2012, 2, pp. 263 ss.; ID. *I danni punitivi nel panorama attuale*, in *Giustiziacivile.com*, 2017, 24 maggio 2017. Per l’A. la decisione delle Sezioni Unite appare più attenta e meditata di quella francese, sia per ragioni stilistiche sia per il richiamo al principio di proporzionalità del risarcimento e ai requisiti che i *punitive damages* devono avere per la loro delibazione.

Tale conclusione appare condivisibile, in quanto i giudici di legittimità non avrebbero potuto sostituirsi al legislatore, unico competente a modificare l'integrale riparazione, sia optando verso una riduzione del risarcimento integrale sia introducendo, invece, una maggiorazione del livello di risarcimento (come è accaduto nella legislazione ricordata dalle Sezioni Unite)⁴⁷⁵. È evidente che finché non intervenga il legislatore⁴⁷⁶, il giudice è vincolato al principio di integrale riparazione del danno⁴⁷⁷. Pertanto, al fine di disciplinare tali fattispecie, è auspicabile un intervento legislativo⁴⁷⁸, poiché altrimenti si correrebbe il rischio che qualche giudice "in cerca di fama" si sostituisca al legislatore, come Pietro Calamandrei temeva potesse accadere⁴⁷⁹: "*Erostrato per diventar celebre incendiò il tempio di Diana Efesia e così riuscì a passare alla storia. Si possono dunque trovare magistrati così assetati di fama che siano disposti a far crollare la giurisprudenza sulla testa dei giudicabili, per avere il gusto di vedere pubblicata sulle riviste col loro nome la sentenza sovvertitrice?*". Per tale ragione è particolarmente apprezzata la scelta della Corte di Cassazione di non diventare "sovrano"⁴⁸⁰ e di invocare un intervento legislativo, in quanto il giudice applica le leggi con puntuale adesione al sistema e in questo modo garantisce una vera e consapevole evoluzione del diritto.

Alla luce delle motivazioni della Corte e degli argomenti adottati dalla dottrina, appare comunque evidente che quando il legislatore abbia voluto arricchire il risarcimento rispetto alla classica e pura riparazione, lo abbia fatto espressamente. Come infatti anche la Corte ha ricordato, sono diverse le fattispecie che sembrano contenere un *quid pluris* rispetto alla riparazione. A tal proposito appare opportuno richiamare le seguenti disposizioni⁴⁸¹:

⁴⁷⁵ G. PONZANELLI, op. cit.

⁴⁷⁶ Sul problema se le Tabelle elaborate dall'Osservatorio della Giustizia Civile di Milano, soddisfino la necessità di intervento legislativo e sulla possibile incidenza sul *quantum* del risarcimento della condotta del soggetto danneggiante, v. G. PONZANELLI, ult. cit, p. 45. In generale sulla valenza giuridica delle Tabelle v. R. PUCCELLA, *Tutela della persona e sistema tabellare*, in *Riv. resp. Med.*, 2017, 2, p.193; M. FRANZONI, *Tabelle nazionali per sentenza, o no?*, in *Corr. Giur.*, 2011, 1705.

⁴⁷⁷ Di avviso contrario A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, op. cit., p. 1792.

⁴⁷⁸ Intervento legislativo che sta avvenendo in Francia. L'art. 1266-1 del progetto di riforma del libro III del code civil sulla responsabilità prevede che: «*cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur ou aux profits qu'il en aura retirés. L'amende ne peut être supérieure à 2 millions d'euros. Toutefois, elle peut atteindre le décuple du montant du profit ou de l'économie réalisés. Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise*».

⁴⁷⁹ P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici*, Firenze, 1959, p. 291.

⁴⁸⁰ Si richiama R. BORK, *Coercing virtue: The worldwide Rule of Judge*, 2002, trad. it., R. BORK, *Il giudice sovrano*, in (a cura di) S. SILEONI, Macerata, 2004.

⁴⁸¹ In questa sede non si intende esaminare dettagliatamente la fondatezza del ragionamento logico giuridico delle Sezioni Unite. Per una critica v. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, pp. 902ss.

- a) in materia giuslavoristica, l'art. 18 comma 2 dello Statuto dei Lavoratori⁴⁸², l'art. 18 comma 14 dello stesso Statuto⁴⁸³, l'art. 28 del d.lgs. 81 del 2015 in materia di tutela del lavoratore assunto a tempo determinato, nonché l'antecedente norma di cui all'art. 32 commi 5,6 e 7, legge n. 183 del 2010⁴⁸⁴;
- b) in materia di proprietà industriale l'art. 125 del d.lgs. n. 30 del 2005 (codice della proprietà industriale)⁴⁸⁵ e l'art. 158 L. n. 633 del 1941 (legge sul diritto d'autore)⁴⁸⁶;
- c) in materia processuale civile gli art. 96 c.p.c.⁴⁸⁷ e 709 *ter* c.p.c.⁴⁸⁸ e l'art. 614 *bis* c.p.c.⁴⁸⁹, il cui contenuto è stato da ultimo introdotto anche nell'art. 114 comma 4, lett. e) c.p.a.;

Criticano il richiamo di talune disposizioni operato dalle Sezioni Unite, A. MONTANARI, *Del «risarcimento punitivo» ovvero dell'ossimoro*, in *Eur. Dir. priv.*, 2019, 2, pp. 377 ss.; A. DI MAJO, *Rileggendo Augusto Thon in merito ai c.d. danni punitivi dei nostri giorni*, in *Eur. Dir. priv.*, 2018, 4, pp. 1313-1314; G. PORTONERA, *Punitive damages, cosiddetti danni punitivi e risarcimento. Un approccio comparatistico allo statuto della responsabilità civile*, in *Eur. Dir. priv.*, 4, 2021, 708ss.

⁴⁸² L'art. 18 comma 2 dello Statuto dei Lavoratori prevede che il giudice con la sentenza con cui dichiara la nullità del licenziamento (in tutti i casi di nullità previsti per legge) ordina al datore di lavoro la reintegrazione del lavoratore, condannando altresì a risarcire il danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui risulti accertata la nullità, stabilendo un'indennità che abbia come base di calcolo l'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino al giorno dell'effettiva reintegrazione, dedotto l'eventuale *aliunde perceptum* nel periodo di estromissione, oltre al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali per il medesimo periodo. In ogni caso, *ex lege* la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto. Ebbene, se si considera il limite minimo delle cinque mensilità di retribuzione dovute per il periodo di estromissione dal posto di lavoro, anche qualora il giudizio abbia una durata inferiore alle cinque mensilità, non può non riconoscersi in esso oltre alla funzione meramente reintegratoria dei perduti guadagni del lavoratore vittorioso, anche la funzione punitivo-sanzionatoria di tale indennità, che finisce con il costituire una sorta di vera e propria penale.

⁴⁸³ Ove, sulla medesima scia del comma 2, a fronte dell'accertamento dell'illegittimità di un licenziamento di particolare gravità, è prevista una sanzione aggiuntiva in capo al datore di lavoro inottemperante per la mancata reintegrazione, che consiste nell'obbligo del datore di lavoro di versare, per ogni giorno di ritardo, una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore in favore del Fondo adeguamento pensioni: anche in tal caso la predetta somma – imposta con frequenza addirittura giornaliera – ha per sé una funzione punitivo-sanzionatoria oltretutto deterrente.

⁴⁸⁴ I commi richiamati sono indicativi di una funzione punitivo-sanzionatoria laddove prevedono, nei casi di conversione in contratto a tempo indeterminato per illegittimità dell'apposizione del termine, una forfettizzazione del risarcimento.

⁴⁸⁵ Al comma 2 è previsto che *“La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano. In questo caso il lucro cessante è comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso.”*

⁴⁸⁶ La norma prevede che *“... Il giudice può altresì liquidare il danno in via forfettaria sulla base quanto meno dell'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti, qualora l'autore della violazione avesse chiesto al titolare l'autorizzazione per l'utilizzazione del diritto”*.

⁴⁸⁷ Se nei primi due commi in caso di configurabilità di lite temeraria il risarcimento è legato all'esistenza di un danno, nel comma 3 è affermato che in ogni caso il giudice anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata.

⁴⁸⁸ In tale disposizione la funzione sanzionatoria della norma è ravvisata nella possibilità per cui il giudice, nei casi di controversie tra genitori nell'esercizio della responsabilità genitoriale o dell'affidamento dei minori, possa disporre una sanzione amministrativa di tipo pecuniaria a carico del genitore inadempiente.

⁴⁸⁹ Si tratta della figura degli *astreintes*, ovvero dei mezzi di coercizione indiretti, nel caso di violazione, o di inosservanza successiva o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Ai sensi del comma 2, il

d) in materia di diffamazione a mezzo stampa (L. 8 febbraio 1948, n. 47) l'art. 12, che, prevede il pagamento di una somma "in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato".

Ovviamente, giova ribadire, quella che sembra un'apertura in specifiche previsioni⁴⁹⁰ non può consentire al giudice di applicare risarcimenti ultrasanzionatori anche nei casi in cui una specifica previsione manchi.

Discorso diverso e, allo stesso tempo più complesso, varrebbe per il risarcimento di un danno non patrimoniale quando scaturisca da reato, in cui la responsabilità civile svolge una funzione "satisfattoria se non sanzionatoria"⁴⁹¹. In tali fattispecie un risarcimento ultrasanzionatorio potrebbe più facilmente essere disposto anche in riferimento alla gravità della condotta. Come ragionamenti ostativi a tali osservazioni, risiederebbero la distinzione di categorie tra sanzioni civili e penali e l'arbitrarietà di trasferire sul risarcimento i criteri che riguardano la commisurazione della pena, ai sensi dell'art. 185 c.p., ove è prescritto che il risarcimento deve essere accessorio alla pena e costituisce un effetto obbligatorio tipicamente civilistico.

Invero, i danni punitivi risultano essere un ibrido tra diritto civile e penale "con cui bisogna confrontarsi con cautela"⁴⁹², in quanto è necessaria un'analisi completa e approfondita sulle loro differenti funzioni all'interno di un sistema giuridico, economico e sociale e, pertanto, la relativa disciplina deve essere affidata al legislatore.

La tendenza attuale dei diversi ordinamenti, specialmente con riferimento alla tutela dei consumatori e dell'ambiente, sembra quella di voler sottolineare la loro componente sociale⁴⁹³.

In ogni caso, appare evidente che in alcuni specifici settori giuridici il riconoscimento di una polifunzionalità della responsabilità civile garantirebbe una maggiore, oltre che migliore, tutela degli interessi sottesi rispetto a pratiche commerciali e imprenditoriali

giudice determina l'ammontare della somma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile.

⁴⁹⁰ P. MARIOTTI, P. MASINI, R. CAMINITI, Profili giuridici ed assicurativi dopo la sent. 16601/2017 delle SS.UU. della Corte di Cassazione, op. cit., p. 94 sostengono che gli interventi legislativi richiamati dalla Cassazione non possono costituire esempi posti a conferma della presenza nell'ordinamento italiano id ipotesi assimilabili ai *punitive damages*, bensì segnano il confine tra ciò che risarcimento è e ciò che risarcimento non è. Per gli autori rientrano tra le ipotesi di risarcimenti ultracompensatori anche gli artt. 184 e 185 T.u.f., oltre agli artt. 187 bis e 187 ter T.u.f.; tuttavia, vengono poste in rilievo le contraddizioni delle suddette disposizioni.

⁴⁹¹ M. MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1, p.115.

⁴⁹² F. BENATTI, *Benvenuti danni punitivi... o forse no!*, op. cit.

⁴⁹³ V. sul punto C.M. SHARKEY, *Punitive damages as societal damages*, op. cit., 347.

scorrette. Ne è un esempio lo strumento della revisione degli utili⁴⁹⁴ che è collocato sia nella disciplina restitutiva sia in quella dei rimedi risarcitori.

Indubbiamente l'ammettere la valenza anche ultracompensatoria del risarcimento sarebbe un utile strumento in grado di rendere effettivo l'*enforcement* privato⁴⁹⁵ anche nell'ambito del fenomeno delle pratiche commerciali scorrette che possono dar luogo a importanti profitti alle imprese.

La natura polifunzionale della responsabilità civile è stata espressamente ammessa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali, giova ribadire, hanno ancorato la possibilità di irrogare risarcimenti ultracompensatori solo nelle fattispecie positivizzate dal legislatore. Per giungere a una simile conclusione sono stati richiamati alcuni istituti in cui il legislatore non si preoccupa di ristorare la perdita subita dal soggetto leso, quanto piuttosto di sanzionare un comportamento scorretto del soggetto agente.

Oggetto del presente contributo è, quindi, analizzare la funzione assolta da alcune fattispecie nel settore bancario e finanziario, per valutare se possano rispondere a logiche ultracompensatorie e, in generale, per accertare se la responsabilità civile, nella sua polifunzionalità, possa svolgere un ruolo conformativo della condotta dei soggetti istituzionali, consentendo una riconquista della fiducia tradita. Ciò non equivale a ricondurre nell'alveo dei danni punitivi ipotesi previste dal legislatore, proprio in ragione delle divergenze storiche e fattuali poste alla loro base, quanto piuttosto riconoscerne la portata deterrente e sanzionatoria di singole fattispecie nella parte in cui non si limitano al mero ristoro del soggetto leso.

Seguirà, pertanto, un'analisi di singole fattispecie bancarie e finanziarie, al fine di sottolineare la funzione assolta dalla responsabilità civile e di analizzare in chiave critica

⁴⁹⁴ Interessante la prospettiva accolta dal legislatore olandese del 1992 il quale nell'elaborazione del nuovo codice (*Burgerlijk Wetboek*) ha previsto e collocato il rimedio della restituzione degli utili nell'ambito della sezione dedicata alle obbligazioni risarcitorie. Nell'art.6:104 BW è previsto che chi, attraverso un fatto illecito o inadempimento contrattuale, abbia conseguito utili può essere condannato, su richiesta della parte lesa, alla restituzione integrale o parziale del profitto. La norma quindi non attribuisce direttamente in capo al soggetto leso un diritto alla restituzione degli utili, a differenza di come avviene nell'ambito della disciplina speciale a tutela della proprietà intellettuale. La possibilità che il danno sia quantificato in base agli utili conseguiti dal soggetto responsabile della violazione è infatti rimessa al potere discrezionale del giudice. Come è stato precisato dalla Corte Suprema Olandese (*Hoge Raad der Nederlanden* (HR), 18 juni 2010, *European Case Law Identifier* (ECLI):NL:HR:2010:BM0893 (*Doerga/Stichting Ymere*) la disposizione normativa, non attribuendo un diritto immediato alla restituzione del profitto, ma rimettendo piuttosto al potere discrezionale del giudice la possibilità di ricorrere a tale tipo di modalità di quantificazione del danno, in alternativa al metodo di quantificazione ordinaria basato sui danni effettivi, non presenta finalità punitive.

⁴⁹⁵ Sul punto v. I. GARACI, *Il dieselgate. Riflessioni sul private e public enforcement nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette.*, in *Riv. Di Diritto industriale*, 2018, 2, p.61.

le norme sfornite di effettiva tutela. Ciò anche in considerazione delle numerose contraddizioni, superfluità e lacune di alcune disposizioni della disciplina.

Nella normativa bancaria, il percorso opererà su tre macro-direttrici: le disposizioni generali della trasparenza bancaria, la disciplina del credito al consumo e quella del credito al consumo immobiliare.

III. L'INFORMAZIONE PRECONTRATTUALE COME BENE GIURIDICO

Come già più volte evidenziato nel corso del primo capitolo, la disciplina bancaria è imperniata da una serie di obblighi informativi e di trasparenza che devono esser rispettati dalla Banca sia nella fase precontrattuale sia in quella contrattuale.

Nella costruzione del legislatore informazione e trasparenza rappresentano i mezzi per raggiungere lo scopo della chiarezza delle condizioni contrattuali volta a rendere consapevole la scelta del cliente e giustiziabili gli inadempimenti e le condotte scorrette poste in essere dai soggetti professionali.

I riferimenti normativi della pubblicità precontrattuale si rinvencono nell'art. 116 per la disciplina generale, negli artt. 123-124 T.u.b.⁴⁹⁶ per la disciplina del credito al consumo, nonché nell'art. 120octies T.u.b. per il credito immobiliare ai consumatori. Le richiamate disposizioni concretizzano il principio di trasparenza e rappresentano dei “manifesti di programma” rivolti alle Banche, costituendo delle linee guida per il loro operato. Tutti i precetti ivi contenuti costituiscono una specificazione dei principi di buona fede, diligenza professionale e correttezza cui deve essere connaturata la condotta della Banca. In tal guisa, sin dalla fase precontrattuale la Banca deve pubblicizzare in modo chiaro e comprensibile le condizioni economiche.

Per quanto riguarda la disciplina generale, la delibera CICR 4.3.2003 ha prescritto che l'intermediario deve consegnare al cliente, per una valutazione del suo contenuto, una copia completa del testo contrattuale prima della stipula.

Le disposizioni sugli obblighi precontrattuali⁴⁹⁷ sono assolutamente autonome rispetto alle regole attinenti alla fase effettiva della stipulazione del contratto, che si risolvono in regole di efficacia dello stesso.⁴⁹⁸

⁴⁹⁶ Sulle differenze tra le disposizioni contenute nell'art. 116 e 124 T.u.b. si rinvia a L. MODICA, *Il credito ai consumatori*, in (a cura di) F. PIRAINO – S. CHERTI, *I contratti bancari*, op. cit., p. 281; G. ALPA-P.GAGGERO, *Art. 123. Pubblicità*, in (a cura di) F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, op. cit., pp. 123ss.

⁴⁹⁷ La conferma che si tratti di una fase precontrattuale si ha nell'art. 116, ult. co. T.u.b., ove è prescritto che «*le informazioni pubblicitarie non costituiscono offerta al pubblico a norma dell'art. 1336 del codice civile*».

⁴⁹⁸ Si condivide quanto osservato da E. SCODITTI, op. cit., p. 910 secondo cui l'art. 117 comma 6 è regola di efficacia, mentre l'art. 116 è regola di comportamento.

Maggiore è la tutela che il legislatore attribuisce al soggetto debole, tanto più incisivo appare il contenuto degli obblighi informativi.

L'assunto è confermato da quanto disposto dall'art. 124 T.u.b., inserito nella disciplina del credito al consumo, che specifica maggiormente il contenuto delle informazioni precontrattuali, prevedendo anche il fine per cui devono essere fornite le informazioni. Nel dettaglio, è ivi prescritto che *«prima che egli [il cliente] sia vincolato da un contratto o da un'offerta di credito, le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, al fine di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione del contratto»*.

Inoltre, ciò che caratterizza siffatta disciplina, al pari del credito al consumo immobiliare, è la previsione dell'obbligo di forma scritta⁴⁹⁹ anche delle informazioni precontrattuali. Il requisito formale è assolto dall'utilizzo del modulo le "Informazioni europee di base sul credito ai consumatori". Il comma 5, infine, dispone che il *«finanziatore o l'intermediario del credito forniscono al consumatore chiarimenti adeguati, in modo che questi possa valutare se il contratto di credito proposto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria»*⁵⁰⁰.

Analogamente, la nuova disciplina del contratto immobiliare di credito al consumo, nell'art. 120-octies T.u.b., prescrive obblighi precontrattuali pubblicitari, attraverso l'indicazione di annunci pubblicitari che riportino il tasso di interesse, il costo del credito, l'importo totale del credito, il TAEG, l'esistenza di una futura ipoteca. In sostanza, gli obblighi informativi vengono anticipati rispetto alla fase negoziale precontrattuale.

Già l'art. 120-septies T.u.b. ribadisce che il finanziatore e l'intermediario devono comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, tenendo conto dei diritti e degli interessi dei consumatori.

Parimenti in tale disciplina il finanziatore o l'intermediario devono mettere a disposizione del cliente, in qualsiasi momento, un documento contenente le informazioni generali sui contratti di credito offerti.

Il rafforzamento degli obblighi informativi precontrattuali e l'introduzione di una valutazione del merito creditizio sono alcune delle matrici su cui si è mossa la novella

⁴⁹⁹ Si richiede che le informazioni siano fornite su supporto cartaceo o su altro supporto durevole. Nel comma 3 è previsto che *«se il contratto di credito è stato concluso su richiesta del consumatore, usando un mezzo di comunicazione a distanza che non consente di fornire le informazioni di cui al comma 1, il finanziatore o l'intermediario del credito forniscono al consumatore il modulo di cui al comma 2 immediatamente dopo la conclusione del contratto di credito»*.

⁵⁰⁰ Per un commento v. G. CARRIERO, *Art. 124. Obblighi precontrattuali*, in (a cura di) F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, III, op. cit., pp. 124ss.

legislativa sul contratto di credito immobiliare ai consumatori⁵⁰¹. La crisi finanziaria scaturente dall'esperienza dei mutui *subprime* ha evidenziato il comportamento irresponsabile⁵⁰² dei soggetti operanti nel settore⁵⁰³.

L'intento dell'intervento unionale è di rafforzare i presidi di trasparenza di un mercato efficiente e competitivo⁵⁰⁴ «*promuovendo sostenibilità nell'erogazione e assunzione dei prestiti [...] garantendo dunque ai consumatori⁵⁰⁵ un elevato livello di protezione*»⁵⁰⁶.

L'ambito oggettivo della disciplina è più ampio rispetto a quello emergente dalle disposizioni del credito al consumo ed è dettagliato nell'art. 120quinquies lett c.), secondo cui per contratto di credito si intende quello con il quale «*un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria*». Inoltre, si tratta di finanziamenti garantiti da «*un'ipoteca sul diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato*»⁵⁰⁷, ovvero di quelli finalizzati «*all'acquisto o alla conservazione⁵⁰⁸ del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato*».

⁵⁰¹ Vedi nota I cap., per un approfondimento. Sul punto, v. E. PELLECCIA, *La Direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, p. 213; A. VALZER, *La disciplina del credito ai consumatori per l'acquisto di immobili residenziali. Un approccio critico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, 6, 894ss.; T.V. RUSSO, *Credito immobiliare ai consumatori*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), op. cit., pp. 189ss.

⁵⁰² Emblematici i considerando 3 e 4 della Direttiva 2014/17/UE. Nel considerando 3, si osserva che la crisi finanziaria ha dimostrato che «*un comportamento irresponsabile da parte degli operatori del mercato può mettere a rischio le basi del sistema finanziario, portando ad una mancanza di fiducia tra tutte le parti coinvolte, in particolare i consumatori, e a conseguenze potenzialmente gravi sul piano socioeconomico*». Il Considerando 4 sottolinea i problemi emersi nei mercati del credito ipotecario all'interno dell'Unione, con particolare riferimento ai crediti denominati in valuta estera, non accompagnati «*da un'adeguata informazione e comprensione in ordine al rischio di cambio connesso*».

⁵⁰³ Sull'arg. v. F. GRECO-M. LECCI, *La trasparenza bancaria*, op. cit. pp. 99ss.

⁵⁰⁴ In tale prospettiva propone l'introduzione di regole più efficaci in materia di vigilanza P. SIRENA, *Autonomia privata e vigilanza bancaria nel diritto europeo dei contratti di finanziamento*, in ID. (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commento alla direttiva 2014/17/UE*, 2016, pp. 3ss.

⁵⁰⁵ Il riferimento al consumatore rinvia a un attore di mercato "anonimo" che «*agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*». Così A. VALZER, op. cit.

⁵⁰⁶ Così il già citato Considerando 4 della Direttiva.

⁵⁰⁷ Sull'applicazione soggettiva e oggetti cfr. T.V. RUSSO, op. cit., 1902ss.; F.P. PATTI, *Finanziamenti all'impresa, credito fondiario e (riconsiderazione del) privilegio processuale*, in *Fallimento*, 2017, pp. 253ss.; S. PAGLIANTINI, *Mutuo fondiario solutorio e l'ambaradan delle categorie civilistiche*, in *Corriere giur.*, 2016, 7, pp. 952ss.

⁵⁰⁸ La dottrina si è interrogata sul significato della locuzione «*conservazione*», escludendo che possa riferirsi alle ipotesi di "ristrutturazione", in quanto espressamente disciplinate dall'art. 122, comma 1-bis, in materia di credito ai consumatori. La soluzione emergerebbe dal considerando 15 della MCD nella parte in cui richiama i contratti di rifinanziamento o altri contratti di credito che aiutano chi abbia la proprietà integrale o parziale di un bene immobile o di un terreno a mantenerla. Cfr. sul punto R. BASSO-A. PISCHEDDA, *Sub art. 120 quinquies*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAPRIGLIONE, IV ed., III, Milano, 2018, p. 1979.

Analogamente a quanto previsto nella disciplina sul credito al consumo, anche le prescrizioni relative al credito al consumo immobiliare valorizzano la centralità della corretta indicazione del costo totale del credito. Ai sensi dell'art. 120*quinquies* lett. d, «*il costo totale del credito*» indica gli interessi e tutti gli altri costi, incluse le commissioni, le imposte e le altre spese, a eccezione di quelle notarili, che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il finanziatore è a conoscenza.

Anche per tale disciplina nel costo totale del credito sono inclusi i costi relativi ai servizi accessori connessi con il contratto di credito, compresi i premi assicurativi, se la conclusione di un contratto avente ad oggetto tali servizi è un requisito per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni offerte, nonché i costi della valutazione dei beni se essa è necessaria per ottenere il credito⁵⁰⁹.

A tal fine, il comma 15 dell'art. 4 della *MCD* ribadisce che il TAEG - su cui ci soffermerà di seguito - è costituito dal costo totale del credito espresso in percentuale annua dell'importo totale del credito, corrispondendo su base annua «*ai valori attualizzati di tutti gli impegni futuri o esistenti pattuiti dal creditore e dal consumatore*».

L'importanza del costo totale del credito emerge anche nell'ipotesi di estinzione anticipata del finanziamento, ove il consumatore ha diritto alla riduzione del costo totale del credito e, quindi, anche di tutti i costi a suo carico relativamente ai quali l'importo non dipende dalla durata del contratto di credito⁵¹⁰.

Inoltre, la *MCD* ha introdotto la nozione di «informazioni personalizzate», che il finanziatore deve fornire al cliente in vista di una sua decisione ponderata e consapevole. Tali informazioni devono essere fornite su supporto cartaceo o su altro supporto durevole attraverso la consegna del modulo denominato «Prospetto informativo europeo standardizzato» c.d. *PIES*⁵¹¹.

⁵⁰⁹ Sono invece esclusi i costi connessi con la trascrizione dell'atto di compravendita del bene immobile e le eventuali penali pagabili dal consumatore per l'inadempimento degli obblighi stabiliti nel contratto di credito.

⁵¹⁰ Il principio è stato sancito dalla Corte di Giust. UE, 11.9.2019, C-383/2018, *Lexitor*, in *Nuova giur. Comm.*, 2020, 2, p. 288ss.; con nota di G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza "Lexitor"*; F. MEZZANOTTE, *Il rimborso anticipato nei contratti di credito immobiliare ai consumatori*, in *Leggi. Civ. comm.*, 2020, 1, p. 65ss.; A. ZOPPINI, *Gli effetti della sentenza Lexitor nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, I, p.1ss. Sul recepimento di quanto statuito dalla Corte di Giust. UE v. ABF Coll. Coord. 11.12.2019, n. 26525.

⁵¹¹ Il modello da utilizzare per la redazione del *PIES* è contenuto nell'Allegato II della *MCD*. Le disposizioni della Banca d'Italia in materia di *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari prevedono* (5.2.2) che il *PIES* deve riportare i tassi di interesse su base annuale e almeno con riferimento all'anno civile; deve altresì includere una tabella di ammortamento esemplificativa quando il tasso di interesse è fisso per tutta la durata del contratto di credito, ovvero quanto il contratto prevede il rimborso differito degli interessi.

Si è quindi assistito a una progressiva specificazione del contenuto degli obblighi informativi, anche mediante l'attribuzione di maggiore rilevanza al “*private enforcement*”⁵¹².

Tuttavia, occorre interrogarsi sulle conseguenze del mancato adempimento di quanto previsto dalle disposizioni richiamate, in ragione di una mancata specifica previsione legislativa.

In particolare, nella prassi accade spesso che le “Informazioni europee di base sul credito ai consumatori” siano utilizzate anche come contratto.

Certamente la violazione di quanto prescritto dagli artt. 116, 120octies e 124 T.u.b. non può incidere sulla validità del rapporto negoziale. Ciò non esclude che possa configurarsi una responsabilità precontrattuale della Banca⁵¹³ che, rimane comunque difficile da provare e da cui far scaturire un danno per il cliente (Cfr. infra par. VIII).

IV. LA SANZIONE DEL TASSO SOSTITUTIVO

IV.1 IL FORMALISMO TRA NORMATIVA GENERALE E SPECIALE

I rapporti bancari e finanziari tra cliente e professionista sono disciplinati dai principi propri del codice civile, tra cui rivestono importanza primaria quelli riguardanti i contratti. L'art. 1325 c.c., norma che inaugura il Capo II “*Dei requisiti del contratto*” del Titolo II “*Dei contratti generali*”, del Libro IV “*Delle obbligazioni*”, indica i requisiti essenziali del contratto, ovvero accordo, causa, oggetto e forma, quando risulta essere prescritta dalla legge sotto pena di nullità. In particolare, risulta orientamento consolidato in dottrina e in giurisprudenza⁵¹⁴ ritenere come la prescrizione formale possa essere evinta anche da un'interpretazione sistematica ed assiologica degli istituti di riferimento.

Ciò premesso, i principi in materia di forma propri del codice civile – tra cui rientra la tradizionale distinzione tra forma *ad substantiam* e forma *ad probationem* – devono essere applicati anche per risolvere le problematiche afferenti alla normativa speciale, quale appunto quella del Testo Unico Bancario (d.lgs. n. 385 del 1993) e del Testo Unico in materia Finanziaria (d.lgs. n. 58 del 1998).

L'introduzione della normativa di settore nel panorama legislativo italiano ha obbligato l'interprete⁵¹⁵ a riadattare i principi tradizionali agli scopi della normativa del T.u.b.,

⁵¹² Così M. SEMERARO – A. TUCCI, op. cit., p. 1836.

⁵¹³ Sull'ammissibilità della responsabilità precontrattuale anche in presenza di un contratto valido v. Cass. 29.9.2005, n. 19024, in *Foro.it*, 2006, I, p. 1107, con nota di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*.

⁵¹⁴ M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, in *Enc. Dir.*, XVII, 1968, pp. 988ss.; N. IRTI, *Del falso principio delle libertà delle forme*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Studi in onore di Giorgianni*, Napoli, 1998, pp. 449ss..

⁵¹⁵ F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, op. cit.

introdotta proprio in ragione delle mutate esigenze giuridiche, sociali ed economiche rispetto al contesto storico in cui è stato redatto il c.c. del 1942⁵¹⁶.

Il T.u.b. e il T.u.f. di derivazione comunitaria, giova ribadire, hanno un duplice obiettivo consistente nella tutela della parte più debole del rapporto contrattuale e nel garantire l'integrità e l'efficienza del mercato.

La disciplina, infatti, è caratterizzata dalla fisiologica asimmetria informativa delle parti, ma anche dalla differente capacità di gestire le informazioni di cui si è in possesso.

In questa prospettiva, dunque, il formalismo si rivela funzionale a contrastare l'opacità formale dei contratti, consentendo l'attenuazione delle asimmetrie informative tra i soggetti interpreti della domanda e dell'offerta. Ma ciò non è sufficiente, in quanto il formalismo risulta *lato sensu* funzionale al controllo dell'attività delle imprese, permettendo la moralizzazione dell'agire delle stesse a vantaggio della fluidità ed efficienza del mercato e della fiducia degli investitori.

L'elemento formale, così come nella disciplina codicistica, assume nelle fattispecie in esame un'importanza fondamentale. Il riferimento normativo del requisito formale è l'art. 117 T.u.b, rubricato "*I contratti*" ed applicabile alle operazioni ed ai servizi bancari e finanziari. Tale disposizione prescrive che i contratti siano redatti per iscritto⁵¹⁷ e un

⁵¹⁶ P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, Laterza, 1992; R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, op. cit.

⁵¹⁷ Sulla necessità o meno ai fini della validità del contratto nell'ipotesi di mancanza di sottoscrizione da parte della Banca, si sono pronunciate le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, a seguito della rimessione ad opera dell'ordinanza n. 10447 del 27 aprile 2017 la Sez. I della Cass. Civ. Nella prassi accade che il cliente sottoscriva i singoli contratti e che questi restino in possesso della sola banca. Successivamente vi è la consegna al cliente di un altro documento identico al primo, stavolta eventualmente anche a firma dell'istituto di credito.

Dunque, non vi è l'apposizione della firma contestuale su un unico esemplare di contratto, con la conseguente possibilità che il cliente perda la copia del contratto sottoscritto dalla banca e, quindi, che rimanga nella disponibilità delle parti soltanto la copia del contratto sottoscritto dal cliente.

Per risolvere il contrasto giurisprudenziale, diffuso prevalentemente nei giudici di merito, la Suprema Corte ha interpretato funzionalmente le disposizioni in tema di forma del contratto. In altri termini, le Sezioni Unite (sent. 16 gennaio 2018 n. 868, sent. 18 gennaio 2018 n. 1201 e sent. 23 gennaio 2018 n. 1653), preso atto che non tutte le prescrizioni formali sono uguali, hanno indagato la ratio della norma, al fine di individuare quali situazioni giuridiche soggettive l'imposizione formale abbia l'obiettivo di tutelare.

Sul punto, si è ragionevolmente affermato come il consenso dell'intermediario bancario e finanziario si possa desumere dai suoi comportamenti concludenti, quali ad esempio la predisposizione unilaterale del contratto – con cui la banca ha proceduto ad un'adeguata ponderazione e rispondenza ai propri interessi rispetto al contratto quadro, in aggiunta con l'approvazione del modulo ad opera delle autorità indipendenti cui è demandata la vigilanza del settore – la consegna dell'esemplare al cliente e in ultimo la produzione in giudizio del contratto, affermando il seguente principio di diritto: «*Il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dall'art. 23 del d.lgs. 24/2/1998, n. 58, e dall'art. 117 T.U.B del d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385 è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti*». In argomento v. S. PAGLIANTINI, *Forma e modalità di un'informazione materializzata? Le SS.UU. ed un'interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.u.f.*, in *Contr.*, 2018, 1, pp. 143ss.

esemplare sia consegnato ai clienti⁵¹⁸. Si tratta di una ipotesi di nullità relativa di protezione, operando a beneficio del solo mutuatario e che può essere rilevata d'ufficio anche dal giudice⁵¹⁹.

Appare dunque innegabile che l'art. 117 T.u.b. preveda il requisito della forma scritta *ad substantiam*, la cui inosservanza ai sensi del comma 3 comporta la nullità del contratto. La sola possibilità di deroga è indicata nel comma 2, ai sensi del quale il Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR) può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma. Ciò è avvenuto, da ultimo, durante l'emergenza pandemica da SARS-COV-19, mediante la previsione di cui all'art. 4 del «decreto liquidità» (d.l. 8.4.2020, n. 23), secondo cui per i contratti bancari di carattere temporaneo – ovvero i contratti conclusi tra l'entrata in vigore del decreto e il termine dello stato di emergenza del 31.12.2020 – non era necessaria la sottoscrizione del cliente al dettaglio⁵²⁰.

Gli obblighi di forma scritta *ad substantiam* e di consegna di un esemplare contrattuale al cliente sono contenuti anche nell'art. 125bis T.u.b., relativo alla disciplina del credito al consumo e nell'art. 23 T.u.f. Tale principio può essere, quindi, definito come norma generale della contrattazione asimmetrica. L'assunto trova un'espressa conferma nell'art. 120*noviesdecies* T.u.b., disposizione di chiusura della neo-disciplina di credito immobiliare ai consumatori, la quale, non riproponendo una norma sulla forma dei contratti, rinvia espressamente all'art. 117 T.u.b.

Quanto al rispetto della forma scritta *ad substantiam*, si ritiene che non necessariamente la volontà dei soggetti di concludere il contratto debba sussistere in un unico documento⁵²¹.

IV.2. IL TASSO SOSTITUTIVO NEL T.U.B.

Si è già osservato che nel nostro ordinamento l'applicazione di risarcimenti ultracompensatori è fortemente limitata a ipotesi già tipizzate dal legislatore.

⁵¹⁸ A.A. DOLMETTA, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla l. n. 154/1992*, op. cit., pp. 386ss.

⁵¹⁹ V. PICCININI, *Il mutuo* in (a cura di) G. CRICENTI – F. GRECO, *Il nuovo diritto bancario*, Milano, Giuffrè, 2020, pp. 495ss.

⁵²⁰ Nella norma è previsto che il consenso del cliente al dettaglio possa essere espresso anche «mediante il proprio indirizzo di posta elettronica non certificata o con altro strumento idoneo», purché sia accompagnato da copia di documento di riconoscimento del contraente, si riferisca «a un contratto identificabile in modo certo e venga opportunamente conservato insieme al contratto medesimo». In argomento vedi B. BONFANTI, *La stipulazione dei contratti bancari via e-mail. A proposito dell'art. 4 del decreto liquidità*, in *diritto.bancario.it*, 7.5.2020; C. ROBUSTELLA, *La forma dei contratti bancari al tempo del Covid-19. Le misure introdotte dal decreto "liquidità" e la semplificazione delle procedure di imputabilità della dichiarazione negoziale*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2020, 2, pp. 1484ss.

⁵²¹ G. STELLA RICHTER, *Dei contratti in generale*, Milano, Giuffrè, 2016.

In ambito bancario, al di là delle ipotesi di usura che condividono presupposti e argomenti propri della disciplina penalistica, merita una particolare attenzione la disciplina della sostituzione dei tassi di interesse nel caso di illegittimità delle relative clausole.

Nell'art. 117 T.U.B. al comma 4 – norma che esula dalle fattispecie di credito al consumo - è sancito come “*i contratti debbano indicare il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizioni praticati, inclusi, per i contratti di credito gli eventuali maggiori oneri in caso di mora*”. La disposizione persegue il principale obiettivo di trasparenza delle condizioni contrattuali tra parti poste in una posizione fisiologicamente asimmetrica.

Il legislatore reputa la forma scritta come l'unica idonea a garantire consapevolezza e certezza del contratto che si procede a stipulare e di cui i tassi di interesse ricoprono un'importanza primaria. A conferma di ciò e al fine di rafforzare tali prescrizioni intervengono il comma 6 e il comma 7 dell'art. 117 T.u.b. Nel comma 6 è previsto che si considerano nulle e non apposte “*le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati*”.

Appare chiara e condivisibile la scelta del legislatore di evitare la prassi contrattuale che, facendo rinvio agli usi, rendeva difficile e non comprensibile l'effettivo costo dell'operazione da parte del cliente più debole. L'ottica del legislatore è sempre quella di garantire la tutela del contraente debole e la certezza dei traffici dei mercati.

Occorre evidenziare che il comma 6 prevede l'impossibilità di applicare tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli di quelli pubblicizzati. In altri termini è vietata la deroga *in pejus*, ma non quella *in melius*. Tale disposizione consente di giungere ad una doppia valutazione: innanzitutto conferma la scelta del legislatore di una normativa a tutela del cliente, ma soprattutto dimostra lo stretto e necessario legame tra fase precontrattuale e fase contrattuale: gli elementi su cui si forma la volontà del soggetto diventano parte integrante del contratto, consentendo di contestare un'eventuale difformità tra ciò che è stato pubblicizzato e ciò che nel caso concreto è stato applicato: tale difformità è sanzionata con il rimedio della nullità.

L'informazione precontrattuale diventa parametro di controllo e di riscontro anche dei servizi pubblicizzati.

Il comma 7 prescrive poi – nel caso di inosservanza del comma 4, ovvero di non determinazione per iscritto dei tassi di interesse o di ogni altro costo per il cliente e, nelle ipotesi delle nullità indicate dal comma 6 – la sostituzione del tasso e del prezzo indicato.

Nello specifico, il comma 7 distingue tra l'applicazione di:

a) Tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli simili eventualmente indicati dal Ministero dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto, o se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione.

b) Gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto, o se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto.

Con riferimento alle conseguenze degli inadempimenti delle disposizioni citate, il legislatore ha reputato eccessivamente gravoso ricorrere al regime tradizionale della nullità. Un simile meccanismo risulterebbe di interesse contrario rispetto alla situazione giuridica del cliente, tutelato dalla norma e il quale avrebbe certamente interesse alla validità dell'operazione, ma a costi minori rispetto a quelli scaturenti dal comportamento abusivo del contraente più forte. Per questo motivo, è prevista *ex lege* la sostituzione automatica della previsione nulla. Rispettivamente la lett. a) trova applicazione nel caso in cui i tassi di interesse non siano indicati per iscritto: la sostituzione avviene con i BOT annuali che sono di gran lunga inferiori ai tassi bancari applicati nelle operazioni contrattuali. In aggiunta è previsto un doppio alternativo meccanismo per il calcolo dei BOT, sempre in un'ottica di *favor* per il cliente.

Per quanto riguarda la lett. b), inerente agli altri prezzi e condizioni pubblicizzati, la sostituzione avviene con ciò che è stato effettivamente pubblicizzato nella fase precontrattuale e su cui si è formata e consolidata la volontà del soggetto prima e l'accordo poi. Qualora nel caso concreto sia stata totalmente omessa qualsivoglia forma di pubblicità, i relativi costi addebitati saranno considerati illegittimi.

In giurisprudenza è stato dibattuto il regime di applicabilità del tasso sostitutivo in rapporti precedenti all'entrata in vigore del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, lamentando la violazione dell'art. 3 Cost. (C. Cost. 18 dicembre 2009, n. 338). Sebbene la giurisprudenza non fosse inizialmente univoca, l'opinione che è prevalsa⁵²² ha ritenuto di applicare la disciplina esaminata dell'art. 1284 c.c. comma 3, che prevede che nel caso in cui si applichino interessi superiori alla misura legale e questi non siano determinati per

⁵²² Cfr. Cass. Civ. 11 aprile 2014, n. 8598, in *dejure.it*; Trib. Lecce, sez. distaccata Maglie, 16 dicembre 2009 n. 407, in *dejure.it*.

iscritto, gli stessi sono dovuti nella misura legale, mettendo così un punto certo sull'irretroattività dell'art. 117 T.u.b. comma 7.

Dunque, nell'ipotesi di applicazione di un tasso più sfavorevole rispetto a quello pubblicizzato, la Banca subisce l'applicazione del tasso BOT.

Tale rimedio non può certamente essere considerato quale espressione della teoria secondo cui la responsabilità civile assolve ad una funzione meramente riparatoria. Se così fosse, la nullità della condizione contrattuale comporterebbe l'applicazione del tasso pubblicizzato, su cui il cliente aveva riposto un legittimo affidamento e sul quale si era formato il suo consenso consapevole. La finalità della norma è, invece, deterrente e sanzionatoria e ha l'obiettivo di conformare il comportamento degli Istituti di credito, confidando che gli stessi in futuro si astengano da simili inadempimenti.

La sanzione irrogata dal legislatore è la previsione dell'applicazione di un tasso BOT, di gran lunga inferiore rispetto ai tassi normalmente pubblicizzati e applicati.

Merita altresì particolare attenzione l'art. 117 comma 8 T.u.b.⁵²³, nella parte in cui 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*»⁵²⁴.

IV.3 IL CONTENUTO DEL CONTRATTO NELLA DISCIPLINA DEL CREDITO AL CONSUMO

Il meccanismo sostitutivo previsto dall'art. 117 T.u.b. è replicato nella disciplina del credito al consumo e, in particolare, nell'art. 125bis T.u.b.

Come già evidenziato nel primo capitolo, la disciplina del credito al consumo, contenuta nella Direttiva 2008/48/CE, è stata recepita con il d. lgs. 13 agosto 2010 n. 141, entrato in vigore il 19 settembre 2010⁵²⁵, con una conseguente sostanziale riforma del capo II del Titolo VI del T.u.b.⁵²⁶.

⁵²³ Sulle modifiche intercorse alla disposizione v. G. DE NOVA, *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011; d. 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.

⁵²⁴ La peculiarità di attribuzione del potere normativo a Banca d'Italia di determinare il contenuto dei contratti è stata oggetto di ampio dibattito in dottrina. 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.; A. TIDU, *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari* (voce), in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994, p. 1 ss.; 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. 247.

⁵²⁵ Sull'interpretazione evolutiva della disciplina del credito ai consumatori si rinvia a M. SEMERARO – A. TUCCI, *Il credito ai consumatori*, in (a cura di) E. CAPOBIANCO, *op. cit.*, 1823ss. Per un ampio richiamo bibliografico si rinvia alla nota 117 del I capitolo.

⁵²⁶ In relazione alla disciplina applicabile in epoca anteriore all'entrata in vigore dell'art. 125bis T.u.b., la disposizione di riferimento era l'art. 124 T.u.b. che prevedeva (comma 1) che «*ai contratti di credito al*

Con tale novella il legislatore unionale ha inteso maggiormente rafforzare la tutela dei clienti richiedenti il credito per fabbisogni della famiglia. I consumatori, in quanto soggetti normalmente non avvezzi alla conclusione di contratti bancari, sono divenuti destinatari di una disciplina *ad hoc*, ove gli obblighi informativi, soprattutto in termini di costi del credito, si sono resi ancor più stringenti.

Inoltre, con tale intervento legislativo si è voluta arginare la disparità sostanziale tra le normative nazionali. A tal proposito, il Considerando 8 della direttiva 2008/48/CE, recepita dall'ordinamento italiano, affermava che «È opportuno che il mercato offra un livello di tutela dei consumatori sufficiente, in modo da assicurare la fiducia dei consumatori. Ciò dovrebbe rendere possibile la libera circolazione delle offerte di credito nelle migliori condizioni possibili sia per gli operatori dell'offerta sia per i soggetti che rappresentano la domanda, sempre tenendo conto di situazioni particolari negli Stati membri».

L'ambito applicativo della disciplina si rinviene nell'art. 121 lett. c, che definisce il contratto di credito al consumo quel «contratto con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria». Il credito deve essere concesso per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta.

Tali premesse sono fondamentali per comprendere la rilevanza del concetto di TAEG⁵²⁷, ovvero “tasso annuo effettivo globale” che, ai sensi dell'art. 121 lett. m) T.u.b., indica il costo totale del credito per il consumatore espresso in percentuale annua dell'importo totale del credito.

Tale voce fornisce, quindi, un dato sul reale costo dello stesso, onnicomprensivo di tutti gli oneri e assolve a una funzione orientativa delle scelte del consumatore. Pertanto, è ciò

consumo si applica l'articolo 117, commi 1 e 3” – che stabiliscono rispettivamente l'obbligo della forma scritta “ad substantiam” per i contratti bancari e la nullità relativa degli stessi in caso di inosservanza del requisito formale - ed al secondo comma, lettera c), sanciva l'obbligo per i contratti di credito al consumo di indicare il T.A.E.G.; inoltre il comma 5 della suddetta norma prevedeva che “Nei casi di assenza o nullità delle clausole contrattuali, queste ultime sono sostituite di diritto secondo i seguenti criteri: a) il TAEG equivale al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro del tesoro, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto”. Prima della modifica apportata dal D.Lgs. n. 141/2010 al disposto dell'articolo 125-bis T.U.B. nessuna norma prevedeva espressamente la comminatoria della nullità parziale della clausola che prevedesse in modo non corretto il TAEG. Sull'ammissibilità del tasso sostitutivo nell'ipotesi di applicazione di TAEG inferiore rispetto a quanto pattuito nella normativa previgente, propende il maggioritario orientamento giurisprudenziale (ex multis Trib. Salerno 505/2020).

⁵²⁷ La nozione di TAEG è stata introdotta con l'art. 19 della L. n. 142/1992, nell'art. 19.

che determina la scelta del consumatore di concludere o meno un contratto di credito al consumo.

L'art. 121 comma 3 T.u.b. ha attribuito alla Banca d'Italia il potere di stabilire, in conformità alle Delibera del CICR, *"le modalità di calcolo del TAEG, ivi inclusa la specificazione dei casi in cui i costi di cui al comma 2 sono compresi nel costo totale del credito"*. Così Banca d'Italia, nell'emanare le disposizioni sulla "Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari" del 9.2.2011, ha stabilito che il TAEG è comprensivo degli interessi e di tutti i costi, inclusi gli eventuali compensi di intermediari del credito, le commissioni, le imposte e tutte le altre spese che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito, escluse le spese notarili. Nel TAEG sono inclusi i costi, di cui il finanziatore è a conoscenza, relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito e obbligatori per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni offerte.

Il TAEG tiene conto dei periodi in cui vengono effettuati i rimborsi (e quindi il tasso effettivo) e considera, inoltre, le altre spese che il debitore deve sostenere obbligatoriamente oltre agli interessi, tra cui le spese di gestione ed incasso delle rate, le spese di istruttoria della pratica, le spese per le assicurazioni o garanzie, intese ad assicurargli il rimborso totale o parziale del credito in caso di morte, invalidità, infermità o disoccupazione del consumatore.

Dal 1° giugno 2011 il calcolo del Taeg comprende anche gli oneri fiscali (come, ad esempio, l'imposta di bollo) e l'eventuale compenso riconosciuto dal cliente ad un intermediario del credito per l'ottenimento del finanziamento. All'interno del Taeg non sono invece compresi gli eventuali oneri notarili e le assicurazioni facoltative. Invero, ciò che preme conoscere al consumatore è il prezzo di cui effettivamente e complessivamente dovrà farsi carico per avere il finanziamento: ciò è rappresentato dal TAEG, verso cui è fatto obbligo di far confluire tutti i costi anche quelli indiretti⁵²⁸.

Come già evidenziato, l'art. 125 bis comma 1 T.u.b. attiene alle prescrizioni formali, espressioni del c.d. "neoformalismo" e riportanti lo schema di cui all'art. 117 T.u.b.

Anche in tale fattispecie, il supporto duraturo risulta funzionale all'esigenza di evitare pratiche fraudolente delle banche e, soprattutto, – considerata la durata del rapporto di credito – permette al cliente, in qualsiasi momento, di controllare la corretta applicazione delle prescrizioni pattuite.

⁵²⁸ M. GORGONI, *I contratti di credito ai consumatori*, op. cit., p. 541ss.

L'art. 125 *bis* comma 2 T.u.b. opera un rinvio all'art. 117 commi 2, 3, e 6 nonché agli artt. 118 e 119, comma 4 e 120 comma 2 T.u.b.

Vi è dunque un rinvio espresso alle prescrizioni dell'art. 117 T.u.b. relative alla possibilità da parte del CICR, esclusivamente per motivate ragioni tecniche, di prevedere la stipulazione del contratto in altra forma (comma 2) e alla disciplina delle conseguenze in caso di difetto di forma e di contenuto del contratto (commi 3 e 6).

Invece, il comma 6 dell'art. 125bis prevede un *quid pluris* rispetto alla disciplina dell'art. 117 T.u.b., imponendo l'indicazione corretta, non solo dei tassi e dei costi applicati al rapporto, ma anche del TAEG pubblicizzato. In particolare, il comma 6 prescrive che *«Sono nulle le clausole del contratto relative a costi a carico del consumatore che, contrariamente a quanto previsto ai sensi dell'art. 121, comma 1, lett. e)⁵²⁹ non sono stati inclusi o sono stati inclusi in modo non corretto nel TAEG pubblicizzato nella documentazione predisposta secondo quanto previsto dall'art. 124. La nullità della clausola non comporta la nullità del contratto»*.

Nelle ipotesi di assenza o di nullità delle clausole contrattuali opera il medesimo meccanismo sostitutivo adottato dall'art. 117 T.U.B comma 7. Infatti, ai sensi del comma 7 del 125 *bis*: a) *“Il TAEG equivale al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministero dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto, nessuna altra somma è dovuta dal consumatore a titolo di tassi di interesse commissioni o altre spese; b) la durata del credito è di trentasei mesi”*.

In altri termini nell'ipotesi in cui il TAEG applicato nel corso del rapporto diverge da quello pubblicizzato e pattuito, il cliente può invocare l'applicazione del tasso BOT, in luogo di quello applicato dalla Banca.

L'applicazione del tasso sostitutivo, anche nelle fattispecie in cui sia indicato contrattualmente un TAEG inferiore rispetto a quello reale, è stata confermata dal Collegio di Coordinamento ABF⁵³⁰. Infatti, non si può ammettere una visione separata e autonoma dei commi 6 e 7 dell'art. 125bis T.u.b., i quali devono intendersi come rappresentativi della medesima regola, espressione di *«due facce della stessa medaglia»*. Di talché trova applicazione il principio secondo cui *«nulla la clausola relativa al costo*

⁵²⁹ Il richiamato art. 121 comma 1 lett. e) definisce il costo totale del credito come *«gli interessi e tutti gli altri costi, incluse le commissioni, le imposte e le altre spese, a eccezione di quelle notarili, che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il finanziatore è a conoscenza»*.

⁵³⁰ Il riferimento è alla decisione del Collegio ABF n. 1430/2016.

in sé considerata, onde nulla è dovuto per tale titolo, è anche nulla la clausola relativa al TAEG che non ha previsto quel costo».

Un simile principio di diritto è rispettoso di quanto statuito dalla Corte di Giustizia⁵³¹, secondo cui la clausola che non consenta al consumatore di avere piena conoscenza delle condizioni della futura esecuzione del contratto sottoscritto, al momento della sua conclusione, e conseguentemente di disporre di tutti gli elementi idonei a incidere sulla portata del suo impegno, viola l'art. 4 par. 2 della Direttiva 93/13/CEE, in quanto mancante di chiarezza.

In altri termini, la Banca viene «sanzionata», con l'applicazione del Tasso Bot, il cui valore è di gran lunga inferiore rispetto ai tassi applicati e senza la debenza delle ulteriori somme.

Anche in tale fattispecie, dunque, l'applicazione della teoria riparatoria del risarcimento del danno avrebbe comportato la sostituzione del TAEG applicato con quello pubblicizzato, oggetto di accordo tra le parti. Del resto, la perdita economica subita dal cliente consisterebbe nel *surplus* pagato tra quanto pubblicizzato e quanto applicato in corso di rapporto. Dunque, l'interesse insoddisfatto del cliente sarebbe quello di veder correttamente applicate le condizioni su cui si è formato il suo consenso.

Invece, il legislatore, conformemente alla *ratio* dell'intera disciplina, partendo dalla condotta del soggetto agente, che ha beneficiato e abusato della propria posizione di vantaggio in palese violazione delle norme in tema di buona fede⁵³², correttezza e diligenza, impone la sostituzione del TAEG viziato con i tassi BOT.

Tanto poiché gli interessi tutelati, non solo dagli artt. 117 e 125bis T.u.b., ma dall'intera disciplina contenuta nel Testo Unico Bancario, sono molteplici e riguardano sia la tutela del cliente, sia la tutela di trasparenza e del corretto funzionamento del mercato. I soggetti bancari, quali soggetti necessari per lo svolgimento dell'attività del Paese, ricoprono un ruolo dalla spiccata importanza sociale. La trasparenza è vista come un bene giuridico

⁵³¹ CGUE C-448/17 del 20.9.2018. Si veda anche Corte di Giustizia UE, Sez. VI, 19 dicembre 2019, C-290/19 – Pres. Safjan, Rel. Jääskinen, che chiarisce che l'articolo 10, paragrafo 2, lettera g), della direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE del Consiglio, come modificata dalla direttiva 2011/90/UE della Commissione, del 14 novembre 2011, deve essere interpretato nel senso che osta a che, in un contratto di credito al consumo, il tasso annuo effettivo globale sia espresso non da un tasso unico, ma mediante un intervallo che rinvia ad un tasso minimo e ad un tasso massimo.

⁵³² Sullo stretto rapporto tra buona fede e trasparenza v. A. DI MAJO, *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, I, p. 294; E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti coi consumatori)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, pp. 96ss.; E. CAPOBIANCO, *Profili generali della contrattazione bancaria*, in (a cura di) ID., *Contratti bancari*, op. cit., p.22.

autonomo, di talché comportamenti scorretti del soggetto bancario sono sanzionati dal legislatore.

Giungere a tali conclusioni significa, tuttavia, affermare la natura polifunzionale di simili previsioni proprie dell'esperienza bancaria che assolvono, dunque, contemporaneamente a una funzione riparatoria e a una deterrente - sanzionatoria.

Pertanto, è ragionevole sostenere che dette disposizioni costituiscono degli esempi di risarcimenti ultracompensatori. Se così non fosse, il legislatore non avrebbe imposto la sostituzione del tasso applicato non corretto con quello BOT, ma avrebbe previsto l'applicazione del tasso pubblicizzato e pattuito, con riferimento al quale il cliente aveva manifestato la sua volontà di concludere il contratto.

Ma l'intento del legislatore non è in tale fattispecie ristorare il cliente della perdita effettivamente subita, piuttosto quello di sanzionare la Banca, per la violazione delle prescrizioni che maggiormente realizzano la funzione di trasparenza nel momento contrattuale.

Del resto, il solo effetto restitutorio non avrebbe alcun effetto dissuasivo, posto che l'unico "pericolo" cui andrebbe incontro la Banca consisterebbe nel dover riportare i costi alle condizioni pubblicizzate e pattuite. La previsione della sostituzione con il tasso Bot, invece, è idonea altresì a svolgere una funzione di deterrenza per gli inadempimenti posti in essere dai soggetti professionali.

L'attenzione del legislatore si spiega anche in ragione del duplice interesse perseguito dalla normativa di settore, ovvero la tutela del cliente e l'integrità del mercato.

IV.4 LA DIFFERENZA TRA ISC E TAEG

Preso atto dell'importanza ricoperta dal TAEG nella disciplina di credito al consumo, è interesse della ricerca soffermarsi sulle differenze e sulle analogie tra l'ISC (indicatore sintetico), di cui all'art. 117 T.u.b. e il TAEG ex art. 125bis T.u.b.⁵³³. Successivamente, l'indagine verterà sulla disciplina del credito al consumo immobiliare.

Con l'art. 9 della Delibera CICR 4 marzo 2003, è stato introdotto l'Indicatore Sintetico di Costo (ISC), demandando a Banca d'Italia il compito di individuarne l'ambito di applicazione. Banca d'Italia, in data 25.7.2013 e in aggiornamento alle proprie Istruzioni di Vigilanza, ha stabilito che il contratto e il documento di sintesi devono contenere l'ISC,

⁵³³ Sull'argomento si rinvia a F. FIORUCCI, *Controversie bancarie: casi e soluzioni giurisprudenziali*, II, Milano, Giuffrè, 2021, pp. 75ss.

da calcolarsi conformemente alla disciplina del TAEG (in realtà si tratta di ISC) nelle ipotesi di mutui, anticipazioni bancarie e altri finanziamenti⁵³⁴.

Inoltre, la disciplina sulla Trasparenza bancaria, di cui alla Circolare della Banca d'Italia del 29 luglio 2009, ha introdotto l'obbligo di indicazione dell'ISC ai conti correnti destinati ai consumatori e alle aperture di credito rivolte ai clienti dal dettaglio.

L'ISC⁵³⁵ è assimilato al TAEG per quanto attiene ai criteri di calcolo, ma diverge sul piano dei rimedi. Invero, l'errata indicazione dell'ISC non determina la nullità del contratto o delle clausole⁵³⁶, dando luogo unicamente a un'ipotesi di responsabilità precontrattuale dell'ente creditore⁵³⁷.

L'art. 117 T.u.b. non impone, diversamente dall'art. 125bis T.u.b., l'indicazione corretta della voce totale del costo del credito, limitandosi a prescrivere l'indicazione in contratto di tutti i costi e tutti i tassi del finanziamento. Invero, è solo nell'art. 116 comma 1bis T.u.b., relativo agli obblighi precontrattuali, ad essere previsto l'obbligo di indicazione dell'Indicatore Sintetico di Costo. La funzione è quella di offrire alla clientela uno strumento utile per confrontare i costi derivanti dal contratto con le altre offerte disponibili sul mercato⁵³⁸.

Ma, giova ribadire, non è previsto che l'ISC sia uno degli elementi contrattuali.

Dalla mancanza di una simile previsione legislativa, la giurisprudenza maggioritaria ha tratto la conclusione secondo cui eventuali vizi dell'ISC non determinino la nullità della clausola così come invece accade in presenza di vizi del TAEG nell'ipotesi di credito al consumo.

Argomenta la giurisprudenza⁵³⁹ che l'ISC informa il mutuatario del costo complessivo del credito erogato, mentre le varie voci di costo – interessi, spese e commissioni – sono pattuite in altre specifiche clausole, con la conseguenza che l'ISC non rappresenterebbe una specifica condizione da applicare al contratto di finanziamento, svolgendo

⁵³⁴ In particolare, si veda il Paragrafo 9, Sez. II “Pubblicità e informazione precontrattuale”. Sono invece esclusi i contratti di leasing. In tal senso ABF Roma dec. n. 4974/2015, ABF Milano dec. n. 16904/2018; ABF Milano, dec. n. 26933/2018.

⁵³⁵ L'ISC è stato introdotto dalla dir. 90/88 e recepito dalla delibera CICR del 4.3.2003 n. 286.

⁵³⁶ G. LIACE, *Le nuove istruzioni di vigilanza in tema di interpretazione bancaria*, in *Contr. Impr.*, 2003, 1580ss.

⁵³⁷ Cfr. Trib. Roma 3 gennaio 2018, n. 121; Trib. Taranto, 4 giugno 2018, in *dejure.it*.

⁵³⁸ C. URBANI, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAPRIGLIONE, op. cit. p. 1862.

⁵³⁹ Già richiamate nella nota 172, cfr. Trib. Napoli, sez. II, 12.2.2021, Trib. Taranto 12.4.2021 n. 864; Trib. Milano, set. n. 10832/2017, reperibili su www.dirittodelrisparmio.it; Trib. L'Aquila, sent. n. 423/2021; Trib. Milano 3.4.2021; Trib. Bologna 5.3.2021 n. 498, reperibili su www.expartecreditoris.it; Trib. Verona 21.6.2018, n. 1743, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, 1, II, p. 127; Trib. Torino 14.11.2018, n. 5233, in *Il societario.it*, 2019; App. Torino, 28.1.2020, in www.ilcaso.it.

unicamente una funzione informativa finalizzata a porre il cliente nella posizione di conoscere il costo totale effettivo del finanziamento prima di accedervi.

Del resto, la giurisprudenza di merito ha precisato che l'ISC non rientra nella nozione di prezzo che, ai sensi dell'art. 117 comma 6 T.u.b., deve essere correttamente indicato nel contratto o nel separato documento di sintesi, giacché non determina alcuna condizione economica direttamente applicabile al contratto, ma assolve unicamente ad una funzione informativa di trasparenza, consentendo al cliente di conoscere preventivamente il costo complessivo del finanziamento. Conseguentemente, l'erronea indicazione dell'ISC/TAEG non determinerebbe una maggiore onerosità del finanziamento, ma solo un'erronea interpretazione del suo costo complessivo, la cui errata previsione non comporterebbe, pertanto, la sanzione della nullità di cui al citato art. 117, comma 6, T.u.b.⁵⁴⁰. Per granitico orientamento della giurisprudenza di merito, quindi, l'erronea indicazione dell'ISC non incide sulla validità delle clausole contrattuali ex art. 117 T.u.b., ma può rilevare eventualmente sotto il profilo della responsabilità della banca e del risarcimento dei danni qualora ne vengano dedotti gli elementi costitutivi⁵⁴¹.

Certamente l'interpretazione letterale della disposizione non consente di condividere l'ulteriore e minoritario orientamento giurisprudenziale formatosi sulla disciplina. In particolare, si è valorizzata la previsione di cui all'art. 117 c. 8 T.u.b., il quale stabilisce che «*la Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti [...] abbiano un contenuto tipico determinato [...]. I contratti difformi sono nulli*», nonché l'obbligo previsto dall'art. 9 della delibera CICR 4.3.2003 di rendere noto l'ISC. La conseguenza della errata indicazione dell'ISC sarebbe la nullità della clausola⁵⁴².

Tuttavia, l'art. 117 T.u.b., contrariamente a quanto previsto dall'art. 125bis T.u.b., non impone l'esatta indicazione dell'ISC. Inoltre, come si è già osservato le Disposizioni in Materia di Trasparenza bancaria impongono l'indicazione dell'ISC/TAEG nei contratti di mutui unicamente nel foglio informativo e nel documento di sintesi, ma non nel contratto, sicché la relativa omessa indicazione non è soggetta alle conseguenze di cui all'art. 117 T.u.b.

La situazione appena descritta conferma la mancanza di organicità della disciplina.

⁵⁴⁰ Trib. Roma 27.5.2019, consultabile su *dejure.it*.

⁵⁴¹ Trib. Bologna n. 498 del 03.03.2021; Trib. L'Aquila n. 423 del 16.06.2021; Trib. di Roma, sez. XVII, sent. 23/09/2019, n. 17990; Trib. di Torino, sez. I, sent. 21/09/2020, n.3213; Trib. Torino 14.6.2018; Trib. Milano sent. n. 10832/2017; Trib. Trapani 12.5.2021; Trib. Sulmona sez. I, 14/04/2022, n.94, Trib. Palermo sez. V, 03/06/2020, n.1605, tutte consultabili su *dejure.it*.

⁵⁴² Trib. Napoli, 20.5.2015, Trib. Cagliari 29.3.2016, in *ilcaso.it*. La struttura ontologica di elemento conoscitivo fondamentale dell'operazione rende l'ISC un elemento costitutivo del contratto. In senso conforme v. Trib. Padova 9.1.2018, Trib. Ancona 31.5.2018; Trib. Teramo 28.5.2018, in *dejure.it*.

Se infatti il TAEG/ISC assolve ad una funzione informativa, non si comprende perché in materia di credito al consumo, la sua violazione comporta il rimedio sostitutivo di cui al comma 7 dell'art. 125bis T.u.b., mentre al di fuori dell'ambito di applicazione della disciplina di credito al consumo costituirebbe, al più, una responsabilità precontrattuale, difficile da provare.

Del resto, l'art. 122 T.u.b., nello stabilire l'ambito di applicazione della disciplina di credito al consumo, sancisce come limite di importo quello di € 75.000,00, a esclusione dei finanziamenti strumentali alla ristrutturazione di un immobile⁵⁴³. Con la conseguenza che se uno stesso consumatore concludesse un contratto di finanziamento o, ad esempio, un mutuo fondiario per importi superiori, ove quindi l'esigenza di rafforzamento degli obblighi informativi è ancor più stringente, il TAEG non assolverebbe più alla medesima funzione di cui all'art. 125bis. Ciò rappresenta un vero paradosso.

Inoltre, la disciplina sul credito al consumo immobiliare non ripropone una disposizione simile all'art. 125bis T.u.b.

Nella disciplina del credito immobiliare al consumatore è prevista l'indicazione del TAEG soltanto negli annunci pubblicitari (art. 120octies comma 2 T.u.b.) e nel Prospetto informativo europeo standardizzato, ossia nel c.d. PIES (art. 120novies comma 2 T.u.b.). Gli scopi del PIES e delle prescrizioni sulla corretta indicazione del TAEG sono finalizzati a consentire al consumatore di «confrontare i crediti disponibili sul mercato, valutarne le implicazioni e prendere una decisione informata sull'opportunità di concludere un contratto di credito»⁵⁴⁴.

Tuttavia, l'art. 120noviesdecies T.u.b., norma di chiusura della disciplina, rinvia all'art. 117 T.u.b. che, giova ribadire, non prevede la nullità della clausola per omessa o errata indicazione del TAEG, riferendosi esclusivamente a “tassi, prezzi e condizioni”.

Ciò rappresenta un grave *vulnus* della disciplina, su cui si tornerà approfonditamente in seguito (infra par. VIII.2).

V. LE POLIZZE ASSICURATIVE ABBINATE AI FINANZIAMENTI

Nella prassi accade spesso che, contestualmente al contratto di credito, il cliente stipuli delle polizze assicurative a copertura del credito dovuto dallo stesso in favore della Banca.

⁵⁴³ Non rientrano neppure i finanziamenti destinati all'acquisto o alla conservazione di un diritto di proprietà su un immobile, o garantiti da ipoteche su immobili, nonché alcune tipologie di contratti o che si caratterizzano per la sostanziale gratuità o che, sotto il profilo funzionale, non vedono la prevalenza dello scopo di finanziamento.

⁵⁴⁴ Così l'art. 14 comma 1 MCD.

I prodotti assicurativi, in tali fattispecie, assolvono a funzioni di garanzia del credito⁵⁴⁵, da eventi attinenti al bene oggetto dell'acquisto finanziato oppure da un evento attinente alla persona o alla vita del debitore finanziato, tale da incidere sulla sua capacità di produrre reddito⁵⁴⁶.

L'esistenza di un collegamento funzionale tra contratto di finanziamento e quello assicurativo esige un innalzamento dei canoni di correttezza e buona fede anche in relazione ai contratti di assicurazione. Tanto poiché sussiste la concreta possibilità che i prodotti assicurativi non siano adatti alle esigenze del cliente, ma solo a quelle di guadagno dell'intermediario-beneficiario. Invero, nella maggior parte delle fattispecie la banca opera sia come distributore del prodotto sia come diretta beneficiaria dell'assicurazione, con evidente e concreto pericolo di conflitto di interesse con il cliente. Del resto, con tale pratica la banca è indotta a collocare presso il cliente polizze remunerative per il distributore e meno protettive per il cliente.

La contestuale sottoscrizione del contratto di credito e del correlato contratto di assicurazione ha dato origine a un elevato contenzioso innanzi alla giurisprudenza e all'ABF.

Uno dei problemi più discussi attiene all'incertezza interpretativa circa l'inclusione o meno dei costi delle polizze assicurative all'interno del TAEG⁵⁴⁷.

Si tratta di stabilire se e quali polizze debbano essere correttamente incluse nel calcolo del TAEG.

Ovviamente, nulla *quaestio* nell'ipotesi di polizza definita obbligatoria già dalla Banca in sede di sottoscrizione del contratto, in ragione di quanto prescritto nell'art. 121 comma 1 lett. e), secondo cui le polizze assicurative obbligatorie, in quanto costi «che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito» devono essere incluse nel calcolo del TAEG, pena le conseguenze di cui all'art. 125bis c. 6 e 7 T.u.b.

Non risulta, invece, dirimente la qualifica di polizza facoltativa fornita dall'intermediario.

⁵⁴⁵ Sul tema si segnalano P. CORRIAS, *Le polizze collegate ai mutui: spunti di riflessione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, 1, pp. 135ss.; ID., *Collegamenti e interferenze tra le attività bancaria e assicurativa*, in *Riv. giur. sarda*, 2018, 2, pp. 1ss.; A. TINA, *Contratti di finanziamento personale e copertura assicurativa*, in *Giur. comm.*, 2018, 5, pp. 789ss.; S. LANDINI, *Contratti di assicurazione collegati a contratti bancari e tutela dell'assicurato*, in *Ass.*, 2016, I, pp. 5ss.

⁵⁴⁶ Sull'argomento v. A. GENOVESE – M. RANIELI, *Contratti bancari e disciplina delle pratiche*, in (a cura di) E. CAPOBIANCO, op. cit., pp. 560ss.; D. CERINI, *Il credito ai consumatori e la garanzia del finanziamento mediante lo strumento assicurativo*, in *Contrato e impresa Europa*, 2004, 1, p. 361.

⁵⁴⁷ G. DE NOVA, *La nuova trasparenza bancaria: le principali discontinuità*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, 3 pp. 333ss.; F. QUARTA, *Assicurazione e costo totale del credito, Rilevanza della payment protection insurance nel computo del TAEG*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, 1, pp. 17ss.; M. CHIRONI, *Illegittima segnalazione alla centrale rischi tra polifunzionalità della responsabilità civile e sanzioni punitive*, in *Resp. Civ. prev.* 2019, 6, pp. 1963ss.

Il comma 2 dell'art. 121 T.u.b. chiarisce che nel costo totale del credito sono inclusi anche i costi relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito, compresi i premi assicurativi, se la conclusione di un contratto avente ad oggetto tali servizi è un requisito per ottenere il credito, o per ottenerlo dalle condizioni offerte. In altri termini, il costo delle polizze assicurative deve essere incluso nel calcolo del TAEG laddove il relativo contratto ha rappresentato una *condicio sine qua non* per ottenere il credito, ma anche per accedere al credito alle condizioni offerte, ovvero a quei determinati tassi, costo complessivo, condizioni, oneri, durata del finanziamento e garanzie.

Conformemente al tenore della disposizione richiamata si annoverano anche le Disposizioni in materia di Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari per la rilevazione del TAEG: *“Il TAEG è comprensivo degli interessi e di tutti i costi, inclusi gli eventuali compensi di intermediari del credito, le commissioni, le imposte e tutte le altre spese che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il finanziatore è a conoscenza, escluse le spese notarili. Nel TAEG sono inclusi i costi, di cui il finanziatore è a conoscenza, relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito e obbligatori per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni offerte”* (Sez. VII, par. 4.2.4).

Punto di partenza del seguente ragionamento logico giuridico è l'insufficienza dell'autoqualificazione – in contratto - di polizza facoltativa da parte della Banca.

La natura facoltativa o obbligatoria della polizza riverbera importanti effetti sul costo effettivo del finanziamento e sull'assolvimento degli obblighi di trasparenza imposti in capo all'Istituto di credito. Del resto, la banca dall'apparenza di facoltatività della polizza, autoassolvendosi dall'obbligo di darne conto nel TAEG, può creare la (eventuale falsa) rappresentazione di un minor costo effettivo globale praticato al cliente e, per l'effetto, avvantaggiarsi nel raffronto con altri finanziatori che, non utilizzando tale pratica, abbiano correttamente incluso quel costo accessorio nel computo del TAEG. Inoltre, il cliente non ha un potere di controllo così penetrante da spingere l'intermediario a riportare per iscritto il carattere sostanzialmente vincolato dell'offerta assicurativa.

Al fine di porre rimedio a tale prassi distorta, l'art. 28 comma 1 d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito in L. 24.3.2012, n. 27, aveva introdotto l'obbligo per le banche, gli istituti di credito e gli intermediari finanziari, nelle ipotesi in cui condizionavano l'erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo alla stipula di un contratto di assicurazione sulla vita, di sottoporre al cliente almeno due preventivi di due differenti gruppi assicurativi estranei a proprio gruppo, garantendo, comunque, al cliente di

scegliere sul mercato la polizza sulla vita più conveniente. Era altresì previsto l'obbligo per la banca di accettare eventuali ulteriori polizze senza variare le condizioni offerte per l'erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo⁵⁴⁸.

Tuttavia, tale intervento legislativo non ha arginato la prassi distorta posta in essere dagli intermediari, come evidenziato dalle indagini effettuate da IVASS⁵⁴⁹ e Banca d'Italia (illustrati nella lettera congiunta dell'agosto 2015) che dimostrano l'insufficienza e inadeguatezza del dato formale: *“Dalle risultanze degli accertamenti ispettivi autonomamente condotti nei rispettivi ambiti di competenza dall'IVASS e dalla Banca d'Italia sono emersi casi in cui l'erogazione del prestito è risultata sistematicamente abbinata alla sottoscrizione di una polizza di assicurazione nonostante la natura facoltativa di quest'ultima. Alcuni indici di ‘penetrazione assicurativa’ rilevati, risultati anche superiori all'80%, possono essere sintomatici del carattere sostanzialmente vincolato delle polizze”*⁵⁵⁰.

A ciò si aggiunga che l'art. 1, comma 135, L. n. 124/2017 ha modificato il previgente art. 28 D.L. n. 1/2012, eliminando l'obbligo della banca di fornire due preventivi di altri gruppi assicurativi⁵⁵¹. Le garanzie pensate dal legislatore sulle possibili situazioni di conflitto di interessi sono state così ridimensionate.

Vi è in realtà da evidenziare che l'art. 28 D.L. n. 1/2012, nella sua precedente formulazione, non aveva raggiunto i risultati sperati. Soprattutto, non era accertabile né provabile per il cliente l'inadempimento della Banca. Oltretutto, la norma non prevedeva alcuna conseguenza nell'ipotesi di mancata offerta di due preventivi di compagnie assicurative estranee al proprio gruppo.

In merito alla rilevanza e all'attualità del tema, si segnala la recente pronuncia della Suprema Corte,⁵⁵² chiamata a stabilire se il condizionamento dell'erogazione del mutuo

⁵⁴⁸ In precedenza, il provvedimento ISVAP n. 2946 del 6.12.2011 aveva vietato alle banche e agli istituti finanziari di essere contemporaneamente intermediario del contratto e del beneficiario delle prestazioni assicurative garantite dal contratto stesso. Sul tema v. A. FRIGNANI – D. PASCHETTA, *Le polizze abbinate ai mutui immobiliari ed al credito al consumo (il provv. Isvap n. 2946 del 6 dicembre 2011 e l'art. 28 del d.l. n. 1/2012, convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27)*, in *Dir. ed econ. Assicuraz.*, 2012, 3, p. 413.

⁵⁴⁹ Già nel luglio 2014 IVASS aveva pubblicato l'indagine congiunta sulle coperture assicurative collegate a prodotti e servizi di natura non assicurativa. In particolare, obiettivo dell'indagine era di acquisire elementi informativi in relazione alla diffusione del fenomeno, alle principali caratteristiche dei prodotti e al livello di trasparenza nel collocamento dei prodotti presso il pubblico.

⁵⁵⁰ Una seconda comunicazione congiunta avente ad oggetto l'offerta abbinati ai finanziamenti è stata adottata il 17.3.2020, consultabile sui siti istituzionali, www.ivass.it.

⁵⁵¹ Sulla portata di tali modifiche, cfr. A. ARGENTATI, *Polizze assicurative abbinate al credito e tutela del cliente: analisi critica dei più recenti sviluppi normativi*, in *Il caso.it*, 2018, pp. 13ss. L'A. sottolinea che il nuovo quadro normativo amplifica lo squilibrio negoziale tra banca e cliente.

⁵⁵² Cass. civ. 1.2.2022, n. 2989, con commento di A. CAMEDDA, *L'«abbinamento» di polizze assicurative ai contratti di credito: il sottile confine tra facoltà ed obbligo*, in *Resp. Civ. prev.*, 2022, 3, pp. 782ss.

alla stipulazione di una assicurazione sulla vita, presupposto per l'applicabilità dell'art. 28 d.l. n. 1/2012 e delle norme attuative al Reg. ISVAP n. 40/2012, possa essere integrato anche in assenza di una clausola contrattuale che prevede espressamente la polizza come condizione di erogazione del finanziamento⁵⁵³. La questione, divergente dall'indagine circa la corretta indicazione del TAEG, è stata così sottoposta al vaglio della giurisprudenza di legittimità, la quale ha ritenuto qualificabili come connessi o condizionati ad un contratto di mutuo, «*le polizze la cui stipula è stata pretesa, imposta o capziosamente indotta dal mutuante anche in via di mero fatto, a prescindere dall'inserimento nel contratto di mutuo di clausole formali che ne subordinano la validità o l'efficacia alla stipula del contratto assicurativo*». La conseguenza di una siffatta violazione è la nullità della clausola che si ponga in contrasto con la disciplina regolamentare dell'Autorità di Vigilanza, con sostituzione automatica della clausola negoziale difforme ex art. 1339 c.c.

Sul piano legislativo, è poi intervenuta la Direttiva 2016/97/UE (*Insurance Distribution Directive*, IDD), con cui è stata valorizzata la necessità di introdurre regole di comportamento dirette a salvaguardare le esigenze della clientela nella creazione e nella distribuzione dei prodotti assicurativi. La Direttiva è stata recepita dal D. Lgs. n. 68/2018 che ha modificato il codice delle assicurazioni, con una specifica disciplina delle pratiche di vendita abbinate improntata alla diversificazione degli obblighi di condotta e di trasparenza. La disciplina non si applica però nelle ipotesi in cui il prodotto assicurativo sia accessorio rispetto a un servizio o ad una attività di investimento di cui all'art. 1, comma 5 T.u.f., oppure accessorio ad un contratto di credito immobiliare ex art. 120quinquies comma 1 lett. c) T.u.b. o a un conto di pagamento ex art. 126decies T.u.b., comma 3⁵⁵⁴.

L'aspetto peculiare è che tali regole di condotta sono estese anche alle banche e agli intermediari finanziari che agiscono nella doppia veste di polizze assicurative in abbinamento (art. 109, comma 2, lett. d) c.ass.)⁵⁵⁵.

⁵⁵³ Nel caso vagliato dalla S.C. n. 2989/2022, un soggetto, contestualmente alla stipulazione del contratto di mutuo, aveva sottoscritto un'assicurazione sulla vita a copertura del rischio del credito. A seguito della morte del mutuatario, il beneficiario invocava l'operatività della polizza assicurativa, riscontrando il diniego dell'assicurazione, in quanto l'evento morte si era verificato nel periodo di sei mesi dalla decorrenza della polizza, contrattualmente previsto. Il beneficiario agiva in giudizio, invocando l'applicazione dell'art. 28 del d.l. n. 1/2012 che imponeva un periodo massimo di carenza di 90 giorni.

⁵⁵⁴ In arg. v. M. GENOVESE – M. RANIELI, *Contratti bancari e discipline delle pratiche*, in (a cura di) E. CAPOBIANCO, op. cit. pp. 562ss.

⁵⁵⁵ Ulteriori disposizioni in tema di pubblicità dei prodotti assicurativi e di regole di comportamento sono contenute nel Regolamento Ivass n. 41 del 2.8.2018, *Disposizioni in materia di informativa, pubblicità e*

Nella nuova indagine congiunta tra IVASS e Banca d'Italia, pubblicata il 17.3.2020, si fa riferimento anche alle polizze c.d. “*decorrelate*”, ovvero quelle polizze prive di collegamento funzionale con il finanziamento stesso, sollecitando, all'uopo, l'intervento dell'AGCM⁵⁵⁶. L'Autorità ha così accertato⁵⁵⁷ che i comportamenti degli intermediari avevano condizionato la libertà di scelta dei clienti, i quali erano indotti a ritenere che l'accesso al finanziamento a quelle specifiche condizioni fosse subordinato alla sottoscrizione delle polizze⁵⁵⁸.

Le condotte vagliate dalle Autorità di Vigilanza e dall'AGCM sono consistite nel non esplicitare la natura facoltativa della polizza, tacendo, quindi, la non necessarietà della relativa sottoscrizione della polizza per potere accedere al finanziamento a quelle determinate condizioni.

Del resto, rimettere alle parti spazi di autonomia in ordine alla qualificazione circa l'obbligatorietà o meno della polizza, avrebbe effetti distorsivi sui rapporti contrattuali e sulla certezza dei mercati; si correrebbe il rischio di qualificare facoltative polizze che in realtà sono obbligatorie, eludendo di conseguenza la correttezza del calcolo TAEG.

In tal senso, l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato, con più provvedimenti,⁵⁵⁹ ha evidenziato che le modalità di collocamento di polizze assicurative, prevalentemente attraverso il canale bancario, possono integrare una pratica commerciale scorretta e aggressiva, ai sensi degli artt. 21, 23, 24 e 25 c. cons. Tali disposizioni non presuppongono un collegamento funzionale tra il servizio accessorio e il relativo contratto di finanziamento.

L'attualità della problematica oggetto di esame è confermata da alcuni recenti provvedimenti dell'AGCM⁵⁶⁰, con cui quattro primari istituti di credito sono stati

realizzazione di prodotti assicurativi ai sensi del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 – Codice delle assicurazioni private, che ha sostituito il Regolamento Isvap n. 35 del 26 maggio 2010.

⁵⁵⁶ Il Tar Roma, sez. I, 2.4.2019, n. 4295, in *Foro amm.*, 2019, p. 626 ha affermato la competenza sanzionatoria di AGCM per le pratiche commerciali scorrette nel settore assicurativo, in quanto il Codice delle Assicurazioni non prevede una disciplina specifica riguardante la tutela del consumatore. Inoltre, tra il Codice del Consumo e il Codice delle Assicurazioni non sussiste alcun rapporto di specialità.

⁵⁵⁷ Alcuni accertamenti, a titolo esemplificativo Agos – Polizze Abbinate e Findomestic – Polizze Abbinate, si sono concluse con l'accettazione di impegni. Altre, come Compass – Polizze Abbinate, si è conclusa con provvedimento sanzionatorio.

⁵⁵⁸ Cfr. A. GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, op. cit. p. 214.

⁵⁵⁹ Il riferimento è ai provvedimenti del 10 marzo 2019 nn. 27606 e 27607, del 18 febbraio 2020 nn. 28156, 28157, 28158, 28159. In precedenza, Relazione annuale GCM per il 2011, p. 189, aveva evidenziato che tali pratiche di abbinamento/commercializzazione congiunta (c.d. *tie-in*) di prodotti venduti dalla stessa banca, hanno limitato la mobilità dei consumatori e, conseguentemente, prodotto effetti negativi sulle dinamiche concorrenziali del mercato. Cfr. altresì AGCM, PS4755 – BNL e Cardiff – Polizza collegata al mutuo, del 25.7.2012.

⁵⁶⁰ AGCM, PS11453 – Intesa Sanpaolo – Vendita abbinata ai mutui; PS11454 – Bnl – Vendita abbinata ai mutui; PS11455 – Ubi Banca Vendita abbinata ai mutui; PS11456 – Unicredit – Vendita abbinata ai mutui.

sanzionati per aver posto in essere pratiche aggressive per i consumatori, consistenti nel far sottoscrivere al consumatore polizze assicurative di varia tipologia, commercializzate dalle stesse Banche. Del resto, gli intermediari hanno particolare interesse nella vendita dei prodotti assicurativi, in termini di incentivi, premi e graduatorie.

Le considerazioni svolte e le indagini compiute dalle Autorità amministrative di vigilanza confermano la non sufficienza della mera qualifica di polizza facoltativa.

Pertanto, ai fini della disciplina sulla corretta indicazione del TAEG occorre, quindi, stabilire quando una polizza possa essere qualificata come obbligatoria.

Sul punto, l'ABF⁵⁶¹ ha sancito che il cliente può dimostrare l'obbligatorietà della polizza assicurativa, attraverso presunzioni «gravi precise e concordanti» desumibili dal concorso delle seguenti circostanze: la funzione di copertura del credito, la connessione genetica e funzionale tra finanziamento e assicurazione, nel senso che i due contratti siano stati stipulati contestualmente e abbiano pari durata (qualora vi sia corrispondenza di durata - nei casi di stipulazione contestuale al contratto di finanziamento - tra la durata del piano di ammortamento del finanziamento e quella della polizza); condizione ulteriore è la previsione di un capitale (polizza vita), o indennizzo (polizza danni), dovuti in caso di avveramento del rischio parametrati al debito residuo in modo che garantisca *“l'assicurato contro accadimenti in grado di minarne la capacità patrimoniale-finanziaria e, quindi, di pregiudicarne la capacità di corrispondere i pagamenti rateali, in linea con il piano di ammortamento del finanziamento già prestabilito”*.

Si può, pertanto, ragionevolmente sostenere che in presenza di tali sintomi l'erogazione del credito è subordinata alla sottoscrizione della polizza assicurativa. Questa soluzione varrà anche nel caso in cui le diverse polizze assicurative sono presentate come un 'pacchetto inscindibile' di diverse garanzie per le quali il cliente versa un unico premio indistinto. Il carattere obbligatorio della polizza assicurativa è *a fortiori* rilevante nelle ipotesi in cui il contraente e il beneficiario coincidono con lo stesso intermediario, nonché nelle fattispecie in cui lo stesso intermediario ottiene una significativa remunerazione per il collocamento della polizza.

Nell'eventualità in cui le parti indichino come facoltative le polizze sottoscritte, è il cliente a dover dimostrare la sussistenza degli elementi sopra rammentati e, quindi, il carattere dell'obbligatorietà della polizza.

⁵⁶¹ ABF, Coll. di Coordinamento – decisioni nn. 10617/17, 10620/17, 10621/17.

Ovviamente, nell'ipotesi di presenza dei suddetti elementi si riconosce una presunzione *iuris tantum* in favore del consumatore. Pertanto, in tali fattispecie è ammessa la prova contraria dell'intermediario.

A tal proposito, l'ABF ha affermato che per contrastare il valore probatorio di tali presunzioni, l'intermediario resistente è tenuto a fornire elementi di prova di segno contrario attinenti alla fase di formazione del contratto, in particolare, documentando in via alternativa:

- di aver proposto al ricorrente una comparazione dei costi (e del TAEG) da cui risulti l'offerta delle stesse condizioni di finanziamento con o senza polizza;
- ovvero di avere offerto condizioni simili, senza la stipula della polizza, ad altri soggetti con il medesimo merito creditizio;
- ovvero che sia stato concesso al ricorrente il diritto di recesso dalla polizza, senza costi e senza riflessi sul costo del credito, per tutto il corso del finanziamento.

Sulla prova di aver offerto condizioni simili, senza la stipula della polizza, ad altri soggetti con il medesimo merito creditizio, il Collegio di Coordinamento ABF⁵⁶² ha ritenuto che:

- è sufficiente la mera dichiarazione dell'intermediario circa l'uguaglianza del merito creditizio degli altri soggetti;
- è necessario che l'intermediario produca almeno due contratti;
- i soli cinque parametri e i rispettivi scostamenti del benchmark da riscontrare al fine di ritenere raggiunta detta prova sono:

1. TAN: scostamento marginale ± 50 bp;
2. durata: $\pm 25\%$;
3. importo: $\pm 25\%$;
4. periodo di offerta: ± 3 mesi;

5. coobbligati/altre garanzie: limitata varianza (quest'ultima specificata nel senso che, se il *benchmark* è senza coobbligati e l'intermediario ha prodotto due contratti "comparativi", almeno uno di questi deve essere anch'esso senza coobbligati).

In altri termini, è esclusa l'obbligatorietà della polizza assicurativa abbinata ad un credito al consumo, nelle ipotesi in cui l'intermediario fornisca la prova di aver concluso nello stesso arco temporale altri contratti di credito al consumo con altri soggetti a medesime condizioni.

⁵⁶² Il riferimento è al Collegio di Coordinamento ABF n. 16291/18.

Se condivisibili risultano gli indici presuntivi pensati dall'ABF relativamente all'onere probatorio incombente in capo al cliente, non altrettanto può sostenersi per quanto concerne la prova contraria che l'intermediario deve fornire.

In particolare, non sembra convincente la controprova relativa alla produzione in giudizio di ulteriori contratti di credito al consumo stipulati con soggetti differenti dall'attore.

Nonostante i palesi limiti della teoria innanzi rammentata, anche nella giurisprudenza di merito si registrano diverse pronunce che aderiscono alle conclusioni cui è pervenuto il Collegio di Coordinamento ABF.

In generale, la giurisprudenza di merito condivide graniticamente gli indici presuntivi che il cliente deve fornire in ordine alla prova dell'obbligatorietà della polizza assicurativa⁵⁶³. Invece, si registra un contrasto in ordine alla controprova dovuta dall'intermediario. Un primo orientamento condivide *in toto* anche le controprove che l'intermediario può fornire al fine di dimostrare la non obbligatorietà della polizza assicurativa⁵⁶⁴. Secondo altro orientamento⁵⁶⁵, si è ritenuta non provata la sussistenza di indici presuntivi di senso contrario da parte dell'intermediario, argomentando che l'uguaglianza di merito creditizio tra l'attore e soggetti diversi con cui sono stati ulteriori contratti di finanziamento non può essere dimostrata mediante la dichiarazione dell'intermediario⁵⁶⁶. Inoltre, tale orientamento ha valorizzato la funzione informativa-orientativa assoluta dal TAEG, nel cui corretto calcolo devono essere considerati anche i costi assicurativi, ogni qualvolta vi sia una contestualità tra la sottoscrizione della polizza assicurativa e la stipula del contratto di finanziamento.

Le critiche che possono essere mosse nei confronti dell'orientamento favorevole all'applicazione degli indici presuntivi di senso contrario, si muovono su una duplice matrice. La prima evidenza che i contatti stipulati tra Banca e altri clienti nulla dovrebbero rilevare nel singolo caso concreto, in ragione della spiccata specificità del rapporto sussistente tra banca e cliente.

⁵⁶³ Cfr. Trib. Taranto, n. 1769 del 23.6.2022, consultabile su *dejure.it*. con cui è stata rigettata la domanda in quanto l'attore non aveva fornito indici presuntivi volti a dimostrare la obbligatorietà della polizza, oltre alla contestualità di sottoscrizione del contratto di finanziamento e della polizza assicurativa; Trib. Torino sent. n. 747 del 22.02.2022, su *dejure.it*, ha condiviso l'orientamento ABF, concludendo per la non obbligatorietà della polizza, in ragione della: previsione del diritto di recesso entro 60 giorni dalla stipulazione, con diritto del rimborso del premio versato; produzione in giudizio di due contratti simili a quello concluso con l'attore, privi di coperture assicurative.

⁵⁶⁴ In particolare, si veda, Trib. Torino, 21.1.2021, su *dejure.it*.

⁵⁶⁵ Critica espressamente gli indici di senso contrario Trib. Salerno 505/2020, in *dejure.it*.

⁵⁶⁶ Trib. di Pisa del 7.12.2021, in *dejure.it*, ha superato la controprova, argomentando che la Banca non ha provato l'identità del merito creditizio «*nulla essendo noto a proposito dei soggetti che avrebbero stipulato i predetti contratti*».

In altri termini, l'indagine dell'interprete e, in particolare del giudicante, dovrebbe essere limitata al singolo contratto e alla contestuale verifica di obbligatorietà o meno della conclusione del contratto assicurativo nella singola fattispecie. La controprova richiesta dall'ABF non è idonea a dimostrare se per quel determinato consumatore la sottoscrizione della polizza assicurativa abbia o meno rappresentato una *condicio sine qua non* per accedere al finanziamento.

L'ulteriore censura facilmente formulabile riguarda l'impossibilità di una effettiva verifica circa il sussistente medesimo merito creditizio. Contraria ai principi del contraddittorio e del diritto di difesa si pone la mera dichiarazione unilaterale di coincidenza di merito creditizio che può essere proposta dalla Banca.

A conclusione dell'argomento, si richiama quanto previsto dalla disciplina in materia di credito immobiliare ai consumatori. L'art. 120 *octiesdecies* T.u.b. vieta espressamente la pratica di commercializzazione di un contratto di credito abbinato in un pacchetto che comprende altri prodotti o servizi finanziari distinti, qualora il contratto di credito non sia disponibile per il consumatore separatamente, in quanto parte integrante del credito. La previsione del comma 1 deve però essere integrata con la disciplina del successivo comma, ove viene fatto salvo quanto prescritto anche dalla normativa di cui all'art. 28 del d.l. 24.1.2012 n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27 e su cui ci si è già soffermati.

Un dato che sembra ormai acquisito è quello di ritenere che la polizza assicurativa stipulata nell'interesse del finanziatore e non dell'assicurato renda il relativo costo, suscettibile all'accertamento dell'usurarietà dell'operazione di finanziamento, in quanto sostanzialmente imposto dalla società finanziaria per garantirsi dal rischio di incapacità patrimoniale sopravvenuta del finanziato, assumendo quindi natura obbligatoria al fine di pervenire alla stipulazione del contratto principale.

Il costo delle polizze assicurative obbligatorie rileva, dunque, anche nel calcolo del TEG e della corretta verifica circa il superamento del limite del tasso soglia rilevante ai fini dell'usura genetica. In particolare, occorre valutare, in virtù della corretta interpretazione del secondo comma dell'art. 1815 c.c., in combinato disposto con il quarto comma dell'art. 644 c.p., se sono colpiti dalla nullità non solo gli interessi propriamente intesi, ma anche tutti gli oneri e le spese, compresi i premi assicurativi relativi alle polizze collegate (con esclusione di imposte e tasse), che pertanto, dovrebbero essere restituiti al mutuatario.

Su tale questione, l'ABF⁵⁶⁷ ha condiviso il percorso logico giuridico adottato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁵⁶⁸, le quali, aderendo alla tesi negazionista in tema di usura sopravvenuta, hanno ritenuto dirimente il dettato dell'art. 1 D.L. 29 dicembre 2000, n. 394, convertito in legge 28 febbraio 2001, n. 24, recante "*Interpretazione autentica della Legge 7 marzo 1996, n. 108, concernente disposizioni in materia di usura*", in ossequio del quale, ai fini dell'applicazione degli artt. 644 c.p. e 1815, secondo comma, c.c., si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o, comunque, convenuti, "*a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento*".

Infatti, punto focale e decisivo della decisione del Collegio è il necessario collegamento tra norma civile e norma penale, tra art. 1815 c.c. e normative antiusura in cui vi è il riferimento esplicito all'art. 1815 c.c., contenuto nell'art. 1 del D.L. n. 394/2000 e soprattutto l'inciso "comunque convenuti a qualsiasi titolo".

Per tali ragioni, bisogna interpretare "interessi" in modo onnicomprensivo, inclusivo di tutti i costi inclusi nell'art. 644 comma 4 c.p., ovvero, "*commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese (escluse quelle per imposte e tasse), collegate all'erogazione del credito*", proprio perché "*sarebbe impossibile operare la qualificazione di un tasso come usurario senza fare applicazione dell'art. 644 c.p.*".

Rebus sic stantibus, se i costi di assicurazione rientrano nel calcolo del tasso usuraio, *a fortiori*, per il Collegio vengono in rilievo nella fase patologica e rientrano nella previsione dell'art. 1815 comma 2 c.c., laddove sia accertato il collegamento funzionale tra polizza e finanziamento⁵⁶⁹.

VI. IL DIRITTO SOGGETTIVO ALL'ACCESSO ALLA DOCUMENTAZIONE BANCARIA

VI.1 L'ART. 119 T.U.B. QUALE STRUMENTO DI TUTELA DEL CLIENTE

Come già più volte rammentato, la normativa di settore contenuta nel T.u.b. ha tra gli scopi principali quello di riequilibrare il rapporto tra la Banca - quale soggetto dotato di alta professionalità - e il cliente, posto in una fisiologica situazione di squilibrio. Nei lavori preparatori alla L. 154/1992 si era già evidenziato come tra i contraenti la Banca

⁵⁶⁷ ABF Collegio di coordinamento, 8 giugno 2018, n. 12830

⁵⁶⁸ Sez. Unite, Cass. Civ., sent. 19 ottobre 2017, n. 24675, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, 3, II, 304; in *ilsocietario.it*, 2018, con nota di F. FIORUCCI, *Le Sezioni Unite bocciano l'usura sopravvenuta sui mutui*; in *Guida al diritto*, 2018, 5, p. 23. V. anche U. SALANITRO, *Dal rigetto dell'usura sopravvenuta all'affermazione del principio di simmetria: la strategia delle Sezioni Unite*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, 6, p. 666.

⁵⁶⁹ In senso conforme Cass. 22458/2018; App. Torino 21 agosto 2019, in *dejure.it*.

fosse «in una posizione più forte rispetto al cliente sia per il possesso più ampio di conoscenze sia per la collocazione istituzionale»⁵⁷⁰.

Una delle principali disposizioni che concretizza la tutela del cliente nei confronti della Banca è l'art. 119 T.u.b.

Detta disposizione, rubricata «*Comunicazioni periodiche alla clientela*», stabilisce che nei contratti di durata, i soggetti indicati nel summenzionato art. 115 T.U.B., «forniscono al cliente, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente stesso, alla scadenza del contratto e comunque almeno una volta all'anno, una comunicazione chiara in merito allo svolgimento del rapporto. Il CICR indica il contenuto e le modalità della comunicazione».

Sussiste, pertanto, un espresso obbligo in capo agli Istituti di Credito di comunicazione periodica sull'andamento del rapporto in favore dei clienti.

Il comma 2 dell'art. 119 T.u.b. disciplina una *species* del più ampio *genus* dei rapporti di durata, ovvero i rapporti di conto corrente⁵⁷¹, precisando che per questi ultimi la Banca è tenuta ad inviare l'estratto conto con periodicità annuale o, a scelta del cliente, con periodicità semestrale, trimestrale o mensile.

La mancata opposizione scritta del cliente alla documentazione richiamata dai commi precedenti, entro sessanta giorni dalla ricezione, si intende, ai sensi del comma 3 dell'art. 119 T.u.b., quale approvazione degli stessi⁵⁷².

⁵⁷⁰ Così la Proposta di legge del 02/07/1987 (on. Piro), recante Norme per assicurare la trasparenza nei rapporti tra banche, istituti e sezioni di credito speciale e clientela, reperibile sul sito http://legislature.camera.it/_dati/leg10/lavori/stampati/pdf/04670001.pdf. In dottrina v. P. RESCIGNO, «Trasparenza» bancaria e diritto «comune» dei contratti, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 1990, I, p. 301: «le regole sulla trasparenza bancaria si collocano nell'area delle norme di tutela del contraente debole, qual è per definizione il cliente della banca»; M. PORZIO, Note introduttive, in ID. (a cura di), *Commentario alla legge 17 febbraio 1992, n. 154, in Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1124.

⁵⁷¹ Sulla nozione di conto corrente v. G. FERRI, *Conto corrente di corrispondenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 666, secondo cui «il conto corrente di corrispondenza (o bancario) è un contratto per effetto del quale la banca, nel presupposto dell'esistenza presso di sé di una disponibilità a favore del cliente, si obbliga alla prestazione a favore di questo di un servizio, sostanzialmente corrispondente ad un servizio di cassa e consistente nel provvedere per conto del cliente ai pagamenti ed alle riscossioni». Sull'individuazione dello schema del conto corrente bancario v. A. NERVI, *Il conto corrente bancario*, in F. GRECO - G. CRICENTI (a cura di), *Il nuovo diritto bancario*, 2020, pp. 359 ss. V. anche A.A. DOLMETTA-U. MALVAGNA, *Il conto corrente bancario*, in V. ROPPO- A.M. BENEDETTI (a cura di), *Trattato dei contratti, V, Mercati regolamentati*, Milano, 2014, 731; B. INZITARI, *Il conto corrente bancario*, in A. URBANI (a cura di), *L'attività delle Banche*, Padova, 20010, 369; S. PAGLIANTINI - F. BARTOLINI, *Il conto corrente bancario*, in (a cura di) E. CAPOBIANCO, *I contratti bancari*, in *Trattato dei contratti*, diretto da E. GABRIELLI-P. RESCIGNO, Milano, 2016, 1568.

⁵⁷² Sul significato dell'approvazione e del relativo dibattito v. M. STELLA, *Autoresponsabilità, buona fede e poteri processuali nel regolamento di conto corrente*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, pp. 511ss, secondo cui l'approvazione genera una presunzione in favore della Banca, con conseguente inversione dell'onere probatorio.

Inoltre, nel comma 4 del citato art. 119 T.U.B. è prescritto che: «*il cliente, colui che gli succede a qualunque titolo e colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni hanno diritto di ottenere, a proprie spese, entro un congruo termine e comunque non oltre novanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni*».

Tale disposizione rappresenta, quindi, per il cliente, uno degli strumenti principali per ridurre il suo *gap* informativo⁵⁷³ e per reperire informazioni e documentazione attinenti al suo rapporto intrattenuto con la Banca⁵⁷⁴.

Pertanto, sussiste un vero e proprio *ius exhibendum* in favore del correntista, con cui lo stesso è in grado di controllare il regolare andamento del rapporto. La tutela del suddetto diritto sostanziale «è riconosciuta come situazione giuridica e non strumentale, onde per il suo riconoscimento non assume alcun rilievo l'utilizzazione che il cliente intende fare della documentazione, una volta ottenutala e deve escludersi, in particolare, che tale utilizzazione debba essere necessariamente funzionale all'esercizio di diritti inerenti il rapporto contrattuale corrente con l'istituto di credito (ben potendo, ad esempio, essere finalizzata a far emergere un illecito, anche non civilistico, di un terzo soggetto o di un dipendente della banca)»⁵⁷⁵.

Oltre che dalla normativa di settore, il diritto ad ottenere la documentazione discende dalle norme in tema di mandato⁵⁷⁶ e dai principi generali di buona fede, correttezza e trasparenza, ex artt. 1374, 1375, 1175 e 1713 c.c.⁵⁷⁷.

In tema di esecuzione del contratto la buona fede si atteggia come impegno di solidarietà che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico.

⁵⁷³ F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, op. cit.; v. anche A. NERVI, op. cit., pp. 359ss.

⁵⁷⁴ M. NATALE, *Il diritto del cliente alla consegna della documentazione bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, 6, p. 889; sia consentito anche il rinvio a M. CHIRONI, *L'accesso alla documentazione bancaria quale diritto soggettivo*, in A.M. SERAFIN – G. CRICENTI (a cura di), *Dei danni bagatellari*, Milano, 2021, pp. 237ss.

⁵⁷⁵ In tal senso, espressamente Cass. 22/05/1997 n. 4598 in *Banca, borsa, tit. Cred.*, II, pp. 247 ss. con nota di N. MATERA e Cass. 19/10/1999 n. 11773 che confermò App. Napoli sent. 18/12/1997, in *Banca, borsa e tit. cred.*, II, 2001, 305 con nota di G.M. BUTA, *Diritto del curatore di richiedere la documentazione bancaria del fallito e modifiche all'art. 119 T.U.B.*, *ibidem* pp. 318-328.

⁵⁷⁶ Ordinanza del Trib. di Roma del 19/11/2018. con nota di M. LECCI, *La Banca deve fornire tutta la documentazione nel rispetto delle norme in tema di mandato*, in www.dirittodelrisparmio.it.

⁵⁷⁷ In senso conforme v. M. NATALE, op. cit.

Del resto, risulta orientamento consolidato in seno alla Suprema Corte⁵⁷⁸ riconoscere al cliente un diritto sostanziale ad ottenere la documentazione del rapporto, in quanto «*l'istituto di credito non può vanificare con la posizione di forza che gli deriva dal possesso dei documenti*»⁵⁷⁹.

Per tali ragioni, qualora a seguito della espressa richiesta documentale ex art. 119 T.u.b. la Banca si rifiuti o ometta di fornire i documenti richiesti, il cliente ha diritto ad agire nelle sedi giudiziarie, nonché innanzi all'ABF.

Invero, il diritto di ottenere la consegna di copia della documentazione si configura come un diritto sostanziale, la cui tutela è riconosciuta come situazione giuridica finale e non strumentale, non rilevando, pertanto, il fine per cui il cliente intende conseguire i documenti⁵⁸⁰.

Nell'ipotesi in cui il cliente non è in possesso di una sufficiente e idonea documentazione a supporto della domanda che intende proporre all'autorità giudiziaria o arbitrale, non è opportuno avviare la domanda nel merito al “buio”⁵⁸¹ e chiedere contestualmente l'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c.. Infatti, il cliente ha altri strumenti maggiormente garantisti della sua posizione giuridica. Innanzitutto, considerato che il procedimento di mediazione ex art. 5 del D. Lgs. 28/2010 è condizione di procedibilità per le controversie bancarie, il cliente può avviare un procedimento di mediazione, con cui insistere nella richiesta di consegna documentale ex art. 119 T.u.b., rivolgendo nel merito, contestualmente, le proprie domande nei confronti dell'Istituto di Credito.

Tuttavia, difficilmente gli Istituti di credito che non hanno dato seguito alla preventiva richiesta documentale, in sede di mediazione, forniscono positivo riscontro alla domanda del cliente.

Diversamente, il ricorso per decreto ingiuntivo o il ricorso all'Arbitro Bancario e Finanziario rappresentano strumenti idonei ad ottenere la consegna della documentazione relativa al rapporto.

Per quanto concerne il ricorso per decreto ingiuntivo, è pacifica l'ammissibilità della domanda ex art. 633 c.p.c. anche nelle ipotesi in cui si chiede la consegna dei documenti

⁵⁷⁸ Cfr., *ex multis*, Cass., 12/12/2019, n. 32478, con nota di E. MATTIOLI, *Obblighi di buona fede e correttezza per il garantito, pena la liberazione del fideiussore*, in *D&G.*, fasc.227, 2019, pag. 5; Cass., 28/05/2018, n. 13277, in *DeJure*; Cass., 23/11/2015, n. 23868, in *GiustiziaCivile.com*, 2017; Cass., 6/05/2015, n. 9006, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2015, 4, 1293; Cass., 29/08/2011, n. 17716, in *Guida al diritto* 2011, 43, 68.

⁵⁷⁹ Cass. civ. 15669 del 13/07/2007, in *Giust. civ. Mass.* 2007, 7-8.

⁵⁸⁰ Cfr. Trib. Trani, 16/09/2019, n. 2008, in *www.dirittodelrisparmio.it*. V. altresì M. NATALE, *op. cit.*

⁵⁸¹ Di tale avviso è M. NATALE, *op. cit.*, la quale evidenzia come in alcuni casi, v. Trib. Verona 29.1.2019, in *ilcaso.it*, le iniziative giudiziarie sono state ritenute generiche e/o inattendibili.

informativi e contrattuali e la Banca non riscontri la richiesta ex art. 119 T.u.b.⁵⁸². Si è precisato come anche il cliente abbia diritto «*ad ottenere ingiunzione di consegna da parte dell'intermediario, della documentazione, puntualmente individuata, relativa ad un'operazione in derivati, discende dall'art. 119 T.U.B. nonché dai generali doveri di solidarietà e di buona fede che devono presidiare l'esecuzione di tutti i rapporti contrattuali*»⁵⁸³.

Tale orientamento è condiviso anche dall'ABF, che condanna gli Istituti di Credito alla consegna integrale della documentazione del rapporto.

Sul punto, in seno ai collegi territoriali dell'ABF, si registrano due orientamenti. Ad avviso dell'orientamento tradizionale e più formalistico⁵⁸⁴, per poter presentare il ricorso⁵⁸⁵ innanzi all'arbitro sono necessarie due richieste: la prima ex art. 119 T.U.B. e la seconda consistente in un formale reclamo con cui il cliente «*contesta [...] all'intermediario un suo comportamento anche omissivo*»⁵⁸⁶.

Diversamente, si registra un ulteriore e preferibile orientamento secondo cui la sola richiesta ex art. 119 T.u.b. soddisfa le condizioni di procedibilità per presentare un ricorso ammissibile in seno all'ABF. Infatti, sebbene la richiesta inviata ex art. 119 T.u.b. non sia formalmente un reclamo, è incontrovertibile come con tale strumento il cliente prospetta la medesima domanda oggetto del successivo ricorso. In tal modo, il cliente tenta di instaurare una sorta di contraddittorio preventivo. Giungere a conclusioni differenti significherebbe, del resto, aggravare la posizione giuridica del cliente, il quale subisce già l'inadempimento della Banca⁵⁸⁷.

Per completezza espositiva, si rammenta che ai sensi dell'art. 50 T.U.B. l'estratto conto costituisce altresì lo strumento idoneo, a favore della Banca, per ottenere l'ingiunzione di pagamento in suo favore, a condizione che la sua conformità alle scritture contabili della banca sia stata certificata da un dirigente dell'istituto di credito⁵⁸⁸.

⁵⁸² V. Trib. Lecce, 27/07/2021; Trib. Siena 7/06/2021; Trib. Spoleto, 7/01/2020; cfr. altresì Trib. Ancona 15/02/2019; Trib. Pordenone 14/05/2018, in *ilcaso.it*.

⁵⁸³ Trib. Torino, 14/07/2017, in *ilcaso.it*.

⁵⁸⁴ Cfr. *ex multis* ABF Roma, 5/12/2014, n. 8262; ABF Roma, 29/09/2016, n. 8540; ABF Bologna, 12/05/2017, n. 5235; ABF Roma, 21/12/2017, n. 17494; ABF Torino, 8/05/2019 n. 11635; ABF Palermo, 8/01/2020, n. 81.

⁵⁸⁵ Ciò al fine di soddisfare quanto richiesto dalla Sez. VI, par. 1°, Disposizioni ABF.

⁵⁸⁶ Sez. I, par. 3°, Disposizioni ABF.

⁵⁸⁷ Cfr. ABF Roma, 15/11/2018, n. 24147; ABF Napoli, 16/07/2015 n. 5610; ABF Roma, 8/07/2020, n. 12223.

⁵⁸⁸ A. NERVI, op. cit. p. 372. In ogni caso, nell'ipotesi di eventuale opposizione la Banca è tenuta a fornire evidenza del credito vantato attraverso l'esibizione delle opportune scritture contabili.

VI.2. IL RAPPORTO TRA ISTANZA EX ART. 119 T.U.B. E DOMANDA EX ART. 210 C.P.C.

Nella prassi accade spesso che la richiesta di consegna documentale del rapporto avviene per la prima volta in corso di giudizio ai sensi di quanto prescritto dall'art. 210 c.p.c.⁵⁸⁹. Tale disposizione consente alla parte che la invoca di far acquisire al processo, mediante un ordine del giudice, un documento da far valere poi come prova e di cui hanno la materiale disponibilità solo la controparte o un terzo.

Fino all'importante arresto della Suprema Corte - decisione n. 3875/2019⁵⁹⁰ -, si registrava il dibattito circa l'ammissibilità della richiesta ex art. 210 c.p.c., promossa dal cliente in corso di causa, senza una preventiva domanda ex art. 119 T.u.b., rivolta stragiudizialmente nei confronti della Banca.

Infatti, accadeva che diversi giudici di merito rigettavano la richiesta di ordine di esibizione documentale ex art. 210 c.p.c.⁵⁹¹, in quanto ritenevano che tale richiesta costituisse uno strumento utilizzabile dalla parte solo quando la prova del fatto non era acquisibile in altro modo e, in particolare, attraverso la sua autonoma iniziativa stragiudiziale ex art. 119 T.u.b.. Pertanto, nelle ipotesi in cui il correntista non provava di aver avanzato una precedente richiesta stragiudizialmente ex art. 119 T.U.B. e si limitava a richiederla solo in sede giudiziale, la domanda era dichiarata inammissibile.

Tuttavia, un simile ragionamento risulta palesemente violativo del diritto sostanziale riconosciuto dall'art. 119 c. 4 T.u.b.

Contrariamente alle conclusioni cui erano pervenuti diversi giudici di merito, la Suprema Corte, con l'ordinanza summenzionata⁵⁹², ha statuito che: *«la richiamata disposizione dell'art. 119 T.U.B. viene a porsi tra i più importanti strumenti di tutela che la normativa di trasparenza - quale attualmente stabilita nel testo unico bancario vigente [...] - riconosca ai soggetti che si trovino a intrattenere rapporti con gli intermediari bancari»*. Appare così *«chiaro come non possa risultare corretta una soluzione [...] che limiti l'esercizio di questo potere alla fase anteriore all'avvio del giudizio eventualmente intentato dal correntista nei confronti della banca presso la quale è stato intrattenuto il*

⁵⁸⁹ Per un approfondimento sull'art. 210 c.p.c., v. C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, vol. II, *Il processo ordinario di cognizione*, Torino, 2015, 261 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2015, 311 ss.

⁵⁹⁰ Cass. ord. n. 3875 dell'8/02/2019, con nota di M. CHIRONI, *Banche, rendiconto e trasparenza: alcune decisioni chiarificatrici*, in www.dirittodelrisparmio.it.

⁵⁹¹ Per un approfondimento dottrinale, si vedano M. NATALE, *Il diritto del cliente alla consegna della documentazione bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, I, pp. 899ss.; A. CETRA, *Il diritto di accesso alla documentazione bancaria (art. 119 T.u.b.)*, in (a cura di) U. MINECCI – A. TINA, *Attualità di Diritto bancario*, 2021, pp. 59ss.

⁵⁹² Cass. ord. n. 3875 dell'8/02/2019.

*conto. Ché una simile ricostruzione non risulta solo in netto contrasto con il tenore del testo di legge, che peraltro si manifesta inequivoco. La stessa tende, in realtà, a trasformare uno strumento di protezione del cliente - quale si è visto essere quello in esame - in uno strumento di penalizzazione del medesimo*⁵⁹³.

Successivamente, i giudici di legittimità⁵⁹⁴, in senso contrario rispetto alla citata ordinanza n. 3875/2019, hanno sancito che la richiesta ex art. 210 c.p.c. in corso di causa può ritenersi valida a condizione che il cliente, o chi per lui, abbia esercitato il diritto di cui al quarto comma dell'articolo 119, e la banca non vi abbia ottemperato. Solo in tale ipotesi l'ordine di esibizione è, in presenza dei presupposti ora indicati, indubbiamente impartito in conformità alla previsione normativa. Ad avviso del citato recente orientamento, se il cliente non ha effettuato la preventiva richiesta non vi sono margini per l'ordine di esibizione di cui all'articolo 210 c.p.c.. Tanto poiché l'art. 119 T.u.b. rappresenta una disciplina sostanziale che non interviene sull'onere probatorio, né sulla disciplina processuale. Tale disposizione costituisce un diritto potestativo che, fin quando non esercitato, non impone alla banca alcun comportamento. La richiesta ex art. 119 comma 4 T.u.b. configura un'azione di adempimento. Solo a seguito dell'inadempimento della Banca, la richiesta ex art. 210 c.p.c. è ammissibile in corso di causa.

Il citato *revirement* della Suprema Corte non è condivisibile.

Il diritto alla consegna documentale è riconosciuto unicamente in funzione dell'interesse del cliente all'informazione e, in quanto tale, rappresenta uno strumento di tutela immediata dello stesso⁵⁹⁵.

Quanto statuito dalla Suprema Corte, con ord. 24641/2021, crea inscindibilmente un collegamento tra il diritto sostanziale del cliente a ottenere la documentazione, qualora azionato nel corso del giudizio nella forma dell'istanza di esibizione e la dimensione processuale della disciplina dell'onere probatorio che incombe in capo al cliente-attore, finendo però così per snaturare ed anzi negare la natura sostanziale del diritto alla consegna e la tutela non strumentale dell'interesse informativo del cliente cui lo stesso diritto è preordinato.

⁵⁹³ In senso conforme v. Cass., 11/05/2017, n. 11554; Cass., 15/09/2017, n. 21472; Cass., 28/05/2018, n. 13277, su *italgiure.it*; ma v. altresì, più indietro nel tempo e con riguardo all'impianto di base della citata norma del testo unico, Cass., 12/06/2006, n. 11004, nonché, e prima ancora, Cass., 19/10/1999, n. 11733, in *dejure.it*.

⁵⁹⁴ Cass. civ. Sez. I 13 settembre 2021, n. 24641, in *www.dirittodelrisparmio.it*.

⁵⁹⁵ In tal senso e, quindi, in chiave critica rispetto a quanto enunciato dalla S.C. si veda M. NATALE, *Ancora un ripensamento sulla natura del diritto ex art. 119, comma 4°, T.u.b.*, in *Diritto Bancario*, ott-dic. 2021, pp. 507ss.

Di converso, nell'ambito che ci occupa, l'art. 210 c.p.c. non è altro che la modalità di esercizio del diritto sostanziale in sede giudiziaria. Ma il diritto alla consegna della documentazione bancaria è - e resta pur sempre - un diritto di natura sostanziale, qualificato come «diritto potestativo all'informazione»⁵⁹⁶.

Il suo esercizio non può pertanto essere limitato dalle preclusioni di tipo processuale.

Ed invero, anche in assenza dell'art. 119 comma 4° T.u.b. non potrebbe comunque negarsi al cliente la possibilità, per il tramite dell'ordine del giudice, di esigere dalla banca l'esibizione di uno o più documenti bancari.

Infatti, non appare conforme al dettato normativo ritenere che l'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. costituisce uno strumento alternativo rispetto a quello delineato dall'art. 119, comma 4, T.u.b.; tanto poiché mentre il primo opera sul piano del processo e costituisce al più il mezzo, l'art. 119 c. 4 T.u.b. conferisce un diritto e rileva perciò sul piano del rapporto tra banca e correntista⁵⁹⁷, avendo la «consistenza di vero e proprio diritto soggettivo»⁵⁹⁸.

L'art. 119 T.u.b. rappresenta uno dei maggiori strumenti di tutela del cliente nei confronti della Banca, sicché lo stesso non può finire con l'essere uno strumento di penalizzazione dello stesso.

La precedente pronuncia n. 3875/2019 richiama un'altra importante decisione della Suprema Corte⁵⁹⁹ secondo cui: «*il correntista ha diritto di ottenere dalla Banca il rendiconto, anche in sede giudiziaria, fornendo la sola prova dell'esistenza del rapporto contrattuale, atteso che il procedimento di rendiconto di cui agli artt. 263 e ss. c.p.c. è fondato sul presupposto dell'esistenza dell'obbligo legale o negoziale di una delle parti di rendere il conto dell'altra, facendo conoscere il risultato della propria attività*».

Per tali motivi, pare possa ritenersi assolutamente legittima l'azione promossa dal cliente che richiede alla Banca, per la prima volta in corso di causa ex art. 210 c.p.c., la consegna della documentazione⁶⁰⁰.

⁵⁹⁶ M. NATALE, *Ancora un ripensamento sulla natura del diritto ex art. 119, comma 4°, T.u.b.*, in *Diritto Bancario*, ott-dic. 2021, pp. 507ss.

⁵⁹⁷ Cass. civ. 24/05/2019, n. 14231, in *www.dirittodelrisparmio.it*. In senso conforme Cass. civ. 11/03/2020, n. 6975, in *www.dirittodelrisparmio.it*.

⁵⁹⁸ Così testualmente Trib. Trani, *op. cit.*

⁵⁹⁹ Cass. Sez. 1, sent. n. 17283 del 23/07/2010, in *DeJure*.

⁶⁰⁰ Il principio aveva trovato maggiore riscontro anche nella giurisprudenza di merito, v. App. Palermo, Sez. III, 26/03/2019, in *www.dirittodelrisparmio.it*; App. Palermo, sez. III, 10/06/2019, n. 1175, in *www.dirittodelrisparmio.it*; Trib. Torino, sez. VI, 18/01/2018, in *www.dirittodelrisparmio.it*.

Giungere a conclusioni differenti significherebbe interpretare la disposizione in modo non conforme alla disciplina in cui la stessa è collocata, con precipuo riferimento ai relativi interessi tutelati.

VI.3. SULLA LEGITTIMAZIONE ATTIVA

VI.3.1 (segue) DEL CURATORE

Il comma 4 del citato art. 119 T.u.b. individua quali soggetti legittimati a chiedere la consegna della documentazione del rapporto, oltre al cliente, colui che gli succede a qualunque titolo e colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni.

Le prime controversie relative al diritto di accesso alla documentazione bancaria si sono registrate in ambito delle procedure fallimentari, prima ancora dell'entrata in vigore del T.u.b., in relazione alle quali la sussistenza del suddetto diritto in capo al curatore era assai controversa⁶⁰¹.

A dirimere definitivamente la *vexata quaestio* intervenne la Suprema Corte, sancendo come lo scioglimento del contratto di conto corrente ex art. 78 l.fall. (183 c.c.i.), non pregiudicava il diritto del curatore alla consegna della documentazione⁶⁰². Ad avviso dei giudici di legittimità, lo scioglimento del contratto comporta la cessazione del connesso «programma operativo», (*spec. Il c.d. servizio di cassa*), *esso non provoca la cessazione immediata di «ogni diritto ed obbligo derivante dagli atti e dai comportamenti tenuti in esecuzione di quel programma»*, tra cui sicuramente rientrano i comportamenti di protezione a contenuto informativo⁶⁰³.

In tale prospettiva si colloca la successiva introduzione della normativa di settore e, in particolare, del comma 4 dell'art. 119 T.u.b. nella parte in cui prescrive la legittimazione attiva anche a colui che subentra al cliente «*nell'amministrazione dei suoi beni*». Tanto poiché è assolutamente pacifico che il curatore subentra, in quanto amministratore del patrimonio fallimentare a norma dell'art. 31, comma 1°, l. fall., nel rapporto contrattuale già instaurato con la banca.

Il suddetto diritto del curatore discende altresì dall'obbligo di buona fede, correttezza e solidarietà, risultando conforme alle prestazioni imposte dalla legge, ex art. 1374 c.c. e secondo una regola di esecuzione in buona fede, ex art. 1375 c.c., che richiede altresì il

⁶⁰¹ Sull'argomento v. M. FABIANI, *Documenti bancari: diritto alla consegna e prova nel fallimento*, Milano, 2000; ID., *Il probabile up-grade del conflitto tra banche e fallimenti in ordine alla consegna dei documenti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II, pp. 305ss.

⁶⁰² Cass., 22/05/1997, n. 4598. in *Foro it.*, 1997, I, 1732 ss.; Id. in *Giust. civ.*, 1997, I, pp. 1777 ss., con nota G. GIACALONE, in *Fall.*, 1997, pp. 1193 ss. V. anche Trib. Milano, 29/01/2001, con nota di M. PERRINO, *Conferimento d'azienda bancaria e successione nell'obbligazione di consegna della documentazione relativa al conto corrente del fallito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, 5, pp. 618 ss.

⁶⁰³ Cass. civ. 11773/1999.

rispetto di principi ulteriori rispetto a quelli convenzionali, tra cui quello di solidarietà ex art. 2 Cost. nella parte in cui viene imposta a ciascuna parte l'adozione di comportamenti che, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte⁶⁰⁴.

VI.3.2. (segue) DEL FIDEIUSSORE

Se la giurisprudenza di legittimità ha da anni pacificamente riconosciuto il diritto del cliente, dell'erede⁶⁰⁵ e del curatore ad ottenere la consegna della documentazione, lo stesso non è avvenuto per il fideiussore⁶⁰⁶.

La questione è stata affrontata e risolta recentemente dalla Suprema Corte, la quale ha puntualizzato che lo stesso diritto spetta anche al fideiussore, il quale, in ragione dell'accessorietà⁶⁰⁷ del rapporto di fideiussione rispetto al contratto di conto corrente, può definirsi, in senso lato, un cliente della banca, non diversamente dal correntista debitore principale⁶⁰⁸.

A supporto di detta conclusione, i giudici di legittimità hanno rammentato che la fideiussione determina, ai sensi degli artt. 1944 ss. c.c., la nascita di rapporti fra il creditore ed il fideiussore, «*i quali certamente e se si vuole sulla base di una lettura lata dell'art. 1945 c.c. implicano che il fideiussore debba potersi "informare", proprio per esercitare i diritti riconosciuti da dette norme, sullo svolgimento del contratto di conto corrente e, dunque, necessariamente implicando il diritto all'esercizio del potere di cui all'art. 119 T.U.B. Detti rapporti, al di là di quanto implica lo stesso profilo causale della fideiussione, giustificano ampiamente che il fideiussore sia "cliente" agli effetti di quella norma*»⁶⁰⁹.

⁶⁰⁴ In tal senso v. Trib. Massa, del 2/11/2020 n. 571, in *DeJure*.

⁶⁰⁵ Recentemente l'ABF, Coll. di Torino, 3/08/2020, n. 13604, in *www.dirittodelrisparmio.it*, ha chiarito come detto diritto spetti anche all'erede pretermesso. In senso conforme ABF, Collegio di Roma, 6/04/2020, n. 6333, in *www.dirittodelrisparmio.it*.

⁶⁰⁶ Per un approfondimento sull'istituto della fideiussione in ambito bancario v. E. BATTELLI, *La fideiussione*, in (a cura di) F. PIRAINO – S. CHERTI, *I contratti bancari*, op. cit., pp. 349 ss.; M. FRAGALI, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna – Roma, 1957; M. CHIRONI, *Le garanzie bancarie*, in (a cura di) F. GRECO – G. CRICENTI, op. cit., pp. 645 ss.

⁶⁰⁷ V. al riguardo Corte Giust. UE, 19/11/2015, causa n. C-74/2015, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, 2, pp. 269 ss., con nota di A.A. DOLMETTA, *Sul fideiussore consumatore: linee dell'evoluzione giurisprudenziale*, ove si precisa che la fideiussione è comunque un contratto distinto.

⁶⁰⁸ Cass. civile sez. III, 30/10/2020, n.24181, in *Gius. Civ. mass.*, 2020; ID., con nota di G. IANNI, *Nelle controversie bancarie il cliente ed il fideiussore hanno la facoltà di richiedere gli estratti conto in corso di causa? in iprocessocivile.it*, 2021, 15; ID., con nota di M. CHIRONI, *Art. 119 T.U.B.: croce e delizia del correntista*, in *www.dirittodelrisparmio.it*, 2020, 3, pp. 222ss.; V. altresì ABF, Coll. di Milano, dec. n. 1931/2016; ABF, Coll. di Roma, dec. n. 2306 del 14/04/2014; ABF, Coll. di Bologna, dec. n. 7888/2018.

⁶⁰⁹ Testualmente Cass. civ. 30/10/2020 n. 24181, cit. In tale occasione la Suprema Corte ha chiarito altresì che siffatta conclusione non è debba essere considerata in contrasto con la precedente giurisprudenza (Cass., 1, n. 23391 del 9/11/2007) che ha escluso l'applicabilità automatica al fideiussore, garante dei crediti bancari, delle disposizioni contenute nel T.u.b. dettate per i contratti relativi alle operazioni ed ai servizi

In altri termini, il diritto riconosciuto in capo al fideiussore di opporre al creditore tutte le eccezioni spettanti al debitore principale, ai sensi dell'art. 1945 c.c., ha come presupposto indefettibile il riconoscimento, in capo allo stesso, degli strumenti di informazione e trasparenza che la normativa di settore riconosce al debitore principale.

Si precisa che in senso conforme la giurisprudenza di merito ha riconosciuto il diritto del fideiussore ad ottenere copia della documentazione del rapporto, anche in ragione del dovere generale di buona fede nella esecuzione del contratto ex art. 1375 c.c.⁶¹⁰.

Il diritto del fideiussore, ovviamente, è esclusivamente limitato al rapporto del cliente principale di cui è garante, non potendosi altresì estendere alla documentazione relativa ad altri rapporti del cliente.

VI.4. SUL LIMITE TEMPORALE

Dopo aver chiarito l'esistenza nell'ordinamento di un diritto sostanziale del correntista ad ottenere giudizialmente la documentazione inerente al rapporto controverso, occorre esaminare la portata e l'applicazione del limite temporale decennale indicato nel comma 4 dell'art. 119 T.u.b. La disposizione richiama quanto già prescritto nell'art. 2220 c.c., secondo cui *«le scritture devono essere conservate per dieci anni dalla data dell'ultima registrazione»*.

Preliminarmente, giova ribadire, che la *ratio* perseguita dall'art. 119 T.u.b. intende attribuire al cliente una tutela maggiore, rispetto a quella scaturente dalle norme civilistiche⁶¹¹ attraverso un innalzamento del livello di trasparenza cui è tenuta la Banca, quale soggetto fisiologicamente privilegiato del rapporto.

La peculiarità del principio di trasparenza⁶¹² nei rapporti tra banca (o intermediario finanziario) e cliente è rappresentata dalla sua trasversalità tra tutte le fasi del negozio, ovvero non solo le fasi prodromiche alla possibile conclusione di un contratto (art. 116 T.u.b.) ed il momento del suo perfezionamento (art. 117 T.u.b.), ma anche l'intera fase

stipulati con il cliente, giacché *«detta giurisprudenza è relativa alla posizione del cliente e del fideiussore ai fini della stipulazione e dunque del contenuto dei rispettivi rapporti contrattuali (in particolare con riferimento all'operare della norma dell'art. 1938 c.c. per il fideiussore). Nel caso in esame, invece, viene in rilievo una norma che prevede l'esercizio di una facoltà concernente l'informazione sullo stato del rapporto con l'istituto di credito»*.

⁶¹⁰ Trib. La Spezia, 30/05/2019, n. 345; Trib. Prato, 8/09/2015, n. 1069, in *ilcaso.it*.

⁶¹¹ Infatti, l'art. 119 T.U.B., in quanto norma speciale a tutela del cliente, non può certo rappresentare una deroga *in pejus* ai principi in tema di mandato, così come richiamati dall'art. 1856 c.c., disciplinante le regole di condotta della Banca nei rapporti di conto corrente.

⁶¹² Sull'importanza della trasparenza bancaria v. da ultimo F. GRECO – M. LECCI, *La trasparenza bancaria, tra regole di disloccure, product governance, consumer behaviour e digitalizzazione del mercato*, Pisa, Pacini giuridica, 2020.

esecutiva (artt. 118 ss. T.u.b.)⁶¹³, soprattutto nei rapporti di durata, quali sono la gran parte dei rapporti bancari.

Il diritto alla documentazione è oggetto di specifiche tutele anche nelle normative comunitarie, tra cui la direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23.9.2002⁶¹⁴, che specificano che deve essere messo a disposizione del consumatore qualsiasi strumento che permetta allo stesso di memorizzare informazioni a lui personalmente dirette in modo che possano essere agevolmente recuperate durante un periodo di tempo adeguato ai fini cui sono destinate le informazioni stesse e che consenta la riproduzione immutata delle informazioni memorizzate.

Ciò posto, occorre interrogarsi sul significato della nozione «*documentazione inerente a singole operazioni*» a cui si riferisce il limite decennale previsto nel comma 4 del citato art. 119 T.u.b. e, in particolare, se essa ricomprende tutti i documenti bancari - tra cui anche gli estratti conto - o, se riguarda esclusivamente le operazioni *stricto sensu* intese, quali, per esempio, copia dei versamenti e prelevamenti, degli assegni tratti e dei bonifici effettuati sul proprio conto corrente, delle quietanze di pagamento delle rate di mutuo⁶¹⁵. Ad avviso di un primo orientamento diffuso in dottrina e in giurisprudenza⁶¹⁶, anche la nozione di estratti conto rientrerebbe nel concetto di “operazioni” di cui discorre il comma 4 dell’art. 119 T.u.b. Concorde con tale orientamento risulta altresì il Collegio di Coordinamento ABF, 22 giugno 2021 n. 15404, secondo cui una volta escluso che gli estratti conto possano esser ricondotti alla disciplina di cui all’art. 117 T.u.b., relativo al contratto, la circostanza per cui l’art. 119 T.u.b. si riferisce sia all’invio periodico degli estratti conto sia alla documentazione inerente a singole operazioni e, dunque, che i due precetti abbiano la «medesima collocazione sistematica», giustifica l’applicazione della disciplina di cui al comma 4 anche agli estratti conto.

Di diverso avviso si registra un secondo orientamento che valorizza il dato letterale della norma in commento allorché si riferisce a “singole operazioni” oggetto di possibile

⁶¹³ Cfr. A. URBANI, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), Padova, Cedam, IV ed., Tomo Terzo, p. 1901; v. anche L. MACCHIA, *Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*, in (a cura di) F. GRECO – G. CRICENTI, op. cit., 2020, pp. 219 ss.

⁶¹⁴ Concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, che modifica la direttiva 90/619/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE.

⁶¹⁵ M. NATALE, op. cit.

⁶¹⁶ Cfr. da ultimo Cass. civ. 24641/2021; App. Milano, Sez. I, 19 novembre 2021, n. 3398; Trib. Lucca 23.4.2019, n. 665; Trib. Grosseto, 17 giugno 2020; Trib. Brescia, 11 giugno 2020; Trib. Napoli, 8 dicembre 2010, tutte reperibili iusexplorer.it.; ABF Bari, 28 luglio 2021, n. 17802; ABF Bologna, 12 dicembre 2017, n. 16516; ABF Bari, 24 ottobre 2017, n. 13117; ABF Bari, 14 luglio 2017, n. 8435; ABF Milano, 3 marzo 2016, n. 2023; ABF Roma, 5 giugno 2015, n. 4563; ABF Napoli, 27 maggio 2014, n. 3446.

richiesta documentale. Tale locuzione sembra voler chiaramente circoscrivere ed incanalare l'esercizio in richieste mirate⁶¹⁷, quali appunto operazioni specifiche compiute nei dieci anni.

Inoltre, un'interpretazione sistematica della disposizione consente di porre su due piani differenti le richieste documentali riguardanti le singole operazioni e le esigenze di accesso alla documentazione di più ampia portata, che trovano base normativa nei commi 1 e 2 dell'art. 119, dal momento che in siffatti casi chi presenta la richiesta si limita ad avere un duplicato di documenti che la Banca avrebbe già dovuto inviare al cliente⁶¹⁸.

Tale assunto è stato condiviso dal Tribunale di Napoli, secondo cui: «*già dalla lettura della norma risulta evidente la distinzione tra i documenti sintetici (menzionati al primo e al secondo comma) e i documenti inerenti alle singole operazioni (menzionati al quarto comma). Le due categorie sono soggette ad una disciplina profondamente diversa, avendo natura giuridica e funzione del tutto distinte*»⁶¹⁹.

I documenti sintetici corrispondono ai documenti in cui in forma sintetica sono raggruppate le operazioni compiute in un determinato periodo, con lo scopo di rappresentare in maniera chiara e sintetica tutti i rapporti di debito/credito tra le parti. Il secondo comma dell'art. 119 T.u.b. specifica che nei rapporti regolati in conto corrente il documento di sintesi è rappresentato dall'estratto conto.

Inoltre, tali documenti di sintesi hanno lo scopo di consentire al cliente di controllare l'andamento integrale del suo rapporto, con la conseguenza che «*la banca ha l'obbligo di conservazione di tali documenti dall'apertura del contratto fino alla sua chiusura*»⁶²⁰.

Per tali motivi, il secondo orientamento reputa non corretto affermare che la disciplina del comma 4 dell'art. 119 T.u.b. ricomprende anche la nozione di estratti conto, con conseguente obbligo per la Banca di conservazione dei documenti contabili solo per l'ultimo decennio.

Sembra preferibile la seconda tesi.

Invero la disposizione, così interpretata, risulterebbe evidentemente contraria alla complessiva *ratio* della norma e, oltretutto, priverebbe il cliente del diritto all'informazione e, conseguentemente, significherebbe far venire meno l'obbligo di trasparenza della banca.

⁶¹⁷ Cfr. A. URBANI, ult. cit. 1908.

⁶¹⁸ Sul punto, M. PORZIO, *Commento sub art. 119*, in *Testo Unico bancario. Commentario*, in ID. (a cura di) op. cit., p.1001.

⁶¹⁹ Trib. Napoli 31/01/2019, in www.dirittodelrisparmio.it.

⁶²⁰ Trib. Napoli, op. cit.

Diversamente, laddove si intende estendere la portata dell'art. 119 comma 4 T.u.b. anche alla nozione di estratti conto, bisognerebbe valutare quale unica operazione la chiusura del conto, perché solo in quel momento si cristallizza la situazione di dare/avere tra banca e cliente (nel caso di debito con il pagamento da parte del correntista), stante la mera natura di annotazioni dei precedenti estratti conto. In tal caso, i dieci anni per il correntista per ottenere gli estratti conto decorrerebbero dalla chiusura del rapporto. Come osservato dalla Suprema Corte, infatti, sulla Banca incombe un dovere di protezione, idoneo a durare anche oltre l'intera durata del rapporto, nel limite dei dieci anni a seguire dalla chiusura dei rapporti interessati⁶²¹.

Del resto, lo stesso art. 119 T.u.b. rinvia ad una delibera del CICR⁶²² per l'individuazione del contenuto e delle modalità della comunicazione. Il secondo comma dell'art. 12 di tale delibera prevede che *“La Banca d'Italia emana disposizioni attuative, tenendo anche conto delle caratteristiche dei rapporti e delle esigenze di tutela delle diverse fasce di clientela, e può prevedere che esse non si applichino, in tutto o in parte, agli intermediari che non hanno un'organizzazione stabile nel territorio della Repubblica”*. In ossequio a tale disposizione, la Banca d'Italia, come osservato dal Tribunale di Napoli, ha adottato delle Istruzioni il 25 luglio 2003 in cui all'art. 3 è specificato che gli estratti conto sono dei documenti di sintesi che devono essere inviati con periodicità annuale, o, a scelta del cliente, con periodicità semestrale, trimestrale o mensile, in cui vengono riportate tutte le condizioni in vigore e le movimentazioni del saldo.

Dunque, *“la circostanza che il rapporto si sia protratto per un anno, piuttosto che per trent'anni, non può fare differenza ai fini dell'individuazione del contenuto e della misura dell'obbligo della banca di conservazione della documentazione contabile contrattuale”*⁶²³.

Le regole contenute nell'art. 119 sembrerebbero, dunque, distinte: solo per quella del comma 4, attinente a singole operazioni, quali copie degli assegni, dei bonifici, dei prelievi allo sportello o dei versamenti, vi è un obbligo di conservazione della banca entro i dieci anni dal compimento dell'operazione.

Le diversità strutturali e funzionali delle due categorie di documenti renderebbe non corretta l'impostazione di coloro che estendono la disciplina dell'una all'altra.

⁶²¹ Cass. 11/03/2020 n. 6975, in *DeJure*.

⁶²² Delibera CICR del 4 marzo 2003, in *www.bancaditalia.it*.

⁶²³ Cfr. Trib. Napoli 31/01/2019, *op. cit.* In senso conforme v. ABF, Coll. di Napoli, 12/05/2021 n. 12261; ABF, Coll. di Roma nn. 1045/2020 e 3274/2020.

In definitiva, è condivisibile l'orientamento della giurisprudenza di merito secondo cui la limitazione temporale di dieci anni al diritto di ottenere copia documentale si riferisce alle singole operazioni, tra cui non si annoverano anche gli estratti conto. Al cliente, quindi, non può essere opposta nessuna limitazione temporale al suo diritto di ottenere la copia degli estratti conto relativi all'intero rapporto⁶²⁴.

Tuttavia, si evidenzia come il Collegio di Coordinamento ABF, chiamato a pronunciarsi sul merito della questione stante la sussistenza di due orientamenti contrapposti in seno all'Arbitro, con una recentissima decisione⁶²⁵ ha statuito il principio secondo cui l'esercizio del diritto di ottenere copia degli estratti conto «*se avulso da un'azione di rendiconto nei confronti dell'intermediario, è soggetto alla disciplina dell'art. 119, comma IV, T.U.B.*».

Il Collegio di Coordinamento ABF ha, quindi, sancito che gli estratti conto rientrano nel concetto di “singole operazioni” contenuto nell'art. 119 c. 4 T.U.B., inserendo, però, quale *condicio sine qua non* per l'applicazione di siffatto principio, l'estraneità della richiesta rispetto ad un'azione di rendiconto.

Ad ogni buon conto, è stato osservato⁶²⁶ che gli estratti conto non sono sussumibili nella *species* delle scritture contabili, sull'assunto che queste ultime risulterebbero essere soltanto quelle indicate dell'art. 2214, comma 1°, c.c., ossia: il libro giornale ed il libro inventari.

Analogamente una parte della dottrina ha puntualizzato che gli estratti conto non possono neppure considerarsi quali “altre scritture contabili” ex art. 2214, comma 2°, c.c., in quanto non è estendibile agli stessi la disciplina processuale dell'efficacia probatoria delle scritture contabili: invero, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1832 e 1857 c.c., l'estratto conto comunicato e non opposto è efficace per entrambe le parti del rapporto sia in forza della sua tacita approvazione sancita dalla legge, sia in ragione della sua stessa comunicazione. Muovendo da queste premesse, l'orientamento in questione esclude la possibilità di applicare agli estratti conto il particolare regime delle scritture contabili e, nel dettaglio, l'art. 2709 c.c.. Ne consegue che «*la corretta qualificazione giuridica relativa al rapporto che intercorre tra la banca ed il cliente si sussume, ai sensi dell'art. 1856 c.c., quale rapporto di mandato. Infatti, la banca assume il ruolo di mandataria del*

⁶²⁴ Cfr. Trib. Bari, 07/10/2020, in *DeJure*; Trib. Siena, 28/10/2019, in *DeJure*; v. anche Trib. Isernia, 2/12/2020 e Trib. Catania, 31/01/2021, in *www.dirittodelrisparmio.it*, fasc. 1, 2021, 268ss..

⁶²⁵ Si tratta di ABF, Coll. di Coordinamento, decisione n. 15404 del 22/06/2021.

⁶²⁶ ABF, Coll. di Napoli, decisione N. 13646 del 28/05/2021, con nota di A. ZURLO, *Esegesi dell'art. 119 T.U.B.*, in *www.dirittodelrisparmio.it*.

cliente e pertanto, ai sensi dell'art. 1713 c.c. è tenuta a rendicontare al cliente le operazioni compiute per suo conto»⁶²⁷.

Pertanto, il *dies a quo* relativo alla conservazione degli estratti conto, intendendo estendere l'applicazione dell'art. 119 c. 4 T.u.b. anche agli estratti conto, non potrebbe non coincidere con il momento della conclusione del mandato o della chiusura del rapporto di conto corrente⁶²⁸, anche in ragione della considerazione secondo cui il mandato è un rapporto giuridico unitario quantunque articolato in più atti esecutivi⁶²⁹.

Analogamente, si può ragionevolmente sostenere che neppure il diritto di ottenere la copia del contratto rientra nel limite temporale previsto dall'art. 119 T.u.b., anche in virtù della circostanza per cui detta disposizione si riferisce esclusivamente alle comunicazioni periodiche alla clientela, tra cui non rientra sicuramente la copia dei documenti contrattuali.

Invero, l'articolo di riferimento per la consegna del contratto è l'art. 117 T.u.b. che prescrive una forma *ad substantiam* e impone alla Banca di consegnare una copia del contratto al cliente.

Pertanto, il cliente qualora abbia smarrito la copia contrattuale, proprio in ragione dell'obiettivo di trasparenza e di riduzione della posizione asimmetrica con la Banca, ha diritto in qualsiasi momento, senza alcun limite temporale, a richiedere la consegna documentale del rapporto⁶³⁰. Del resto, l'obbligo di consegna del documento contrattuale rappresenta altresì la precipua conseguenza dei principi di diligenza, buona fede e correttezza ex artt. 1175 e 1375 c.c. Sul punto, la Suprema Corte ha chiarito che gli artt. 1175 e 1375 c.c. impongono «*a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte; tra i doveri di comportamento scaturenti dall'obbligo di buona fede vi è anche quello di fornire alla controparte la documentazione relativa al rapporto obbligatorio e al suo svolgimento*»⁶³¹.

⁶²⁷ Cass., 31/10/2008, n. 26314, in *Giur. It.*, 2009, 3, 644; Cass., 7/08/2009, n. 18107, in *Mass. Giur. It.*, 2009.

⁶²⁸ Cass., 11/03/2020 n. 6975 in *DeJure*; 22/08/1985, n. 4480, in *Mass. Giur. It.*, 1985.

⁶²⁹ ABF, Coll. di Napoli, cit., che a sua volta richiama Cass., 9/04/1984, n. 2262, in *Mass. Giur. It.*, 1984; Cass., 14/05/2005, n. 1590.

⁶³⁰ In senso conforme v. Trib. di Pistoia, 14/07/2021, in www.dirittodelrisparmio.it, con nota di Zurlo, *Sul diritto a ottenere copia della documentazione contrattuale*; v. anche ABF, Coll. di Milano, 24/01/2019, n. 2318. V. anche Tribunale Pisa, 28/02/2020, n.242, in *DeJure*.

⁶³¹ Testualmente Cass. n. 11004/2006.

In tale prospettiva, deve essere censurato l'orientamento che annovera la richiesta di consegna del contratto nei documenti che soggiacciono al limite temporale decennale ex art. 119 T.u.b.⁶³².

Va infatti evidenziato che l'assenza di un espresso richiamo non è ostativo a ritenere ammissibile una richiesta del cliente di consegna della copia del contratto.

L'art. 117 T.u.b., individuato da parte della dottrina quale norma contenente una fattispecie di "forma ad informationem"⁶³³, rientra tra gli strumenti pensati dal legislatore per rafforzare la trasparenza della Banca.

Del resto, sarebbe paradossale ritenere che il cliente possa chiedere copia di un assegno versato nel decennio precedente e non un documento contrattuale su cui si fonda, verosimilmente, ancora il rapporto⁶³⁴.

Una simile conclusione vanificherebbe altresì l'intento del legislatore di introdurre una normativa di settore volta a rafforzare la posizione del cliente nei confronti degli Istituti di credito rispetto alla tutela scaturente dalla disciplina civilista.

VI.5. L'ONERE PROBATORIO NELLE AZIONI DI RIPETIZIONI DI INDEBITO

Dall'interpretazione sulla sussistenza di un limite temporale per la richiesta di estratti conto discendono importanti conseguenze in tema di azioni di ripetizione di indebito.

In tali controversie, la Suprema Corte⁶³⁵ ha sancito il principio di diritto secondo cui nei casi in cui agisca l'intermediario, quest'ultimo sia tenuto a dare prova del proprio credito, depositando la sequenza integrale di estratti conto, pena l'applicazione del c.d. "saldo zero"⁶³⁶. Diversamente, qualora ad agire sia il correntista, incombe sullo stesso l'onere di depositare tutti gli estratti conto.

Tuttavia, si pone il problema di stabilire quali siano le conseguenze della mancata produzione da parte della Banca degli estratti conto nelle ipotesi in cui ad agire sia il correntista e quest'ultimo abbia diligentemente richiesto i documenti ex artt. 119 T.U.B. e 210 c.p.c., perché non in possesso della rendicontazione integrale.

⁶³²Cfr. ex multis, Trib. Bari, 19/10/2020, con nota di M. CHIRONI, *Art. 119 T.U.B.: croce e delizia del correntista*, in *www.dirittodelrisparmio.it*, 2020, 3, pp. 222ss. In senso conforme vedi G. CARIANNI, *Conservazione e produzione documentale ad onere della Banca*, in G. CASSANO, F. DI CIOMMO, M. RUBINO DE RITIS (a cura di), Milano, Giuffrè, p. 1196.

⁶³³ L'espressione è usata da L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004, 1, p. 363

⁶³⁴ In senso conforme v. M. NATALE, op. cit., secondo cui in tale direzione muovono altresì i principi di correttezza e di buona fede in esecuzione del contratto.

⁶³⁵ Cass. 02/05/2019, n. 11543, in *DeJure*.

⁶³⁶ A.A. DOLMETTA – U. MALVAGNA, *Vicinanza della prova in materia di contenzioso bancario. Spunti (il saldo zero)*, in *Riv. dir. banc.*, 2014, 15, p. 7.

I giudici di legittimità nella decisione summenzionata hanno stabilito che, nel caso di domanda proposta dal correntista, in linea di principio, l'incompletezza della serie degli estratti conto si ripercuote sul correntista su cui grava l'onere della prova degli indebiti pagamenti, sicché in assenza di diverse evidenze il conteggio del dare – avere deve essere effettuato partendo dal primo saldo a debito del cliente di cui si abbia evidenza⁶³⁷.

Tuttavia, la Suprema Corte⁶³⁸ ammette che lo stesso correntista può fornire puntuali elementi di prova atti a dar ragione del pregresso andamento del conto, così da consentire la ricostruzione per il periodo non documentato dagli estratti; e non esclude nemmeno che, sulla base del complessivo quadro processuale, e indipendentemente da tale ricostruzione, al periodo in questione possa assegnarsi un saldo di diverso ammontare, più favorevole al cliente.

Ove sia il correntista ad agire in giudizio per la ripetizione ed il primo degli estratti conto prodotti rechi un saldo iniziale a suo debito è inoltre possibile prendere in considerazione quegli ulteriori elementi che consentano di affermare che il debito nel periodo non documentato sia inesistente o inferiore al saldo iniziale del primo degli estratti conto prodotti, o che addirittura in quell'arco di tempo sia maturato un credito per il cliente stesso.

A livello pratico, tuttavia, si pone il problema di valutare quali siano «*gli ulteriori elementi*» che il cliente può fornire per dimostrare l'inesistenza del debito nel periodo non documentato da estratti conto.

Per tali ragioni, sebbene nella giurisprudenza di merito e nell'ABF si registrano diverse pronunce secondo cui gli estratti conto non soggiacciono al limite temporale previsto dall'art. 119 c. 4 T.u.b., è altrettanto vero che, allo stato dei luoghi, la Suprema Corte riconosce in capo al correntista l'onere probatorio di produzione degli estratti conto, senza però stabilire quali siano le conseguenze della mancata produzione da parte della Banca rispetto alla preventiva richiesta ex artt. 119 T.u.b. e 210 c.p.c. del correntista.

L'art. 119 T.u.b. e l'art. 117 T.u.b. per le ragioni di cui sopra, impongono la consegna della documentazione bancaria relativa al rapporto.

Ma quali sono le conseguenze dell'eventuale mancato adempimento da parte della Banca?

Il tema, che ha origine sul piano sostanziale, riverbera i propri effetti sugli aspetti processuali. Il problema non riguarda solo l'ipotesi in cui si accolga la tesi per cui gli

⁶³⁷ Cass. 28/11/2018 n. 30822, in *Giust. Civ. Mass.*, 2019.

⁶³⁸ Cass. 02/05/2019 n. 11543.

estratti conto non ricadono nella disciplina di cui al comma 4 dell'art. 119 T.u.b., potendo sussistere sia in relazione alla produzione della documentazione contrattuale sia con riferimento alla consegna degli estratti conto stessi nel limite *infra* decennale.

La mancata previsione normativa delle conseguenze degli inadempimenti da parte delle Banche incentiva condotte non corrette da parte degli intermediari. In tale ottica, un ruolo primario può essere assunto dalla responsabilità civile nella sua chiave polifunzionale.

Chiarito che l'inadempimento della Banca alla richiesta ex art. 119 T.u.b. consente tanto il ricorso per decreto ingiuntivo ex art. 633 c.p.c., volto ad ottenere la consegna documentale, quanto la richiesta di ordine giudiziale ex art. 210 c.p.c., si pone il problema di stabilire quali siano le conseguenze nell'ipotesi di ulteriore inadempimento della Banca anche all'ordine ex art. 210 c.p.c.

Secondo un primo orientamento⁶³⁹ il diritto di ottenere la documentazione, anche mediante la richiesta ex art. 210 c.p.c. dev'essere tenuto distinto dalla produzione in giudizio dei documenti di cui la parte è direttamente onerata, ex art. 2697 c.c., sicché esso non può essere considerato in funzione sostitutiva dell'onere probatorio né, tantomeno, l'istanza di parte, cui è subordinata la possibilità di emissione del provvedimento, può avere un effetto modificativo dell'incombenza legale derivante dall'applicazione del citato art. 2697 c.c.

Per tale orientamento, quindi, alcuna conseguenza sfavorevole può scaturire dalla mancata produzione documentale da parte della Banca.

Una simile interpretazione della disposizione, tuttavia, rende priva di effettività lo stesso contenuto del precetto di cui all'art. 119 T.u.b., risolvendosi in un significativo incentivo per le Banche di rendersi sistematicamente inadempienti. Del resto, la Banca si troverebbe dinanzi a un bivio dall'esito ovvio: adempiere all'ordine di esibizione ed esporsi al rischio di fornire utili elementi di prova al cliente – attore, oppure non adempiere all'ordine di esibizione e rimanere indenne da qualsivoglia conseguenza.

Tali considerazioni rendono evidenti la non linearità logica prima ancora che giuridica dell'orientamento innanzi citato.

La conseguenza dell'inadempimento della Banca alla richiesta documentale deve incidere negativamente sulla situazione giuridica della Banca, in modo che la stessa sia scoraggiata a porre in essere ulteriori simili condotte.

Nella giurisprudenza di merito si è infatti affermato un ulteriore orientamento che predilige l'applicazione di una sanzione per l'istituto inadempiente. Sul tipo di sanzione,

⁶³⁹ Cfr. Trib. Siena, 20 gennaio 2020, n. 76, Trib. Roma, 15.02.2022, in *dejure.it*.

tuttavia, non vi è un'uniformità di vedute. Invero, secondo taluni⁶⁴⁰ il comportamento della banca che non ha prodotto i contratti di conto corrente deve essere censurato, disponendo di procedere al ricalcolo degli interessi debitori del conto corrente ordinario e del conto anticipi al tasso legale e senza alcun altro onere a carico.

Secondo altri⁶⁴¹, la condotta della Banca che abbia disatteso anche l'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. consentirebbe l'applicazione del criterio del c.d. "saldo zero". Tale condotta è, infatti, valutabile ai sensi dell'art. 116 c.p.c. come idonea a sollevare parte attrice dall'onere, sulla stessa incombente, ai sensi dell'art. 2697 c.c., di provare l'avvenuto addebito di somme in mancanza di causa, ovvero in forza di clausole contrattuali invalide.

Appurata la necessità di non lasciare "impunito" l'inadempimento della Banca, si ritiene di non poter fornire una risposta univoca che valga come regola generale, essendo necessario operare dei distingu.

Nell'ipotesi di mancata consegna dei documenti contrattuali, non vi è dubbio che la conseguenza sia quella di dover ritenere provate le circostanze dedotte dal cliente, ovvero di assenza delle condizioni contrattuali. Del resto, se sussiste un diritto sostanziale, ma anche processuale, di ottenere copia della documentazione contrattuale, senza limiti di tempo e la Banca non consegna il contratto, la stessa si espone alla possibile applicazione della disciplina prevista nell'art. 117 T.u.b. Il rapporto deve essere ricalcolato secondo i tassi BOT in luogo di quelli pubblicizzati.

Discorso diverso, invece, è da operarsi per gli estratti conto. Certamente, laddove non vengano consegnati gli estratti conto *infra* decennali, le conseguenze non possono ricadere negativamente sul correntista che agisce in giudizio. Nessuna responsabilità può essere ad esso addebitata. Altrimenti la violazione di un diritto sostanziale si riverserebbe sul piano processuale in capo all'incolpevole attore, così da elidere totalmente la *ratio* dell'intera disciplina di trasparenza.

In simili fattispecie occorre interrogarsi sull'interesse specifico posto a tutela della specifica parte. L'interesse del cliente è di ricostruire integralmente il rapporto di dare/avere.

Nell'ipotesi in cui è impossibile agire in forma specifica per la consegna della documentazione, sia nell'ipotesi di irreperibilità sia in quella di mancanza di volontà di

⁶⁴⁰ App. Palermo, Sez. III, 26 marzo 2019, in www.dirittodelrisparmio.it.

⁶⁴¹ Trib. Bari, 26 febbraio 2020, n. 845, in www.dirittodelrisparmio.it.

collaborazione della Banca, si ritiene corretto procedere, secondo i principi della responsabilità civile, per equivalente.

Tuttavia, la già rammentata *ratio* della disciplina tutela la parte debole del rapporto banca cliente, sicché la responsabilità civile sarebbe caratterizzata da un *quid pluris*, coincidente con una sanzione del comportamento scorretto dell'Istituto di credito.

Pertanto, sul piano processuale, nel caso di carenza parziale di estratti conto limitato a precisi periodi, occorrerà procedere o con l'operazione di "raccordo" ovvero per "blocchi", ritenendo indebito ogni singolo intervallo di tempo.

Non è neppure da escludersi l'utilizzo del criterio del c.d. "saldo zero" laddove si provi che il contratto presenti clausole illegittime, confermate dagli estratti conto successivi prodotti in giudizio.

Discorso, invece, diverso che esige un intervento legislativo riguarda la produzione degli estratti conto ultradecennali.

La disposizione di cui all'art. 119 comma 4 T.u.b., per come formulata, si presta ad essere interpretata in entrambe le direzioni: sia come disposizione regolante il diritto ad ottenere la consegna integrale sin dall'origine del rapporto⁶⁴², sia come norma che impone un preciso limite temporale.

Sul punto, occorre chiarire che non può sussistere un obbligo della Banca di consegna degli estratti conto anteriori all'entrata in vigore del T.u.b., in ragione della mancanza di una previgente disciplina riportante un simil obbligo. Per quanto concerne il periodo successivo, invece è opportuno un intervento legislativo. Infatti, se è vero che il rapporto di conto corrente è unitario, in assenza di una specifica singola operazione, il correntista avrebbe diritto, entro dieci anni dalla chiusura del conto, alla consegna integrale degli estratti conto.

Ad oggi l'interprete è chiamato a ragionare sistematicamente.

Non si deve trascurare un dato. La giurisprudenza di legittimità è unanime nel ritenere che la Banca, che agisce in sede monitoria nei confronti del correntista, è onerata unicamente dalla produzione di una prova scritta conforme all'art. 50 T.u.b., precisando, tuttavia che, nell'ipotesi di successiva opposizione del correntista, l'Istituto di credito è onerato della produzione integrale degli estratti conto sin dall'origine del rapporto, pena l'azzeramento del saldo.

Il principio sul piano processuale è chiaro. La Banca che agisce in giudizio contro il correntista deve produrre tutti gli estratti conto.

⁶⁴² Di tale avviso G. CIRIANNI, op. cit.

Da tale conclusione possono scaturire due interessanti implicazioni.

Innanzitutto, la Banca, prudentemente nella fisiologia del rapporto, è tenuta a conservare tutti gli estratti conto, in quanto, in un'eventuale fase patologica è onerata della produzione integrale. Sul piano pratico ciò implica che, verosimilmente, anche nelle ipotesi in cui ad agire sia il correntista la Banca è in possesso degli estratti conto. La mancata consegna, quindi, risulterebbe violativa dei principi di buona fede e correttezza che devono necessariamente caratterizzare il rapporto banca cliente e su cui si fonda la fiducia del secondo rispetto al primo.

La seconda implicazione invece riguarda l'applicazione sul piano sostanziale della logica processuale.

Il saldo di rapporto conto corrente, sia se a credito sia se a debito, se frutto di illegittimi addebiti avvantaggia senza alcun dubbio la Banca. Ne discende, quindi, che anche sul piano sostanziale, così come già avviene sul piano processuale, la Banca deve dare prova della regolarità di quel saldo, anche in virtù della considerazione della unitarietà del rapporto di conto corrente.

Una simile costruzione appare essere maggiormente confacente alla *ratio* della disposizione e dell'intera normativa di settore.

Del resto, una normativa può definirsi a tutela di un soggetto solo e soltanto se in tale direzione ripongono i rimedi previsti. Altrimenti, le disposizioni esaurirebbero la loro funzione nel rappresentare dei meri *spot* pubblicitari e dichiarazioni di stile.

VII. I MUTUI INDICIZZATI AL FRANCO SVIZZERO

Il ruolo di responsabilità sociale ricoperto anche dal soggetto Banca, anche alla luce della sempre più interconnessione tra le discipline, trova un'ulteriore ed espresa conferma nella tematica del mutuo indicizzato al franco svizzero⁶⁴³.

Alcuni istituti di credito hanno concesso numerosi mutui fondiari con conguagli semestrali calcolati in base alle variazioni del tasso LIBOR Franchi Svizzeri.

Il tenore delle disposizioni contenute nei contratti di mutuo indicizzati si pone nella direzione diametralmente opposta rispetto a quanto previsto dal legislatore, palesando l'oscurità, l'indeterminatezza e la scarsità di chiarezza delle condizioni contrattuali.

⁶⁴³ Per un approfondimento in dottrina si rinvia a F.C. NASSETTI, *Le clausole di indicizzazione nei finanziamenti e nei leasing*, in *Giur. comm.*, 2016, 3, pp. 352ss.; G. DE LUCA, *L'efficacia probatoria del provvedimento di public enforcement sulle vessatorietà delle clausole inserite nei contratti del consumatore*, in *ibidem*, 2022, 3, pp. 595ss.; D. MAFFEIS, *Direttiva 2014/17/UE: rischi di cambio e di tasso di valore della componente aleatoria nei crediti immobiliari ai consumatori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, 2, pp. 190ss.; ID., *Derivati come clausole: corre la finanza, esita il diritto*, in *ibidem*, 2021, 3, pp. 303ss.; L. ALBANESE, *Credito in valuta estera: sindacato di vessatorietà e incidenza del rischio di cambio*, in *Resp. Civ. prev.*, 2020, 3, pp. 760ss.

La particolarità del prodotto di mutuo sottoscritto da numerosi mutuatari consiste nel fatto che la banca si procurava, al tasso di cambio in essere al tempo della stipula, l'equivalente in Franchi Svizzeri del capitale preso a prestito. Pertanto, il cliente riceveva una somma in Euro che, per effetto dell'indicizzazione, era l'equivalente di un determinato importo in Franchi svizzeri, convertito sulla base del tasso convenzionale di cambio fissato alla data della stipula del contratto (il cd. "cambio convenzionale o storico").

Il piano di ammortamento veniva elaborato sulla base di un capitale calcolato, in un primo momento, in Franchi Svizzeri e, successivamente, convertito in Euro sulla base di un tasso di interesse e un tasso cambio CHF / EUR determinato convenzionalmente.

L'erogazione e il rimborso della somma mutuata erano regolati in Euro, nonostante la valuta di riferimento ai fini del calcolo delle rate fosse il Franco Svizzero, con l'effetto che l'importo delle rate dipendeva dall'andamento del tasso di cambio tra Euro e Franco svizzero, secondo un meccanismo di conguaglio semestrale. Infatti, semestralmente, il tasso di cambio convenzionale veniva confrontato con il tasso LIBOR CHF rilevato a sei mesi, con conseguenti conguagli a debito o a credito.

Il tenore di simile clausole è stato totalmente censurato dal provvedimento n. 27214/2018⁶⁴⁴ dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato, che le ha ritenute vessatorie in violazione dell'art. 35 comma 1 del Codice del consumo. Nel dettaglio è stato evidenziato come dette clausole non informano il cliente sulla circostanza che il piano di ammortamento costruito al tasso iniziale è solo indicativo, con la precipua conseguenza che detto tasso risulta mutevole nel tempo per effetto dei conguagli dovuti alla indicizzazione. Inoltre, il tenore delle previsioni inserite nei contratti indicizzati è di difficile comprensione per i clienti, posti in una posizione informativa fisiologicamente più debole, i quali, rivolgendosi ad un Istituto di credito al fine di stipulare un rapporto di mutuo per l'acquisto di un'abitazione, sono indotti a sottoscrivere, inconsapevolmente, un prodotto, di fatto, speculativo agganciato all'andamento del Libor franco svizzero, inadeguato rispetto al profilo dei mutuatari e afferente, invece, al profilo di un investitore esperto.

Le clausole sono state ritenute palesemente illegittime anche dalla giurisprudenza⁶⁴⁵.

⁶⁴⁴ Il testo del provvedimento è consultabile sul sito internet al seguente link: <https://www.agcm.it>

⁶⁴⁵ . Trib. Milano, ordinanza N.R.G. 47185/2015; Trib. di Roma, ordinanza N.R.G. 44182/2015 del 03.01.2017; Trib. di Pescara, Ordinanza rimessione istruttoria n. cronol. 3710/2016 del 14/12/2016; Trib. di Busto Arsizio, Sent. n. 375/2017 pubbl. il 10/03/2017 RG n. 7261/2013 Repert. n.881/2017 del 10.03.2017, tutte sul *ilcaso.it*.

Per la Suprema Corte di Cassazione⁶⁴⁶, la valutazione emessa dall'AGCM di non chiarezza e comprensibilità delle clausole del testo contrattuale deve ritenersi presuntivamente corretta⁶⁴⁷.

La violazione del principio di trasparenza di cui all'art. 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13/CEE fa sì che queste clausole vadano qualificate come abusive ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1, della direttiva, laddove determinino un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto⁶⁴⁸.

Ai sensi di quanto previsto dall'ordinamento nazionale degli art. 33 e art. 36, comma 1, art. 35, comma 1, art. 34, comma 2, e per quanto riguarda l'ordinamento Europeo degli artt. 3, 6, art. 5, comma 1 e art. 4, comma 2, della Direttiva 1993/13/CEE, le clausole contrattuali di un contratto fra professionista e consumatore, redatte in modo non chiaro e comprensibile, possono essere qualificate vessatorie (nella terminologia italiana) o abusive (nella terminologia Europea), se determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto e ciò anche ove esse concernano la stessa determinazione dell'oggetto del contratto o l'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, se tali elementi non sono individuati in modo chiaro e comprensibile⁶⁴⁹.

Ciò posto, si pone il problema di stabilire la riconducibilità della clausola di indicizzazione al cambio di valuta straniera alla disciplina del contratto derivato.

Sul punto, la Suprema Corte⁶⁵⁰ ha rimesso la questione al Primo Presidente per l'eventuale rinvio alle Sezioni Unite.

⁶⁴⁶ Cass. civ. Sez. I, n. 31 agosto 2021, n. 23655, in www.dirittodelrisparmio.it.

⁶⁴⁷ Nel dettaglio, i giudici di legittimità hanno statuito che: «*In tema di contratti tra professionista e consumatore, il provvedimento con il quale l'AGCM accerti l'assenza di chiarezza e comprensibilità di alcune clausole contrattuali determina, nel giudizio civile promosso ex art. 37 bis, comma 4, c.cons., una presunzione legale, suscettibile di prova contraria, che non è sancita espressamente dalla legge ma scaturisce dalla funzione sistematica assegnata agli strumenti di "public enforcement" e genera un dovere di motivazione e di specifica confutazione in capo al giudice civile che maturi una diversa opinione*».

⁶⁴⁸ Cfr. art. 33, comma 1, cod. cons.

⁶⁴⁹ L'art. 4 della summenzionata direttiva impone di valutare il carattere abusivo di una clausola contrattuale, tenendo conto della natura dei beni o servizi oggetto del contratto e facendo riferimento a tutte le circostanze che accompagnano la conclusione del contratto e a tutte le altre clausole del contratto o di un altro contratto collegato.

In tal senso si è espressa chiaramente la Corte di Giustizia UE (sentenze 30/5/2013, in causa C-488/11; 14/6/2012, in causa C-618/10, 21/2/2013, in causa C-472/11; 30/4/2014, in causa C-26/13, 26/2/2015, in causa C-143/13; 20/9/2017, in causa C-186/16) affermando che il sistema di tutela del consumatore in materia di clausole contrattuali istituito dalla direttiva 93/13/CEE è fondato sul presupposto che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda il potere nelle trattative e il livello di informazione, situazione questa che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte senza poter incidere sul loro contenuto.

⁶⁵⁰ Cass. ordinanza n. 8603 del 16 marzo 2022 (sez. III, Pres. Rubino, est. Cricenti), con commento di D. MAFFEIS, *Alea razionale nei contratti di finanziamento: l'ordinanza di rimessione 8603 del 2022 sui*

Invero, in tale provvedimento si richiama quanto statuito dalle Sezioni Unite n. 11094/2015, secondo cui il derivato non è un contratto tipico e, in particolare «*il derivato è un effetto, sia finanziario che giuridico, contenuto in clausole che, a volte, hanno natura autonoma, altre volte, come nel caso che ci occupa, sono incorporate in un altro contratto. Non è un'autonoma fattispecie negoziale, ma un effetto riconducibile a fattispecie negoziali tra loro diverse*».

Pertanto, nell'ipotesi di adesione alla teoria secondo cui il meccanismo sotteso alla clausola di indicizzazione costituisce una scommessa sulle variazioni su quel canone, attraverso indici finanziari (Libor e tasso di cambio), risulterebbe gravemente viziata la causa del contratto di finanziamento. Tanto sia in una visione della causa come astratta funzione economico – sociale, nella quale l'incidenza dello scopo speculativo strumentalizza la causa tipica propria del contratto di mutuo, sia nel caso di adozione della nozione di causa in concreto. Tuttavia, di recente le Sezioni Unite⁶⁵¹, per i contratti di leasing indicizzati, hanno escluso la loro riconducibilità alla disciplina dei derivati, nonché la loro immeritevolezza ai sensi dell'art. 1322 c.c.

Tuttavia, a prescindere dalla divisibilità o meno di detto orientamento, persiste il problema di indeterminatezza dei costi e degli ulteriori profili messi in evidenza dall'AGCM, come innanzi esplicitato.

VIII. IL RUOLO DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

VIII.1 LA VALUTAZIONE DEL MERITO CREDITIZIO

Il processo di privatizzazione delle banche a carattere pubblico e di mercato concorrenziale, sfociato nell'emanazione del T.u.b., rappresenta il momento di passaggio dall'impresa funzione all'impresa diritto⁶⁵².

Si avverte la necessità di tutelare il cliente attraverso la previsione di disposizioni in materia di trasparenza che tendono al riequilibrio di un rapporto contrattuale che, seppur nel perimetro dell'autonomia privata⁶⁵³, è fisiologicamente asimmetrico. Sicché è necessario proteggere il soggetto privato dagli abusi derivanti dalla disparità contrattuale, concretizzando la tutela del risparmio ex art. 47 Cost. garantendo al contempo l'utilità sociale ex art. 41 Cost.⁶⁵⁴.

derivati come clausole, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, 4, pp. 441ss., al quale si rinvia per un più ampio esame circa la riconducibilità dell'operazione alla disciplina del derivato e, quindi, a quella del T.u.f.

⁶⁵¹ S.U. Cass. civ. n. 5657 del 23.2.2023, in *dirittobancario.it* e in *dirittodelrisparmio.it*.

⁶⁵² R. COSTI, op. cit., p. 242.

⁶⁵³ L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, I, p. 594.

⁶⁵⁴ M. FORTUNATO, *Credito e ordinamento costituzionale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, I, p. 594.

Il sistema delle patologie e delle responsabilità nella contrattazione bancaria è senz'altro ancorato al rapporto tra atto e attività disciplinata dal T.u.b.⁶⁵⁵. Ma ciò non sembra essere sufficiente. Se, infatti, per le disposizioni generali il cliente non è elemento caratterizzante⁶⁵⁶, per alcune disposizioni speciali, come ad esempio la disciplina del credito al consumo, la qualifica soggettiva completa il quadro oggettivo proprio dell'attività posta in essere dal soggetto banca⁶⁵⁷. In tali fattispecie la disciplina del testo unico deve coordinarsi con il codice del consumo⁶⁵⁸.

Gli interventi del legislatore unionale e nazionale hanno rafforzato gli obblighi informativi imposti in capo alla Banca, in favore del cliente, sin dalla fase precontrattuale. Tali obblighi sono ancor più stringenti nella disciplina del credito al consumo.

Tutta l'informativa precontrattuale, mossa da intenti di chiarezza e di comprensibilità delle condizioni contrattuali, raggiunge il proprio scopo e ha ragion d'essere solo ove sia prevista espressamente una responsabilità della Banca. È l'ipotesi della difformità tra i tassi, le condizioni, i costi e il TAEG – per la disciplina del credito al consumo – tra quanto pubblicizzato e quanto pattuito.

Oltre a tale ipotesi, nessuna responsabilità è prevista espressamente per il finanziatore che non rispetti tutti gli obblighi informativi imposti dalla normativa.

Ciò rappresenta una lacuna della disciplina, sicché la mancanza di conseguenze alla violazione dei precetti normativi priva di efficacia la stessa portata della norma.

L'art. 124 comma 5 T.u.b. avrebbe introdotto anche nella disciplina bancaria la regola di adeguatezza propria della materia finanziaria⁶⁵⁹. Secondo altro orientamento⁶⁶⁰ l'adeguatezza sarebbe riferita alle informazioni, sicché sarebbe prospettabile esclusivamente una regola di responsabilità ex art. 1176 comma 2 c.c.

A ogni buon conto, si evidenzia la bulimia legislativa che ha colorato di vari precetti le disposizioni precontrattuali senza, tuttavia, prescriverne le conseguenze. «I chiarimenti

⁶⁵⁵ In tal senso E. SCODITTI, *Patologie, responsabilità e rimedi nella contrattazione bancaria*, in (a cura di) E. CAPOBIANCO, op. cit., 904. L'A. valorizza l'applicazione della disciplina «alle attività svolte nel territorio della Repubblica dalle banche e dagli intermediari finanziari».

⁶⁵⁶ M. DI PIETROPAOLO, *Ambito e fondamento del diritto alla documentazione bancaria (art. 119 T.u.b.)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, II, p. 750ss.

⁶⁵⁷ In generale sul dibattito circa la concezione oggettiva del contratto e quella soggettiva si veda f. MESSINEO, *Caratteri giuridici comuni, concetto e classificazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1960, I, p. 321; E. MINERVINI, *Banca, attività bancaria, contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1962, I, p. 313ss. Tale contrapposizione viene assorbita con il T.u.b. dal prima dell'attività.

⁶⁵⁸ E. SCODITTI, op. cit.

⁶⁵⁹ A. NIGRO, *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti*, Torino, 2011, p. 38ss.; T. FEBBRAJO, *La nuova disciplina dei contratti di credito "al consumo" nella Dir. 2008/48/CE*, in *Giur. it.*, 2010, p. 227; A.A. DOLMETTA, *Trasparenza bancaria*, op. cit., pp. 124ss.

⁶⁶⁰ G. FALCONE, *"Prestito responsabile" e sovraindebitamento del consumatore*, in *Dir. fall.*, 2010, 1, p. 649.

devono essere adeguati». Sorgono molteplici dubbi, tuttavia, sull'effettività di detta disposizione e sul suo contenuto. Quando i chiarimenti possono dirsi adeguati? Come il cliente può dimostrare l'inadeguatezza dei chiarimenti?

Parrebbe, quindi, che la prescrizione contenuta nell'art. 124 comma 5 T.u.b. si risolva in una mera esplicazione di un principio civilistico generale, ex art. 1176 comma 2 c.c. concernente negli obblighi di correttezza, buona fede e diligenza, anche nella fase precontrattuale.

Certamente la disciplina della concessione del credito è imperniata dalla verifica da parte dell'Istituto di credito della sostenibilità dell'impegno che il cliente assumerebbe con la conclusione del contratto.

Piuttosto, la disposizione che può costituire l'ingresso della valutazione di adeguatezza propria della disciplina finanziaria in ambito bancario è quella contenuta nell'art. 124bis T.u.b., relativa alla valutazione del merito creditizio⁶⁶¹, secondo cui «*Prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore valuta il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando una banca dati pertinente*».

Qualora detta disposizione sia interpretata nel senso di prevedere un obbligo di astensione della Banca nell'ipotesi di valutazione negativa, le similitudini e i punti di contatto con la valutazione di adeguatezza dell'intermediario finanziario sarebbero molteplici. Anche in tali ipotesi, infatti, sussiste un obbligo di astensione dell'intermediario nell'ipotesi di inadeguatezza dell'operazione di investimento.

Obblighi in materia di verifica del merito creditizio sono altresì alla base della *MCD*, al fine di arginare e porre rimedio ai comportamenti irresponsabili da cui aveva avuto origine la crisi dei mutui *subprime*. L'art. 4 della direttiva definisce la «valutazione del merito creditizio» come la valutazione delle prospettive che le obbligazioni debitorie risultanti dal contratto siano rispettate⁶⁶².

In tal guisa, l'art. 120-undecies T.u.b. recepisce quanto prescritto dall'art. 4 della Direttiva, specificando che detta valutazione è effettuata sulla base delle informazioni

⁶⁶¹ M.R. NUCCIO, *Merito creditizio e tutela del consumatore*, Napoli, 2020; G. BIFERALI, *Il credito ai consumatori*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Padova, 2018, pp. 1839ss.; R. DI RAIMO, *Ufficio di diritto privato e carattere delle parti professionali*, op. cit., p. 322ss.; F. SARTORI, *Deviazioni del bancario e dissociazione dei formanti: a proposito del diritto al credito*, in *Giust. Civ. Trim.*, 2015, 3, p. 569ss.; M. GORGONI, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, op. cit. p. 757ss.; M. SEMERARO – A. TUCCI, *Il credito ai consumatori*, op. cit., pp. 1846ss.

⁶⁶² Sul punto v. S. CHERTI – L. FOLLIERI – C. VERDE, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in F. PIRAINO e S. CHERTI (a cura di) *I contratti bancari* op. cit., p. 213.

sulla situazione economica e finanziaria del consumatore necessarie, sufficienti, proporzionate e opportunamente verificate⁶⁶³.

Sulla portata di dette disposizioni e sull'eventuale esistenza di un obbligo di astensione si sono sviluppati due orientamenti.

Preliminarmente, è opportuno precisare che dalla valutazione positiva del merito creditizio non scaturisce un diritto del cliente a ottenere la concessione del credito⁶⁶⁴.

Non sussiste, infatti, alcun diritto soggettivo, neppure in termini di aspettativa, che consente al cliente di pretendere la concessione del credito. La Banca ha, infatti, piena discrezionalità, temperata dal limite dei principi generali di buona fede e correttezza, nel pieno esercizio della sua attività di impresa, governata dalla sana e prudente gestione⁶⁶⁵.

Quanto all'obbligo di astensione, l'ABF⁶⁶⁶ ha osservato che la valutazione del merito creditizio non può condurre a una responsabilità del finanziatore, risolvendosi sul cliente consumatore la scelta di concludere o meno il contratto.

Tuttavia, quantomeno con riferimento ai contratti di credito immobiliare, sembra che la valutazione negativa sul merito del credito debba indurre il finanziatore a non concludere il contratto. Da ciò deriva un obbligo di informare, con motivazione adeguata, il consumatore.

Se infatti, nulla è specificato dal legislatore nazionale, l'art. 18 della MCD prevede che *«il creditore eroghi il credito al consumatore solo quando i risultanti della valutazione del merito creditizio indicano che gli obblighi derivanti dal contratto saranno verosimilmente adempiuti secondo le modalità prescritte dal contratto di credito»*⁶⁶⁷.

Pertanto, dall'interpretazione scaturente dall'esame delle previsioni europee, sembra potersi affermare la sussistenza di un obbligo di astensione in capo al creditore nell'ipotesi di valutazione negativa del credito. Invero, le disposizioni di valutazione del credito

⁶⁶³ Cfr. T.V. RUSSO, op. cit., 1918.

⁶⁶⁴ Per quanto riguarda la MCD, lo stesso considerando n. 57 chiarisce, in tal senso, che una valutazione positiva del merito di credito non "dovrebbe" tradursi nell'obbligo per il creditore di erogare il credito.

⁶⁶⁵ Di tale avviso è la giurisprudenza. *Ex multis* di recente v. Trib. Catania, 5.3.2020, n. 899, in *dejure.it*. Il principio è condiviso anche dall'ABF, *ex multis* v. ABF, Coll. di Roma 10.1.2019, n. 3009; ABF, Coll. di Milano, 5.4.2018, n. 7456.

⁶⁶⁶ ABF, Coll. di Milano 31.8.2015, n. 6429.

⁶⁶⁷ Ancor più rigorosa era la proposta di Direttiva COM (2011) 142 che, nell'art. 14 par. 2 lett. a) disponeva che *«se dalla valutazione del merito di credito del consumatore risulta che le prospettive di rimborso del prestito nel corso della durata del contratto di credito sono negative, il creditore rifiuta il credito»*. Sul punto, v. E. PELLECCIA, *La Direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, p. 213; A. VALZER, *La disciplina del credito ai consumatori per l'acquisto di immobili residenziali. Un approccio critico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, 6, pp. 894ss.

tutelano non solo gli interessi dei privati direttamente coinvolti, ma ricoprono un più ampio spettro concernente la tutela del mercato del credito che esige una corretta allocazione delle risorse⁶⁶⁸.

Se questo è il punto di partenza, occorre però interrogarsi sulle conseguenze relative all'eventuale violazione dell'obbligo del finanziatore di astenersi dalla conclusione del contratto in presenza di una valutazione negativa del merito creditizio. In particolare, interessa comprendere se e quali rimedi siano a disposizione del consumatore laddove emerga una concreta insostenibilità finanziaria del prestito.

Fornire una risposta a tale interrogativo non pare semplice, in ragione della mancata previsione, neppure a livello europeo, delle conseguenze di una simile violazione. Gli interessi in gioco sono molteplici. Da un lato, vi è un finanziatore che ha concesso credito nonostante l'esito negativo di una siffatta valutazione, contravvenendo ai doveri di agire responsabilmente e correttamente per la tutela del cliente e dell'intera stabilità del mercato creditizio e, dall'altro, il soggetto debitore che ha dapprima beneficiato della concessione del credito che non avrebbe dovuto ottenere e, poi, in presenza di difficoltà nel rispettare i propri doveri, ha subito un pregiudizio derivante dall'originario inadempimento della Banca.

Qualora si valorizzi l'elemento dell'autoresponsabilità del soggetto privato, il ragionamento sarebbe rapido e immediato. Nessun rimedio potrebbe essere attivato dal cliente consumatore, in quanto dell'inadempimento del finanziatore ha comunque tratto beneficio, ricevendo credito che altrimenti non avrebbe ottenuto.

Un simile ragionamento logico giuridico non appare, tuttavia, rispondente alla *ratio* della disciplina e svuoterebbe il contenuto precettivo contenuto nell'art. 120undecies e, soprattutto, della direttiva *MCD*.

L'interprete è, quindi, chiamato a interrogarsi sulle conseguenze di una simile violazione e su come possa essere risarcito il debitore che ha confidato sulla corretta e diligente valutazione del merito creditizio da parte del finanziatore⁶⁶⁹.

Secondo un primo orientamento, il comportamento del finanziatore potrebbe essere qualificato come “pratica commerciale scorretta” ai sensi dell'art. 20 c. cons.⁶⁷⁰. Si

⁶⁶⁸ Sul rapporto tra dimensione privata e pubblicista v. T.V. RUSSO, op. cit., p. 1921. L'A. evidenzia come le due dimensioni – pubblica e privata – non sono tra loro in contrasto, rappresentando due profili del medesimo interesse alla funzionalizzazione delle libertà economiche alla realizzazione del valore-persona.

⁶⁶⁹ T.V. RUSSO, *Credito immobiliare ai consumatori*, op. cit. 1922. L'A. osserva come possano essere numerosi i *benefits* derivanti dalla conclusione di quel contratto, sia per il finanziatore sia per l'intermediario.

⁶⁷⁰ Di tale avviso è G. FALCONE, «*Prestito responsabile*» e *valutazione del merito creditizio*, in *Giur. comm.*, 2017, I, p. 167.

argomenta che ricorrerebbero l'elemento della contrarietà del comportamento alla diligenza professionale e la idoneità di detto comportamento a falsare in misura apprezzabile le scelte del consumatore⁶⁷¹.

Sicché verrebbe definita azione ingannevole quella del finanziatore che concede un credito garantito a un consumatore non in grado di ripagarlo secondo le condizioni contrattualmente previste.

Tuttavia, una simile costruzione non appare persuasiva.

Le fattispecie in cui il consumatore si rivolge in Banca per ottenere il credito divergono da quelle in cui l'intermediario propone prodotti per cui il cliente è obbligato a sostenere immediatamente dei costi, come avviene nelle ipotesi di investimenti finanziari o di acquisti di prodotti assicurativi. Non è poi provabile che la mancata informazione circa la valutazione negativa del merito creditizio falsi in maniera apprezzabile il comportamento del consumatore. Nel momento in cui il consumatore si rivolge al finanziatore ha come unico obiettivo quello di ottenere il credito.

L'inadempimento dell'intermediario appare quindi configurare una concreta violazione degli obblighi precontrattuali e dei canonici principi di buona fede, correttezza e, soprattutto, di diligenza professionale ex art. 1176 c. 2 c.c. È proprio tale disposizione che impone, nell'ipotesi di valutazione negativa di credito, di informare il consumatore e di astenersi dalla concessione del credito. Inoltre, il dovere di correttezza precontrattuale ex art. 1337 c.c. deve essere letto nella prospettiva della realizzazione di valori costituzionali e, in particolare dell'art. 2 Cost., assumendone la connotazione del dovere, imposto in capo a ciascuna parte, di salvaguardare gli interessi dell'altra⁶⁷².

Ciò chiarito, muovendo dalle situazioni giuridiche protette dalla norma – tutela del consumatore e stabilità del mercato - si tenterà di seguito di indicare i possibili rimedi a disposizione del cliente.

Preliminarmente, la tutela degli interessi in gioco preclude il ricorso a criteri invalidanti il rapporto. Se così non fosse, il consumatore, oltre ad essere danneggiato, sarebbe “beffato”, in quanto si troverebbe nella condizione di dover rimborsare in un'unica soluzione il debito che non è stato in grado di onorare⁶⁷³. Oltretutto, nessuna sanzione vi

⁶⁷¹ Tali sono i presupposti richiamati dal Cons. Stato, sez. V, 14.4.2020, n. 2414, in *Dir. e giustizia*, 27.4.2020.

⁶⁷² G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003.

⁶⁷³ Evidenzia il paradosso di un simile rimedio T.V. RUSSO, op. cit., p. 1925, secondo cui dette conseguenze sarebbero sproporzionate e inefficace.

sarebbe per il finanziatore che, anzi, riceverebbe un beneficio dal suo inadempimento, potendo usufruire dell'istituto della decadenza del termine⁶⁷⁴.

Al pari è da escludere il ricorso alle regole in tema di annullamento del contratto per vizio del consenso⁶⁷⁵, la cui disciplina rappresenta il rimedio a situazioni «occasionalmente e contingenti in assenza delle quali le parti negozierebbero in posizione paritaria»⁶⁷⁶. Già siffatta considerazione non è compatibile con la situazione di fisiologica asimmetria intercorrente nel rapporto banca – cliente.

Non convince neppure l'orientamento per cui in tali ipotesi il consumatore avrebbe diritto alla gratuità del prestito, con conseguente restituzione di quanto ricevuto dal finanziatore sino a quel momento a titolo di interessi corrispettivi ed eventualmente di mora.

Ciò costituirebbe un'ipotesi di risarcimento ultrariparatorio.

Tuttavia, come già argomentato, nel nostro ordinamento l'applicazione di rimedi sanzionatori che consentono l'irrogazione di risarcimenti in misura maggiore rispetto alla perdita effettivamente subita dal debitore, è limitata alle sole ipotesi legislativamente previste. Il giudice e l'interprete non possono spingersi oltre le previsioni legislative.

Anche la disciplina bancaria è caratterizzata da alcune fattispecie in cui si rinviengono ipotesi ultracompenso che sanzionano la condotta scorretta della Banca. Ma ciò non rappresenta un principio generale e, in assenza di una specifica previsione legislativa, un simile meccanismo risarcitorio non può essere applicato alla omessa astensione di concessione del credito a seguito della valutazione negativa del merito creditizio.

Inoltre, disporre la gratuità del mutuo non costituirebbe neppure il rimedio scaturente dal giusto bilanciamento tra gli interessi in gioco.

L'interesse originario del cliente è soddisfatto dall'ottenere il credito a condizioni per lo stesso sostenibili. Nella fase patologica, il suo interesse giammai può consistere nella volontà di far caducare il rapporto. L'interesse è alla conservazione del rapporto⁶⁷⁷ e a rimodulare le relative pattuizioni⁶⁷⁸ in modo da poter far fronte agli impegni assunti.

⁶⁷⁴ Cfr. E. PELLECCIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla "contrattazione con l'insolvente"*, in *Nuova giur. comm.*, 2014, 5, p. 1112.

⁶⁷⁵ In generale sui rimedi dell'annullabilità nelle ipotesi di pratiche commerciali scorrette v. M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso*, in E. MINERVINI - L. ROSSI CARLEO (a cura di), Milano, 2007, p. 235 ss..

⁶⁷⁶ S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, Esi, 2016, p. 16.

⁶⁷⁷ S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, op. cit. 16, ha osservato che la caratteristica fondamentale della nullità di protezione «*pur assumendo la veste formale di nullità, sono dichiarate preordinate a tutelare un interesse non superindividuale, ma riferibile a quella, fra le parti del rapporto, che stipula il contratto in posizione di debolezza rispetto all'altra*».

⁶⁷⁸ Tale ipotesi è prospettata da T.V. RUSSO, op. cit., p. 1931. L'A. sostiene che la rimodulazione deve avvenire in una prospettiva perequativa, che consente altresì «*la realizzazione dell'interesse alla stabilità*

Lo strumento della nullità di protezione è, pertanto, assolutamente adeguato e consente anche al giudice, officiosamente o a seguito di eccezione del cliente, di intervenire⁶⁷⁹ nella rimodulazione delle condizioni contrattuali, secondo i principi di proporzionalità⁶⁸⁰ e ragionevolezza.

In tale prospettiva, i rimedi che possono essere applicati, in assenza di una espressa sanzione legislativa, sembrano muovere in due direzioni: la prima sulla durata del rapporto, la seconda sulla misura degli interessi di mora.

Il primo rimedio, relativo alla modifica del piano di ammortamento con diminuzione degli importi delle rate di rimborso e con contestuale incremento del numero delle stesse, è assolutamente ragionevole e proporzionato⁶⁸¹. Il cliente non è in grado di rispettare quel determinato piano di ammortamento, sicché si accresce il periodo di rateizzazione dello stesso, diminuendo così il *quantum* delle singole rate. Il costo complessivo dell'operazione rimane immutato ma, a causa dell'omessa astensione a seguito di negativa valutazione del merito creditizio, lo stesso dovrà essere rimborsato in un lasso di tempo più esteso.

Altrettanto ragionevole e proporzionato appare essere il rimedio della non debenza di interessi moratori. Invero, la mora scaturisce dal mancato rispetto da parte del cliente dell'ammortamento ed è la diretta conseguenza della concessione di un credito a determinate condizioni che la Banca aveva concesso ma che, invece, secondo la valutazione negativa del merito creditizio, non avrebbe dovuto concedere. Pertanto, il mancato pagamento delle scadenze pattuite da parte del cliente e, quindi, l'ulteriore debenza di somme diverse rispetto alla sorte capitale e alla quota di interessi corrispettivi, pregiudica il patrimonio del debitore ed è direttamente collegabile al comportamento del finanziatore. In alternativa, infatti, il finanziatore trarrebbe un illegittimo arricchimento e sarebbe incentivato a concedere credito a soggetti con valutazione negativa, confidando, nella successiva e probabile difficoltà economica del debitore a rispettare il piano di ammortamento e a guadagnare, in definitiva, somme ulteriori a titolo di mora. L'applicazione di somme a titolo di mora, quindi, costituirebbe un ulteriore danno in capo al cliente e un beneficio per il finanziatore. Sicché appare assolutamente ragionevole e

del mercato che subisce una "ferita" ogni volta che un'operazione finanziaria [...] entra in un momento di crisi».

⁶⁷⁹ M. BARALDI, *Il governo giudiziale della discrezionalità contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2005, 2, pp. 501ss.

⁶⁸⁰ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. Dir. civ.*, 2001, 2, pp. 334ss.

⁶⁸¹ E. PELLECCIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore*, op. cit. pp. 1112ss.

proporzionato non aggravare la situazione del cliente e prevedere la non debenza di somme a titolo di mora, facendo rientrare lo stesso nei limiti degli interessi convenzionali. Del resto, è proprio nella fase patologica del rapporto che si concretizza la violazione della regola, posta in essere dalla Banca, di obbligo di astensione del finanziatore a non concedere il mutuo.

Ovviamente, alcuna responsabilità del finanziatore, per difetto di nesso di causa⁶⁸², potrà essere riconosciuta nelle ipotesi in cui il danno si è concretizzato per fattori esterni e sopravvenuti rispetto alla responsabilità della Banca.

VIII.2 LE FUNZIONI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE ALL'INTERNO DI UN SISTEMA COMPLESSO

In generale, la contrattazione bancaria è sempre più caratterizzata dalla complessità, sia in termini quantitativi sia in termini qualitativi, del sistema normativo⁶⁸³.

Invero, diversi sono i soggetti coinvolti nell'emanare le disposizioni in materia, ovvero il legislatore, il regolatore di secondo livello (Banca d'Italia, Consob, IVASS), ma soprattutto il legislatore unionale che, nel suo intento di uniformare la disciplina tra gli Stati membri, è iperattivo, imponendo una costante revisione della normativa. In realtà il legislatore italiano, fino a questo momento, non è intervenuto in modo organico e sistematico, procedendo a recepire la normativa europea mediante l'introduzione a "blocchi" di singole discipline. Un simil *modus operandi* è la principale causa delle lacune e delle contraddizioni delle disposizioni della sezione trasparenza, intendendosi quell'insieme di norme che dettagliano il comportamento di buona fede, correttezza e diligenza professionale della Banca, mediante il rispetto di una serie di obblighi informativi, sin dalla fase precontrattuale⁶⁸⁴. Vengono previsti altresì obblighi di pubblicità anche precedentemente alla fase di negoziazione⁶⁸⁵, quando le parti del futuro contratto non sono neppure individuate, inserendosi «in un contesto generale

⁶⁸² In generale sull'accertamento del nesso causale nell'esperienza civile v. R. PUCCELLA, *Causalità di fatto e causalità giuridica*, in U. CARNEVALI (a cura di), *Commentario del codice civile, dei fatti illeciti. Art. 2043 – art. 96 c.p.c.*, Torino, 2011, pp. 405ss.

⁶⁸³ Per una visione generale sulla complessità normativa in ambito civilistico v. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 34ss.; ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 27ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile e la complessità del sistema, Corti Bari Lecce Potenza*, 2003, pp. 10ss.; N. IRTI, *L'età della decodificazione*, II, Milano, 1986, p. 25ss.

⁶⁸⁴ G. GRISI, *Gli obblighi di informazione*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, op. cit., p. 149; V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico*, in *Corr. Giur.*, 2009, 2, pp. 267ss.

⁶⁸⁵ F. CAFAGGI, V. CUFFARO, L. DI VIA, *Attuazione della direttiva n. 450/84/CEE in materia di pubblicità ingannevole (d. lgs. 25 gennaio 1992, n. 74)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, pp. 671ss.

caratterizzato, a livello, se così può dirsi, diffuso, da un adeguato tasso di veridicità e correttezza»⁶⁸⁶, che coinvolge le informazioni non personalizzate.

Inoltre, vi è il concreto rischio che a fronte di un sostanziale assolvimento degli obblighi informativi, il soggetto Banca eccepisca l'appiglio meramente formale del trasferimento di dati⁶⁸⁷, sfruttando la situazione di primazia informativa in danno del cliente.

Le disposizioni appaiono però ridondanti, superflue, nonché tra loro contraddittorie e disomogenee⁶⁸⁸, rispondendo ora a logiche efficientistiche del mercato ora a logiche protettive del cliente.

Occorre recuperare la visione di sistema.

In tale direzione è opportuno un intervento legislativo volto ad un effettivo coordinamento delle disposizioni, attraverso una concentrazione dei singoli precetti normativi e, soprattutto, mediante la previsione di una parte generale applicabile a tutti i tipi di rapporti bancari e di singole parti speciali per alcune discipline peculiari già presenti nel T.u.b.

La previsione di una così ossessiva specificazione degli obblighi informativi precontrattuali⁶⁸⁹ non è un meccanismo risolutivo, specie se la disciplina non è accompagnata da una concreta tutela del cliente – consumatore sul piano dei rimedi.

Invero, molti dei precetti, così come formulati, non possono dar vita a una responsabilità contrattuale della Banca. Anche un'eventuale responsabilità precontrattuale della stessa è difficile da configurare. Invero, il cliente dovrebbe essere in grado di dimostrare l'inadempimento, l'esistenza del danno e del relativo nesso causale.

L'emblema della mancanza di organicità della normativa è rappresentato proprio dalle disposizioni innanzi esaminate.

Si pensi al già approfondito tema del TAEG, elemento imprescindibile della disciplina del credito al consumo immobiliare e, ciononostante, la cui non corretta indicazione non determinerebbe la conseguenza di cui all'art. 125bis comma 6 e 7, per effetto del rinvio operato dall'art. 120noviesdecies all'art. 117 T.u.b.

O ancora, dibattute sono le conseguenze cui va incontro la Banca nel momento in cui non adempia alla richiesta di consegna documentale ex art. 119 T.u.b. e su cui ci si è in precedenza soffermati.

⁶⁸⁶ E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 2003, 1149ss.

⁶⁸⁷ M. GORGONI, *I contratti di credito ai consumatori*, in *Il nuovo diritto bancario*, op. cit., p. 535.

⁶⁸⁸ F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale*, op. cit. XVI.

⁶⁸⁹ Sull'inadeguatezza del contenuto informativo nella tutela consumeristica v. M. GORGONI, *I contratti di credito ai consumatori*, in *Il nuovo diritto bancario*, op. cit., pp. 517ss. Nella disciplina finanziaria v. R. DI RAIMO, *Fisiologia e patologie della finanza derivata*, op. cit.

La responsabilità civile, nella sua chiave polifunzionale, può costituire il mezzo con cui prevedere un innalzamento della tutela del cliente, conformando, al contempo, il comportamento della banca. Ciò attraverso sia l'utilizzo di precetti che assolvono alla funzione di deterrenza sia mediante l'interpretazione delle disposizioni già esistenti. Solo così, infatti, si possono scoraggiare gli inadempimenti della banca, le pratiche scorrette e può essere riequilibrato il rapporto fisiologicamente asimmetrico sussistente tra le parti. Nel presente lavoro di ricerca e, in particolare, nel II capitolo, si è privilegiato l'approfondimento dei profili ultrariparatori della responsabilità civile, inclusi anche della loro portata deterrente, la quale, in chiave complementare si manifesta anche per il tramite dei rimedi invalidanti. Taluni aspetti, in molte delle fattispecie già approfondite (emblematica è la fattispecie del tasso sostitutivo ex artt. 117 e 125bis T.u.b.), sono assorbite dall'aspetto ultrariparatorio che ha come presupposto l'invalidità della singola clausola; in altre sono state esaminate nei precedenti paragrafi (si pensi all'errata valutazione del merito creditizio e all'ipotesi di mutui in franchi svizzeri).

In tale ottica, il legislatore europeo intende prevedere meccanismi sanzionatori che possano assicurare l'osservanza dei comportamenti corretti per la tutela dell'integrità del mercato⁶⁹⁰.

Le sanzioni da irrogare, in caso di violazione delle normative nazionali attuate conformemente alle varie direttive, devono essere “*effective*”⁶⁹¹, proporzionate e dissuasive.

⁶⁹⁰ In tale direzione si pone altresì la direttiva (UE) 2161/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019, che modifica le direttive 93/13/CEE, 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori.

Per un'analisi sulla tutela del mercato cfr. V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2007, 4, p. 379; ID., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, Giuffrè, 2000, 174 ss.

⁶⁹¹ Il termine “*effective*” è stato tradotto in italiano ora con l'aggettivo “*efficaci*”, si veda ad esempio dell'art. 15 della direttiva 2008/122/CE, dell'art. 23 della direttiva 2008/48/CE, dell'art. 38 della direttiva 2014/17/UE), ora con la parola “*effettive*”, come nell'ipotesi dell'art. 24 della direttiva 2011/83/UE, dell'art. 11 della direttiva 2002/65/CE).

Si intende sanzionare le clausole abusive⁶⁹² e le pratiche commerciali scorrette⁶⁹³, mediante l'applicazione del rimedio della nullità di protezione che, da un lato, tutela il soggetto leso e, dall'altro, sanziona il soggetto professionale, così come costantemente interpretato dalla Corte di Giustizia⁶⁹⁴. La clausola dichiarata abusiva è *tamquam non esset*, sicché non è in grado di produrre alcuno effetto nei confronti del consumatore. Per tali ragioni, è evidente che la dichiarazione di abusività operi retroattivamente, così da poter garantire il ripristino della situazione di diritto e di fatto in cui lo stesso si sarebbe trovato se la clausola non fosse mai esistita,⁶⁹⁵ perché «*la limitazione nel tempo degli effetti di un'interpretazione di una norma del diritto dell'Unione è prerogativa esclusiva della Corte di Giustizia*»⁶⁹⁶.

⁶⁹² In arg. cfr. G. ALPA, *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Corr. Giur.*, 1993, p. 639ss.; V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Riv. notariato*, 1995, I, p. 369ss.; N. SALANITRO, *La direttiva comunitaria sulle 'clausole abusive' e la disciplina dei contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, 5, p. 545ss.; V. BUONOCORE, *La direttiva comunitaria del 5 aprile 1993 sulle "clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori" e la disciplina della trasparenza nelle operazioni di intermediazione finanziaria (leasing, factoring e credito al consumo)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, 4, pp. 449ss.

Di recente v. F.G. VITERBO, *Le clausole vessatorie*, in *I Contratti bancari* (a cura di) E. CAPOBIANCO, op. cit. 376ss.

⁶⁹³ Per un approfondimento v. G. DE CRISTOFARO – R. CALVO – L. DI NELLA – A. CIATTI – R. DI RAIMO, *Cinque voci sulla direttiva comunitaria 2005/29/CE in tema di pratiche commerciali sleali*, in *Contr. e impr. Europa*, 2007, 1ss.; M.R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impianto sistematico della Direttiva 2005/29/CE*, in (a cura di) A. GENOVESE, Padova, 2008, p. 272ss.; A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. privato*, 2010, p. 37ss.; T.V. RUSSO, *Credito immobiliare ai consumatori*, op. cit. 1924.

⁶⁹⁴ Si veda *ex multis* Corte giust., Grande Sezione, 21 dicembre 2016, n. 154/307, in *Contratti*, 1, 2017, p. 11 ss. In dottrina v. F. MORLANDO, *Gli effetti della dichiarazione di abusività*, in *Giur. it.*, 2018, 1, p. 29 ss., secondo cui il principio di retroattività degli effetti derivanti dall'interpretazione di una norma di diritto dell'Unione può essere limitato dalla sola Corte di giustizia perché solo in tal modo verranno garantite regole uniformi (spec. pp. 39 e 40). S. PAGLIANTINI, *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l'interpretazione autentica della Corte di Giustizia*, in *Contratti*, 2017, 1, p. 15 ss., evidenzia che l'interpretazione autentica dell'art. 6, paragrafo 1, direttiva 93/13, compiuta dalla Corte, genera riflessi sistemici nell'ottica di un effetto deterrente dei rimedi consumeristici. L'arresto certifica l'inefficacia di pieno diritto delle clausole abusive, fin dal momento della stipula.

⁶⁹⁵ C. DALIA, *Sanzioni e rimedi individuali "effettivi" per il consumatore in caso di pratiche commerciali scorrette: le novità introdotte dalla Direttiva 2161/2019/UE*, in *Riv. dir. industriale*, 2020, 6, 331.

⁶⁹⁶ Le numerose pronunce della Corte di giustizia (tra cui Corte giust. 30 maggio 2013, n. 488, in *Foro it.*, 2014, 1, IV, c. 3; Corte giust. 14 giugno 2012, n. 618, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 6, p. 2061; Corte giust., Grande Sezione, 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17; Corte giust. 21 gennaio 2015, n. 482, in *Foro amm.*, 2015, 1, p. 4; Corte giust. 21 febbraio 2013, n. 472, in *Foro it.*, 2014, 1, IV, c. 5; Corte giust. 30 maggio 2013, n. 488, in *Guida dir.* 2013, 31, p. 94 e in *Foro it.*, 2014, 1, IV, c. 3; Corte giust., Grande Sezione, 21 dicembre 2016, n. 154/307, in *Contratti*, 1, 2017, p. 11 ss.) confermano il carattere dissuasivo della nullità di protezione che deve essere gestita dal giudice per assicurare il «non uso» di clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, nell'ottica della garanzia di un mercato corretto e concorrenziale in cui devono essere repressi gli abusi del potere normativo d'impresa. Sicché il giudice: 1) deve sempre rilevare la nullità di una clausola abusiva, a prescindere dal tipo di procedimento e da chi propone la domanda, cioè anche a fronte di una domanda o eccezione del consumatore che si fonda sulla clausola; 2) deve dichiarare l'abusività dopo aver dato alle parti la possibilità di discuterne in contraddittorio, se dal dibattito non emergono elementi nuovi, idonei ad escludere il carattere abusivo della clausola o, comunque, volti a dimostrare che le conseguenze derivanti dalla disapplicazione sono paradossalmente più pregiudizievoli per il consumatore, secondo un criterio oggettivo, che non sia basato sulla mera

L'importanza delle clausole vessatorie è confermata da quattro decisioni⁶⁹⁷ coeve della Corte di Giustizia⁶⁹⁸ che, ha dichiarato che gli artt. 6, par. 1, e 7, par. 1, Dir. 93/13 devono essere interpretati nel senso che il giudice dell'esecuzione deve rilevare d'ufficio la vessatorietà delle clausole contenute nel contratto concluso tra il professionista e il consumatore, anche quando il titolo esecutivo sia costituito da un decreto ingiuntivo non opposto. Il principio sancito dalla Corte di Giustizia è stato già recepito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁶⁹⁹.

Oltre alle ipotesi di clausole abusive e di pratiche commerciali scorrette, gli effetti deterrenti propri dai rimedi invalidanti sono perseguiti per il tramite di tecniche invalidanti, tra cui nullità di protezione⁷⁰⁰, annullabilità e inefficacia⁷⁰¹.

La scelta politico-legislativa è chiara. La tutela del cliente è affidata, nella fase precedente la conclusione del rapporto, a precisi doveri informativi, gravanti sul professionista, a specifiche forme di pubblicità e al divieto di pratiche commerciali scorrette. Nella fase successiva, invece, alla formazione del contratto, il legislatore interviene per il tramite dei summenzionati rimedi invalidanti e risarcitori, entrambi espressione dei caratteri deterrenti e punitivi della responsabilità civile, nella sua chiave polifunzionale.

Non sempre, giova ribadire, sono disciplinate le conseguenze degli inadempimenti posti in essere dal soggetto professionale.

In tale prospettiva, la violazione degli obblighi precontrattuali posta in essere dalla Banca, in assenza di una specifica previsione legislativa, potrebbe portare a una riduzione equitativa dei costi e dei tassi pagati o comunque promessi.

dichiarazione di opportunità o di convenienza del singolo consumatore interessato dal caso di specie;3) valuta tra la possibilità di conservazione o caducazione dell'intero contratto, a seconda di quale delle due sia più idonea a garantire un maggiore effetto dissuasivo e la miglior tutela per il/i consumatore/i, tenuto appunto conto dell'esigenza che il professionista non tragga alcun beneficio, ma sia indotto alla futura rimozione della clausola dal contratto utilizzato;4) accerta e dichiara l'abusività anche di una clausola che non sia stata utilizzata, ma solo inserita nel contratto; 5) dichiara, sempre nell'ottica della funzione dissuasiva, la retroattività della vessatorietà. Così concepita la "inopponibilità della clausola" (nullità di protezione) è destinata a sanzionare solo il professionista, autore dell'abuso, e a realizzare l'effetto a lungo termine della tutela che vuole il non uso delle clausole abusive, per una migliore efficienza del mercato contro gli abusi del potere regolamentare dell'imprenditore.

⁶⁹⁷ Per un approfondimento v. M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, in *Giur. it.*, 2022, 2126; L. BACCAGLIA, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, in *Riv. dir. bancario*, 2023, 1, 57ss.

⁶⁹⁸ C. Giust. UE, 17 maggio 2022, cause riunite C-693/19 e C-831/19, C-600/19 e C-725/19.

⁶⁹⁹ S.U. Cass. civ., n. 9479 del 6.4.2023 in *dejure.it*.

⁷⁰⁰ S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016; S. PAGLIANTINI, *Un giro d'orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, in *Persona e mercato*, 2021, 1, pp.31ss.; A. CANDIAN, *Nullità di protezione e selezione degli atti impugnati*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, 5, pp. 720ss.; F. GRECO, *L'esercizio selettivo della nullità tra protezione dell'investitore e sfruttamento opportunistico della normativa di tutela*, in *Resp. civ. prev.*, 1, 2019, pp. 151-162.

⁷⁰¹ In arg. M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 1, 1ss.

Assolutamente da censurare risulta la scelta del legislatore circa la disciplina della corretta indicazione del TAEG nella normativa del credito al consumo immobiliare, la cui importanza è anticipata sin alla fase della pubblicità pre-negoziata.

Diversi sono gli articoli dedicati dal legislatore agli obblighi informativi precontrattuali, senza che vi sia alcuna disposizione sulla forma e sul contenuto dei contratti. In altri termini, difetta totalmente una disposizione riprodotiva degli artt. 117 e 125bis T.u.b.

Nell'art. 120noviesdecies T.u.b. il legislatore opera un rinvio del tutto inopportuno e errato all'art. 117 T.u.b., senza fare alcun riferimento all'art. 125bis T.u.b.

Così disponendo, si pone un palese contrasto tra le disposizioni. Il TAEG, infatti, caratterizza le fattispecie di credito al consumo e assolve ad una funzione imprescindibile circa la conclusione del contratto, tant'è che l'art. 125bis T.u.b. stabilisce che nell'ipotesi di mancata o errata indicazione dello stesso, la clausola è illegittima e si applicherà il tasso sostitutivo Bot. Si è già osservato che, invece, un simile meccanismo non è previsto nell'art. 117 T.u.b. Da qui la violazione e la contraddittorietà della normativa nella parte in cui la disciplina del credito immobiliare ai consumatori richiama l'art. 117 T.u.b., in luogo dell'art. 125bis T.u.b.

Il rimedio sostitutivo dei tassi e delle condizioni, già esaminato, appare costituire un'ipotesi di risarcimento ultracompensatorio.

Ciò, nella materia, non rappresenta un *quid novi*. Si pensi alla disciplina dell'usura, per cui nel caso in cui vengano pattuiti tassi usurari, il cliente è tenuto alla restituzione del capitale, o al già richiamato meccanismo sostitutivo dei tassi ex artt. 117 e 125bis T.u.b.

In simili fattispecie, la responsabilità della Banca non è limitata a ristorare il soggetto della perdita subita. L'intento del legislatore non si riduce nel porre il cliente nella stessa situazione in cui lo stesso si sarebbe trovato senza le violazioni poste in essere dalla Banca. Se così fosse, i tassi e le condizioni sarebbero ricondotte nei limiti pubblicizzati o pattuiti. Invece, la Banca è tenuta a ristorare il cliente di un *quid pluris*. Il cliente, attraverso il meccanismo sostitutivo, ha un beneficio dall'inadempimento della Banca, senza che ciò possa costituire una locupletazione indebita. La spiegazione di simili fattispecie si rinviene nella logica di tutela del cliente che ispira tutta la normativa di settore, mossa dall'intento di scoraggiare condotte scorrette della Banca posta in una situazione fisiologicamente di vantaggio.

Ovviamente, resta inteso che la portata dissuasivo-punitiva deve essere proporzionata alla migliore realizzazione degli interessi in gioco, in relazione agli scopi di protezione della disciplina, nell'ottica comunque della stabilità finanziaria e del sistema italo-unionale.

Tali considerazioni non stridono con gli ultimi arresti sia della giurisprudenza di legittimità⁷⁰² sia del Consiglio di Stato⁷⁰³ in merito alla c.d. *compensatio lucri cum damno* e al danno *in re ipsa*.

Se è vero che costituisce principio generale della responsabilità civile quello per cui il soggetto leso non possa arricchirsi oltre i danni effettivamente patiti, non può assolutamente escludersi che, in una società economica e sociale altamente differenziata, sussistano fattispecie con funzioni di deterrenza e al contempo sanzionatorie. Specie in alcuni settori caratterizzati da un fisiologico rapporto asimmetrico tra le parti e in cui l'interesse del legislatore è duplice e riguarda tanto il soggetto più debole quanto l'integrità dell'intero mercato.

Così legittima è la qualifica di alcune disposizioni come ultrariparatorie.

Sarebbe auspicabile un intervento legislativo volto alla semplificazione e al coordinamento della normativa esistente.

Un primo gruppo di norme dovrebbe contenere i principi generali per ogni fase del rapporto banca cliente: pubblicità, informativa precontrattuale, contratti, *ius variandi* e comunicazioni alla clientela. Successivamente, per ogni singola disciplina dovrebbero essere specificati esclusivamente gli elementi speciali rispetto alla parte generale, rinviando a quest'ultima la disciplina delle fattispecie in comune.

Ad oggi, invece, tutte le fasi sono dettagliate per ogni singola fattispecie, riproducendo, quindi, più volte simili disposizioni.

Oltretutto, è necessario che il legislatore sia coerente circa la corretta indicazione del TAEG, specie tra credito al consumo e credito al consumo immobiliare. Inoltre, occorre prevedere le conseguenze degli inadempimenti della Banca, nonché specificare il limite temporale del diritto del cliente ad ottenere la consegna di copia degli estratti conto. A tal fine, utili sarebbero anche lo studio e l'analisi degli approdi giurisprudenziali ormai pacifici, i cui risultati potrebbero costituire il punto di partenza nella formulazione delle disposizioni.

⁷⁰² Cass. SS.UU. 22.5.2018, nn. 12564, 12565, 12566 e 12567, con note di: R. PARDOLESI, *Compensatio, cumulo e «second best»*, in *Foro it.*, 2018, 1, pp. 1900 ss.; U. IZZO, *Quando è «giusto» il beneficio non si scomputa*, NGCC, 2018 10, pp. 1503 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e la compensatio lucri cum damno: un altro tassello nella costruzione del sistema della responsabilità civile e delle sue funzioni*, *ibidem*, 10, pp. 1492ss..

⁷⁰³ Cons. Stato Ad Plen. 23 febbraio 2018, n. 1, in *dejure.it*, con nota di M. FRANZONI, *La compensatio lucri cum damno secondo il Consiglio di Stato, Danno resp.*, 2018, 2, pp. 165 ss.

Inoltre, come già evidenziato (I cap. par. IV), la nozione di consumatore, quale destinatario di specifiche disposizioni, può creare problemi interpretativi⁷⁰⁴. Del resto, medesima tutela dovrebbe essere garantita a chi consumatore non è, quale l'artigiano o il piccolo imprenditore.

L'introduzione di stringenti obblighi informativi nel settore bancario sin dalla fase precontrattuale ha avvicinato considerevolmente la disciplina del T.u.b. a quella contenuta nel T.u.f. e nei vari regolamenti Consob.

In particolare, dall'esperienza finanziaria vengono mutate alcune regole, tra cui *in primis* il ripensamento degli obblighi di informazione in una logica di bidirezionalità dei flussi informativi che consente altresì di verificare la conformità dell'operazione al profilo soggettivo⁷⁰⁵ del singolo cliente.

L'indicazione dettagliata di tutte le informazioni che devono essere fornite dalla Banca appare essere una specificazione, a tratti superflua, dei generali doveri di buona fede, diligenza professionale e correttezza.

Si assiste, quindi, a un non virtuoso proliferare di disposizioni applicate in "blocco" nel codice di settore già esistente, le quali spesso si risolvono in meri programmi di azione che dovrebbero orientare l'azione senza però, al contempo, costituire disposizioni concrete ed efficaci.

Il legislatore impone alla Banca e all'intermediario finanziario una serie di obblighi informativi e comportamentali, al fine di tutelare al meglio il cliente/risparmiatore.

Nel corso del primo capitolo si è richiamato, a tal proposito, la teoria dell'ufficio di diritto privato, al fine di ritenere che l'intermediario, dovendo servire al meglio l'interesse del cliente (art. 21 T.u.f.), è responsabile *ex lege* nei confronti dello stesso.

Anche se una simile previsione non è riproposta nel T.u.b., l'apparato normativo e le ultime disposizioni introdotte e già richiamate consentono di poter interpretare in senso sanzionatorio le condotte violative poste in essere dai soggetti bancari nei confronti dei clienti.

⁷⁰⁴ Sull'indeterminatezza della nozione di consumatore si sono già espressi M. GORGONI, *I contratti di credito ai consumatori*, op. cit. p. 518; R. CLARIZIA, *La nozione di consumatore nel codice del consumo e con riguardo ai contratti di credito al consumo*, in *Dir Internet*, 2006, 4, p. 354; BERTI, *La figura del consumatore e la sua soggettività giuridica*, in *Resp. Civ. prev.*, 2018, 5, p. 1684.

⁷⁰⁵ A. MANCINI, *La tutela del risparmiatore nel mercato finanziario tra culpa in contrahendo e vizi del consenso*, in *Rass. Dir. civ.*, 2007, 1, p. 69.

Invero, la teoria dell'intermediario finanziario come ufficio di diritto privato è stata costruita⁷⁰⁶ sul presupposto del *know your customer* e sul relativo servizio di consulenza prestato.

Ciò posto, è *prima facie* evidente che l'art. 120undecies, relativo alla verifica del merito creditizio nella disciplina del credito al consumo immobiliare, sia espressione del principio *know your customer*. Si ribadisce quanto è ivi prescritto: «*Prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore svolge una valutazione del merito creditizio del consumatore, tenendo conto dei fattori pertinenti per verificare le prospettive di adempimento da parte del consumatore degli obblighi stabiliti dal contratto di credito. La valutazione del merito creditizio è effettuata sulla base delle informazioni sulla situazione economica e finanziaria del consumatore necessarie, sufficienti e proporzionate e opportunamente verificate. 2. Le informazioni di cui al comma 1 comprendono quelle fornite dal consumatore anche mediante l'intermediario del credito; il finanziatore, può chiedere chiarimenti al consumatore sulle informazioni ricevute, se necessario per consentire la valutazione del merito creditizio*».

Non solo. L'art. 120septies T.u.b. prescrive che: «il finanziatore e l'intermediario del credito, nell'ambito delle attività disciplinate dal presente capo: a) si comportano con diligenza, correttezza, e trasparenza, tenendo conto dei diritti e *degli* interessi dei consumatori; b) basano la propria attività sulle informazioni rilevanti riguardanti la situazione del consumatore, su ogni bisogno particolare che questi ha comunicato, su ipotesi ragionevoli con riguardo ai rischi cui è esposta la situazione del consumatore per la durata del contratto di credito».

Evidenti sono, dunque, le analogie con la disciplina finanziaria e con l'art. 21 T.u.f., così come dettagliato dalla regolamentazione Consob, nella parte in cui è prevista la procedimentalizzazione dell'agire dell'intermediario finanziario per la tutela del cliente. Parrebbe così introdotto anche nel T.u.b. l'obbligo informativo bidirezionale. Il cliente consumatore deve ricevere dalla Banca le informazioni circa i costi e le condizioni del credito. La Banca deve ricevere informazioni sulla situazione personale del creditore al fine di valutarne il merito creditizio.

In altri termini, nella disciplina del credito immobiliare ai consumatori, la trasparenza si declina maggiormente in una logica di valutazione di adeguatezza rispetto al profilo e alle caratteristiche del consumatore.

⁷⁰⁶ R. DI RAIMO, *Ufficio di diritto privato*, op. cit.

Sussistono, comunque, divergenze con la disciplina finanziaria. In quel settore è l'investitore a "consegnare" immediatamente somme di denaro all'intermediario, mentre nel settore bancario il vantaggio economico per la Banca si ha soltanto alla conclusione dell'intera operazione economica, sicché evitare di concedere finanziamenti inadeguati rappresenta *in primis* un interesse della Banca stessa⁷⁰⁷.

In definitiva, si può affermare che la Banca e l'intermediario finanziario, ricoprendo un ruolo essenziale nella vita economica e sociale del Paese, siano maggiormente responsabili di altri soggetti privati – e ciò è confermato dalla loro soggezione a poteri di vigilanza di Banca d'Italia e Consob -, sicché sono assolutamente giustificabili, proporzionate e legittime fattispecie connaturate da efficacia deterrente e sanzionatoria. Analogamente, le lacune normative evidenziate devono essere interpretate in un senso di *favor* per il cliente. Il ruolo della Banca e degli intermediari finanziari è istituzionalizzato da parte del legislatore.

Tali considerazioni riverberano i loro effetti anche sul piano processuale.

Nella disciplina finanziaria, risulta orientamento granitico ritenere sussistente l'inversione dell'onere della prova. Del resto, si è osservato⁷⁰⁸ che nei giudizi promossi dagli investitori per il risarcimento dei danni subiti a causa dell'inadempimento degli obblighi informativi da parte degli intermediari⁷⁰⁹, il riparto dell'onere probatorio deve garantire l'efficacia e la deterrenza scaturenti dalle disposizioni che disciplinano la fase precontrattuale e la fase negoziale del rapporto, fisiologicamente asimmetrico, tra investitore e intermediario.

La peculiarità della disciplina finanziaria connota, infatti, non solo gli aspetti sostanziali del rapporto tra intermediario e investitore, ma anche gli aspetti processuali, specie con riferimento al riparto dell'onere probatorio nei giudizi avviati dagli investitori che eccepiscano l'inadempimento degli obblighi informativi da parte dell'intermediario.

A tal proposito, l'art. 23 comma 6 T.u.f. stabilisce che *«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»*.

⁷⁰⁷ A. VALZER, op. cit., 904.

⁷⁰⁸ Sia consentito il richiamo a M. CHIRONI, *Obblighi informativi e riparto dell'onere probatorio: il punto di partenza per la tutela del risparmio e per l'integrità del mercato*, in *Resp. Civ. prev.*, 2020, 3, pp. 918ss.

⁷⁰⁹ A. PERRONE, *Gli obblighi di informazione nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, 1, p. 372.

Di talché l'investitore che agisce in giudizio deve allegare l'inadempimento dell'intermediario e fornire la prova del danno e del nesso di causalità fra questo e l'inadempimento, anche sulla base di presunzioni⁷¹⁰, mentre l'intermediario deve provare l'avvenuto adempimento delle specifiche obbligazioni poste a suo carico, allegare come inadempite dalla controparte, e, sotto il profilo soggettivo, di avere agito "con la specifica diligenza richiesta"⁷¹¹.

Il suddetto alleggerimento probatorio per il risparmiatore, pertanto, deve essere correttamente inteso non nel senso che il danno derivante dall'inadempimento degli obblighi informativi possa considerarsi sussistente *in re ipsa*, ma in quello, più limitato e funzionalmente orientato alla *ratio* sottesa alla normativa di settore, di imporre in capo all'intermediario l'onere di provare che le informazioni, allegare dall'investitore come omesse, siano invero state allo stesso fornite e in definitiva in giudizio contro-fattuale, dimostrare che, quand'anche fossero state rese, l'investitore si sarebbe comunque orientato a concludere la medesima operazione.

Una simile inversione dell'onere della prova potrebbe essere applicata anche in ambito bancario, laddove le disposizioni risultino prive di tutela. Il riferimento è a tutte le disposizioni in tema di obblighi informativi precontrattuali, tra cui le norme che garantiscono al cliente un adeguato *spatium deliberandi* prima della conclusione del contratto, mediante ad esempio l'utilizzo del Foglio delle informazioni europee dei consumatori o del PIES per la disciplina del credito ai consumatori immobiliare.

In simili fattispecie, parrebbe giustificato ritenere che il cliente possa allegare l'inadempimento e provarne il danno, con onere invece in capo all'intermediario di provare eventualmente l'adempimento degli obblighi informativi.

Quanto all'inadempimento circa la mancata consegna della documentazione richiesta ai sensi dell'art. 119 T.u.b., invece, l'inversione dell'onere probatorio ricadrebbe in capo alla Banca, con conseguenze pregiudizievoli, dal punto di vista contabile, in capo alla stessa.

Riprendendo la celebre citazione di Foster⁷¹², tra i rimedi civili vi è anche la possibile punizione del convenuto, senza che ciò possa rappresentare una «eresia mostruosa». Ciò

⁷¹⁰ Sulla questione, A.A. DOLMETTA- U. MALVAGNA, *Vicinanza della prova e prodotti d'impresa del comparto finanziario*, op. cit. pp. 659 ss.

⁷¹¹ Il principio trova conferma nella giurisprudenza di legittimità, v. Cass. civ., 19 gennaio 2016, n. 810, in *DeJure*; in senso conforme, Cass. civ., 17 febbraio 2009, n. 3773, con nota di C. PUNZO, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, 1, p. 56; v. altresì Cass. civ. n. 6708/2010; nonché Cass. civ. n. 18039/2012 e Cass. civ. n. 5089/2016, consultabili su *dejure.it*.

⁷¹² Si rinvia alla nota 441.

può accadere nelle fattispecie in cui vi sia uno squilibrio di forza contrattuale, sicché le previsioni di responsabilità ultracompensatorie, in luogo di quelle che impongono obblighi informativi, possono costituire lo strumento per riequilibrare il rapporto asimmetrico, al fine di tutelare non solo il singolo contraente ma, in generale, l'integrità del mercato.

CAPITOLO III

FINTECH E PROCESSO DI DISINTERMEDIAZIONE: QUALI RISCHI PER IL CLIENTE

SOMMARIO: PREMESSA.

PARTE PRIMA LA DIFFUSIONE DEL FINTECH NEI SERVIZI BANCARI E FINANZIARI **I.** SMART CONTRACT E DLT: UN BINOMIO VINCENTE **I.1.** NORMATIVA SU DLT E BLOCKCHAIN **II.** IL “FINTECH” **III.** LA CRIPTOVALUTA TRA SERVIZIO DI PAGAMENTO E PRODOTTO FINANZIARIO **III.1.** LE VALUTE VIRTUALI IN AMBITO FINANZIARIO **IV.** FORME DI FINANZIAMENTO **IV.1** EQUITY CROWDFUNDING **IV.2.** CROWDLENDING **IV.3.** INITIAL COIN OFFERING **V.** LA VALUTAZIONE ALGORITMICA DEL MERITO CREDITIZIO **VI.** I SERVIZI DI PAGAMENTO **VI.1.** LA DIRETTIVA PSD II **VI.2** LA DISCIPLINA DI TRASPARENZA NEI SERVIZI DI PAGAMENTO **VII.** ROBO ADVICE E CONSULENZA AUTOMATIZZATA

PARTE SECONDA VIII. ANALISI SISTEMATICA DELLA LETTERATURA SUL FINTECH **VIII.1** PREMESSA **VIII.2** OBIETTIVO **VIII.3** RACCOLTA DATI **VIII.4** METODOLOGIA **VIII.5** RISULTATI

PARTE TERZA LA TUTELA DEL CLIENTE NEL FINTECH **IX.** TRASPARENZA NELL’IA APPLICATA AL FINTECH **X.** LA NON APPLICABILITÀ DEL TITOLO VI T.U.B. E IL RITORNO AL CODICE CIVILE **XI.** ASPETTI CRITICI DELLA VALUTAZIONE ALGORITMICA DEL MERITO CREDITIZIO **XII.** LA TUTELA DEL CLIENTE NEGLI INVESTIMENTI FINANZIARI DIGITALI **XIII.** LE RESPONSABILITÀ DEL ROBO-ADVISOR **XIV.** LA TUTELA DEL CLIENTE NELLA CIRCOLAZIONE DELLA CRIPTOVALUTA **XIV.1.** (SEGUE) E DEGLI NFT **XV.** NATURA E PROFILI DI RESPONSABILITÀ **XVI.** SINTESI FINALE DEI RISULTATI RAGGIUNTI

PREMESSA

La progressiva espansione dell’utilizzo delle tecnologie nelle relazioni socio-economiche è destinata ad incidere significativamente sulle categorie e sugli istituti giuridici esistenti⁷¹³.

Lo sviluppo tecnologico ha da sempre accompagnato il progresso sociale. L’intelligenza artificiale (anche “IA”), quale insieme di programmi ideati per operare indipendentemente come se fossero umani, si fonda su tecnologie basate su *machine learning*, *deep learning* e reti neurali. Essi sono ideati per funzionare sul modello del cervello umano⁷¹⁴.

Proprio il passaggio dall’automazione all’autonomia, attraverso algoritmi e reti neurali⁷¹⁵, è alla base della significativa accelerazione che tali sistemi hanno avuto nei

⁷¹³ Sulla vitalità delle disposizioni del c.c. si rinvia a N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 2, pp. 347 ss. e G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, pp. 525 ss.

⁷¹⁴ A. NATALE, *Intelligenza artificiale e fintech: profili di responsabilità*, in ID. (a cura di), *Fintech*, Milano, 2022, p. 39.

⁷¹⁵ A. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, in *Nuova, giur. civ. comm.*, 2020, 6, p. 1344.

contesti economici e giuridici. Invero, negli ultimi decenni l'intelligenza artificiale, intesa quale «scienza di far fare al computer»⁷¹⁶, è riuscita ad interagire con il mondo esterno, imponendo nuove riflessioni sia sul piano etico sia su quello di analisi economica del diritto⁷¹⁷.

Anche il settore bancario e finanziario è quindi interessato dal mutamento tecnologico in corso⁷¹⁸, sicché l'attenzione del giurista deve essere rivolta all'applicazione dell'intelligenza artificiale in tali discipline.

Invero, la digitalizzazione di beni e servizi interessa in particolar modo il sistema bancario e finanziario contraddistinto da un fisiologico squilibrio del rapporto contrattuale.

Le lacune normative, le non sempre puntuali tutele del cliente, nonché le varie crisi del settore hanno avviato un processo di disintermediazione, che amplia la portata innovativa degli smart contracts nella materia e che consente la dirompente entrata in scena di nuovi soggetti che svolgono funzioni tradizionalmente di competenza delle Banche e degli intermediari finanziari. Specialmente la crisi finanziaria del 2008 ha messo in luce l'atteggiamento spregiudicato degli operatori finanziari mossi da una mera logica di profitto e giammai di tutela del cliente. Al contempo, sono emersi i limiti dei presidi di controllo e di vigilanza, nonché gli effetti in termini di contagio tra i vari intermediari. Ciò ha determinato una evidente sfiducia dei depositanti e degli investitori nei confronti delle banche e delle istituzioni finanziarie⁷¹⁹.

La diffusa sfiducia⁷²⁰ verso i canali tradizionali ha favorito ancor di più la rapida diffusione degli strumenti tecnologici che ha, pertanto, accentuato e accelerato il già avviato processo di “pluralizzazione soggettiva”⁷²¹ della disciplina bancaria⁷²².

⁷¹⁶ A. NATALE, op. cit., p. 40. L'A. elabora detta definizione da quanto affermato dalla Commissione Europea, il 25.4.2018, secondo cui AI «indica sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi». Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo al Comitato delle Regioni, *L'intelligenza artificiale per l'Europa*, COM (2018) 237 final.

⁷¹⁷ U. RUFFOLO, *Le responsabilità della produzione e gestione di intelligenza artificiale self learning*, in (a cura di) ID., *XXVI lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, Torino, 2021, p. 121.

⁷¹⁸ F. CAPRIGLIONE, *Manuale di diritto bancario e finanziario*, 2015, pp. 1-172.

⁷¹⁹ Oltre ai contributi già richiamati nel cap. I, par. 7, sul tradimento della fiducia rinvia a M. PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2007; ID., *La conflittualità in ambito bancario a seguito della crisi finanziaria*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2011, 2, I, 185ss.; A. PERRONE, M. MUSITELLI, *La giurisprudenza milanese sul “risparmio tradito”: un'analisi quantitativa*, in *Giur. comm.*, 2014, 1, p. 158.

⁷²⁰ A. DAVOLA, *Distributed Ledger Technology, blockchain e mercati finanziari*, in G. CASSANO, F. DI CIOMMO, M. RUBINO DE RITIS (a cura di), *Banche, intermediari e fintech. Nuovi strumenti digitali in ambito finanziario*, Milano, 2020, p. 61.

⁷²¹ M. PROTO, *Questioni in tema di intelligenza artificiale e disciplina del mercato*, in R. GIORDANO - A. POLICE - S. PREZIOSI - M. PROTO (a cura di), *Il Diritto dell'era digitale, Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, 2022, pp. 175ss.

⁷²² G. PITRUZZELLA, *Fintech e i nuovi scenari competitivi nel settore finanziario-creditizio e assicurativo*, in G. FINOCCHIARO, V. FALCE (a cura di), *Fintech: diritti, concorrenza, regole*, Bologna, 2019, pp. 1ss.

È così emerso un assetto eterogeneo di soggetti che operano nei mercati finanziari al di fuori dei sistemi di vigilanza. In tale contesto, il ruolo svolto dagli intermediari risulta decisamente ridimensionato.

In un simile scenario è necessario garantire adeguate tutele nei confronti del cliente, in un'epoca in cui carente è la normativa e incompleta è la letteratura presente sull'argomento. Infatti, la maggior parte degli studi (*infra* parte II) si è soffermata sulle caratteristiche del fenomeno e sulla relativa qualificazione giuridica, senza fornire utili sussidi all'esigenza di garantire una piena e effettiva tutela del cliente.

Il panorama in cui si afferma la nuova intelligenza artificiale non può che valicare i confini nazionali, determinando la cc.dd. globalizzazione giuridica⁷²³, sicché un intervento comune degli Stati membri appare assolutamente necessario⁷²⁴.

La rivoluzione tecnologica in atto è destinata a travolgere in maniera dirompente anche la disciplina contrattuale.

Invero, sono i protagonisti del mercato a pretendere e determinare la nascita di nuove discipline che regolamentano il mercato economico, creando, quindi, nuove categorie giuridiche⁷²⁵.

⁷²³ M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

⁷²⁴ L'Unione Europea è assolutamente sensibile al tema. V. la recente *Proposal for Regulation of the European Parliament and the Council laying down requirements for Artificial Intelligence*, 2021, consultabile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>. Detta proposta mira a porre in risalto la trasparenza algoritmica e la supervisione umana sui sistemi automatizzati.

⁷²⁵ M. PALAZZO, *Blockchain e cripto-attività*, in (a cura di) R. GIORDANO - A. POLICE - S. PREZIOSI - M. PROTO, *Il Diritto dell'era digitale*, op. cit. p. 212, associa tale fenomeno alla *lex mercatoria* sviluppatasi in epoca medioevale.

PARTE PRIMA

LA DIFFUSIONE DEL FINTECH NEI SERVIZI BANCARI E FINANZIARI

I. SMART CONTRACT E DLT: UN BINOMIO VINCENTE

Nel contesto così descritto si sono diffusi gli *smart contract*⁷²⁶, in cui il testo contrattuale è tradotto in un codice crittografato leggibile da un *hardware*. Il programma informatico, al quale è adattato lo schema di conclusione del contratto e ove sono inseriti i dati, provvede ad applicare le clausole pattuite e a gestire gli eventi che accadono, senza necessità di un ausilio umano. Il contratto, oltre ad essere definito “*self-driving*”⁷²⁷ «si autoesegue»⁷²⁸, secondo la logica del *if-then*. In altri termini, detti sistemi associano, in modo sinallagmatico, determinati esiti al realizzarsi, in un dato momento, di specifiche circostanze. È dibattuto se gli *smart contract* siano da intendersi contratti o piuttosto protocolli di esecuzione informatizzata⁷²⁹, coinvolgenti due o più parti che snodano i loro effetti indipendentemente dall'intervento umano⁷³⁰.

Lo *smart contract* è stato per la prima volta definito nell'ordinamento dal comma 2 dell'art. 8ter del d.lgs. 11.2.2019 n. 12, relativamente alla disciplina sull'anticiclaggio (e su cui si tornerà di seguito), secondo cui esso è «*un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola*

⁷²⁶ Il sintagma è stato coniato nel 1996 da N. SZABO, *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*, in https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html. L'A. definisce gli *smart contract* come “*a set of promises, specified in digital form, including protocols within which the parties perform on these promises*”. Si vedano anche A.U. JANSSEN, F. PATTI, *Demistificare gli smart contracts*, in *Oss. Dir. civ. comm.*, 1, 2020, pp. 33ss. A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 3, pp. 411ss. Il d.l. n. 135 del 14.12.2018, come convertito dalla l. n. 12 dell'11.2.2019, all'art. 8ter definisce lo “*smart contract*” come «*un programma per elaborare che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dagli stessi*».

⁷²⁷ Sul punto, C. AMATO, *La “computerizzazione” del contratto* (Smart, data oriented, computable self-driving contracts. *Una panoramica*), in *Europa e Diritto Privato*, 2020, 4, p. 1259.

⁷²⁸ Così M. PROTO, op. cit. 1p. 80. Così, ad esempio, il mancato pagamento di un certo numero di rate cagiona automaticamente il blocco del veicolo acquistato; l'omesso pagamento delle bollette relative a utenze domestiche impedisce la ulteriore erogazione del servizio; il ritardo del volo aereo garantito dalla polizza assicurativa provoca automaticamente il rimborso.

⁷²⁹ R. PARDOLESI - A. DAVOLA, *Smart contract: lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia*, in *Il Frto Italiano*, 2019, 3, p. 197; DI CIOMMO, *Smart contracts and (non-)law. The case of the financial markets*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2018, II, pp. 291ss.; S.A. CERRATO, *Appunti su Smart Contract e diritto dei contratti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2020, I, pp. 378 ss.; F. RAMPONE, *Smart contract: né smart, né contract*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, 1ss.; P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1, pp. 107ss.; contra D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2017, pp. 386ss.; L. PAROLA - P. MERATI - G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, in *Contratti*, 2018, 6, p. 683; G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 2018, 2, pp. 443ss.

⁷³⁰ F. DI CIOMMO, *La conclusione e l'esecuzione automatizzata dei contratti (smart contract)*, op. cit., p. 85.

automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli smart contract soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale [AgID] con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.».

Ad oggi, l'AgID non ha ancora emanato le linee guida.⁷³¹

La definizione fornita dal legislatore genera però confusione. Se nell'*incipit* lo *smart contract* è definito come un programma, nel secondo comma la norma richiede il requisito della forma scritta, avvicinando, dunque, la fattispecie alla disciplina contrattuale. Certamente è errata la previsione secondo cui «*l'esecuzione dello smart contract vincola automaticamente due o più parti*».

Invero, lo *smart contract* può essere costituito da un contratto, ma non si esaurisce in esso. Inoltre, le parti sono vincolate dalla conclusione del contratto e non dalla sua esecuzione, come invece prescritto dalla norma. Nello *smart contract* vengono inserite preventivamente le conseguenze derivanti dalla conclusione del contratto. Incompleta è, dunque, la definizione fornita dal legislatore⁷³².

Il legislatore italiano, a contrario di quello maltese⁷³³, non ha differenziato lo *smart contract* in senso informatico dal c.d. *smart legal contract*, ovvero dall'accordo contrattuale, redatto e concluso, parzialmente o totalmente, in forma digitale. Tuttavia, solo una simile distinzione consente di differenziare gli *smart contract* che costituiscono meri programmi informatici da quelli che, di converso, rappresentano veri e propri contratti automatizzati⁷³⁴.

Analogamente, è stato evidenziato⁷³⁵ il difetto di coordinamento tra la definizione dello *smart contract* e la disciplina contenuta nel codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 82/2005), specialmente nella parte in cui è previsto che ogni documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti rientra nella categoria del documento informatico.

⁷³¹ L'AgID si è limitata a emanare le linee guida per la modellazione delle minacce ed individuazione delle azioni di mitigazione conformi ai principi del secure/privacy by design, ma non il processo di identificazione delle parti.

⁷³² F. DI CIOMMO, *La conclusione e l'esecuzione automatizzata dei contratti (smart contract)*, op. cit., p. 98.

⁷³³ A. CINQUE, *Gli smart contract nell'ambito del FinTech e dell'IsurTech*, in *Jus civile*, 2021, 1, p. 188.

⁷³⁴ A.U. JANNSEN – F.P. PATTI, *Demistificare gli smart contracts*, op. cit., pp. 31ss.

⁷³⁵ R. BATTAGLINI, *La normativa italiana sugli smart contract*, in AA. Vv., *Blockchain e Smart Contract*, R. BATTAGLINI e M. GIORDANO, Milano, 2019, pp. 380ss.

Nell'ipotesi in cui la tecnologia sia usata per la conclusione di un contratto, si assiste ad un negozio in cui un soggetto predispose il regolamento contrattuale e l'altro soggetto può esclusivamente aderirvi o meno.

L'entrata in scena nel mercato dei pagamenti elettronici, delle *blockchain* e, in generale, delle *Distributed Ledger Technologies (DLT)*⁷³⁶ ha consentito una rapida diffusione degli *smart contract*.

Gli DLT sono dei *database* (anche detti “nodi”) caratterizzati dall'essere decentralizzati e consultabili da tutti gli utenti⁷³⁷. Essi sono strutturati in blocchi che, mediante l'inserimento di valori digitali o beni materiali, facilitano l'identificazione dell'attuale proprietà e la registrazione dei vari trasferimenti avvenuti⁷³⁸. In tal modo, i dati sono presenti contemporaneamente nel dispositivo di ogni partecipante alla piattaforma e sono collegati da una rete *peer-to-peer* che assicura il simultaneo aggiornamento⁷³⁹. Tale aspetto garantisce il carattere della trasparenza del processo e, al contempo, garantisce la sicurezza delle DLT, in quanto tutte le informazioni sono immagazzinate contestualmente su ogni nodo della rete. Inoltre, l'eventuale intervento di modifica su un singolo nodo non compromette l'efficacia del sistema, sicché le informazioni sono recuperabili attraverso i dati che si ottengono dagli altri nodi partecipanti alla DLT⁷⁴⁰. Da tale circostanza deriva il carattere dell'immodificabilità dei dati.

Se la nascita delle DLT è spiegabile in ragione dell'avvertita esigenza, da parte degli imprenditori e degli amministrativi, di decentralizzare e semplificare la redazione dei registri contabili e, al contempo, di agevolarne l'archiviazione in forma digitale, la loro rapida diffusione ha comportato significative innovazioni in ambito bancario e

⁷³⁶ L'art. 8-ter del d.l. n. 135/2018 definisce le DLT, “tecnologie basate su registri distribuiti” come «*le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturealmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili*». Il nuovo Regolamento 2022/858 definisce le DLT come: una tecnologia che consente il funzionamento e l'uso dei registri distribuiti; e il «registro distribuito» come un archivio di informazioni in cui sono registrate le operazioni e che è condiviso da una serie di nodi di rete DLT ed è sincronizzato tra di essi, mediante l'utilizzo di un meccanismo di consenso.

⁷³⁷ L. RIET, Blockchain-Based Smart Contracts for beginners, in *Riv. di Diritto del Risparmio*, 2020, 2, p. 1ss.; per una rappresentazione schematica e grafica di DLT v. S. BONINI, *Criptoalute*, in A. NATALE (a cura di), op. cit., p. 307.

⁷³⁸ Così si forma la “catena”. In corrispondenza di ogni trasferimento, i nodi inseriscono le informazioni relative allo scambio, plasmando i blocchi che compongono la *blockchain*.

⁷³⁹ Cfr. P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, in *Nuova giur. civ. comm.*, op. cit. p. 109. In particolare, ogni blocco è univocamente identificabile attraverso l'apposizione di un *hash*, ossia una operazione automatica che converte gli *input* derivanti dagli elementi delle singole transazioni contenute nel blocco in un codice identificativo criptato.

⁷⁴⁰ A. DAVOLA, op. cit., p. 66.

finanziario⁷⁴¹. In generale l'utilizzo delle DLT favorisce la disintermediazione, in quanto è la macchina a mettere direttamente⁷⁴² in contatto tra loro le parti e a curare la conclusione e l'esecuzione dell'accordo⁷⁴³, senza la necessità di alcun intervento umano⁷⁴⁴.

L'intermediario è sostituito con un meccanismo di consenso basato sulla crittografia, che consente a tutti i partecipanti alla rete di poter attestare la legittimità di ogni singola transazione⁷⁴⁵.

La *blockchain* consiste in una catena di firme digitali che trasferiscono la valuta da un soggetto ad un altro, verificate da una prova crittografica tramite un *server* distribuito. In particolare, la *blockchain* è una DLT che si caratterizza per la disposizione cronologica a blocchi, secondo una catena, disposti in ordine cronologico. La modifica non autorizzata di una transazione comporta la modifica dell'*hash* del blocco dove essa è contenuta e dei successivi seguenti blocchi a valle, risultando così immediatamente verificabile e visibile dai nodi⁷⁴⁶.

I blocchi di informazione digitali, inseriti nel registro distribuito, sono collegati gli uni agli altri mediante un vincolo crittografico che comprende, altresì, un sistema di marcatura temporale conosciuto con il nome di *time-stamping*. Tale sistema attribuisce data certa ai documenti informatici⁷⁴⁷.

Le piattaforme DLT⁷⁴⁸ decentralizzano, automatizzano, accelerano, standardizzano i processi di circolazione della ricchezza, a costi più bassi rispetto ai tradizionali sistemi di negoziazione. Si è sostenuto che il ricorso a tali piattaforme in ambito bancario e finanziario garantirebbe maggiore celerità e una migliore gestione degli scambi⁷⁴⁹.

⁷⁴¹ P. BONIZZONI, op. cit., p. 20.

⁷⁴² Cfr. P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale*, op. cit., pp. 111ss.

⁷⁴³ M. MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina dei contratti*, Bologna, 2021, p. 24.

⁷⁴⁴ Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione, 2017/2772RSP, 2.

⁷⁴⁵ Sulla pluralità dei meccanismi di manifestazione del consenso si rinvia a J.P. QUINTAIS, B. BODÒ, A. GIANNOPOULOU, V. FERRARI, *Blockchain and the Law: A Critical Evaluation*, in *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*, 2019, 2, p. 1.

⁷⁴⁶ Per un approfondimento sul concreto funzionamento della *blockchain*, v. P. BONIZZONI, op. cit., pp. 23ss.

⁷⁴⁷ In arg. v. A. NATALE, *L'opponibilità ai terzi del trasferimento del credito: la data certa*, in *Le vicende traslative del credito*, Milano, 2020, pp. 681ss.

⁷⁴⁸ Sulle tipologie di DLT e, in particolare, *unpermissioned* DLT e *permissioned* DLT si rinvia a P. BONIZZONI, *Nuove tecniche applicate al mondo finanziario: dalle DLT agli smart contract*, in (a cura di) A. NATALE, op. cit. 17. Le prime hanno natura "pubblica", con assenza di limitazioni all'accesso di nuovi partecipanti e con diffusività del consenso. La seconda ha invece natura privata, potendovi accedere soltanto coloro che dispongono di apposite credenziali di sicurezza.

⁷⁴⁹ A. DAVOLA, op. cit., p. 70.

Rispetto ai sistemi tradizionali non sarebbe necessario il ricorso degli intermediari a registri e sistemi contabili, con un significativo risparmio dei costi transattivi e del rischio di errori. Inoltre, inferiore è il rischio che gli intermediari agiscano in conflitto di interessi per il cliente⁷⁵⁰. Meno vigilanza, più semplificazione, maggiore dinamismo del mercato. Ma minori appaiono anche le tutele del soggetto utilizzatore, specialmente nella fase precontrattuale. Infatti, la sicurezza e la immodificabilità delle condizioni e dei dati attengono alla fase esecutiva, ma non a quella precontrattuale.

Si è, dunque, avviato un processo di riflessione e di ripensamento di alcuni istituti, in modo da conciliare l'interpretazione e l'applicazione delle fattispecie già esistenti alle nuove tecnologie e al nuovo mercato⁷⁵¹. Diritto e tecnologia sono dunque due branche strettamente connesse.

Nel settore bancario e finanziario tali strumenti, oltre a portare evidenti benefici, rischiano di amplificare il già sussistente divario di forza contrattuale tra le parti, specie in considerazione delle evidenti differenze di velocità tra l'affermarsi delle innovazioni tecnologiche e le tempistiche con cui l'interprete e il legislatore riescono ad intervenire⁷⁵².

I.1 NORMATIVA SU DLT E BLOCKCHAIN

Sul tema la regolamentazione non è completa. L'ESMA (*European Securities and Market Authority*) ha chiarito che le tecnologie usate in ambito finanziario devono assicurare il rispetto di quanto previsto nel quadro normativo vigente⁷⁵³ e, in particolare, nel regolamento CSDR⁷⁵⁴, nel regolamento EMIR⁷⁵⁵, nella PSD 2 (*Service Payment*

⁷⁵⁰ E. BATTELLI – E.M. INCUTTI, *Gli smart contract nel diritto bancario tra esigenze di tutela e innovativi profili di applicazione*, in *Contratto e impr.*, 2019, 3, 925.

⁷⁵¹ I. VISCO, Intervento al 25 Congresso ASSIOM FOREX, 2.2.2019, Roma, si è così espresso: «*Intere filiere all'interno dell'industria finanziaria, dai servizi di pagamento all'offerta di credito, dalla negoziazione di titoli alla gestione dei rischi, sono già interessate, in alcuni paesi in modo significativo, dalla digitalizzazione e dalla rapida crescita della quota di mercato di soggetti non bancari (FinTech)*».

⁷⁵² Sul punto v. F. GRECO, *Gli smart contract nel settore bancario e finanziario*, in R. GIORDANO - A. POLICE – S. PREZIOSI – M. PROTO (a cura di), *Il Diritto dell'era digitale*, op. cit., p. 190. L'A. sul rapporto tra dinamismo digitale e tempistica dell'intervento del regolatore così si esprime: «*Tale adattamento, lungi dal poter essere demandato a un'ipotetica mano invisibile del mercato, di liberista memoria, deve essere scientemente concepito come una priorità del nostro presente, perché, in difetto, come sosterebbe lo stesso Keynes, nel lungo periodo saremo tutti morti (rectius, digitalizzati)*».

⁷⁵³ ESMA, *The Distributed Ledger Technology Applied to Securities Market*, 7.2.2017, in www.esma.europa.eu.

⁷⁵⁴ Reg. UE n. 909/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 23.7.2014, relativo al miglioramento del regolamento titoli nell'Unione europea e ai depositari centrali di titoli, OJ, L 257, 28.8.2014, 1-71.

⁷⁵⁵ Reg. UE n. 648/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, sugli strumenti derivati OTC, le controparti centrali e i repertori di dati sulle negoziazioni, OJ L 201, 27.7.2012, pp. 1-59.

*Directive 2)*⁷⁵⁶, nel complesso normativo MiFIR - MiFID II e nelle direttive antiriciclaggio.

Di recentissima introduzione è il Regolamento UE del 30.5.2022, n. 858⁷⁵⁷, che stabilisce i requisiti in relazione alle infrastrutture di mercato DLT e ai loro gestori per quanto riguarda: a) la concessione e la revoca di autorizzazioni specifiche a operare nelle infrastrutture di mercato DLT in conformità del presente regolamento; b) la concessione, la modifica e la revoca delle esenzioni alle autorizzazioni specifiche; c) l'imposizione, la modifica e la revoca delle condizioni legate a esenzioni e in relazione all'imposizione, alla modifica e alla revoca delle misure compensative o correttive; d) la gestione delle infrastrutture di mercato DLT; e) la vigilanza delle infrastrutture di mercato DLT; f) la collaborazione tra i gestori delle infrastrutture di mercato DLT, le autorità competenti e l'Autorità europea di vigilanza (Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati) istituita dal regolamento (UE) n. 1095/2010 (ESMA).

Il Regolamento, all'art. 3, stabilisce i limiti entro cui gli strumenti finanziari possano essere ammessi alla negoziazione su un'infrastruttura di mercato DLT⁷⁵⁸.

II. IL “FINTECH”

Le regole esistenti non sono adatte a disciplinare gli attuali fenomeni, sicché il c.d. “*Fin-tech*”- ovvero quell'ambito in cui la tecnologia è applicata alla finanza *lato sensu* intesa con conseguente innovazione dei modelli di *business*, dei processi, delle applicazioni dei prodotti⁷⁵⁹ - si è affermato in presenza di un evidente vuoto normativo. Si tratta di un fenomeno dai «confini mobili e dalla connotazione ontologicamente evolutiva e

⁷⁵⁶ La già citata Direttiva UE 2015/2366 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno. In merito cfr. R. MENZELLA, *Il ruolo dei Big Data e il Mobile Payment*, in F. MAIMERI - M. MANCINI (a cura di), *Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia. Le nuove frontiere dei servizi di pagamento fra PSD2, criptovalute e rivoluzione digitale*, 2019, n. 87.

⁷⁵⁷ Gazzetta Uff. 2.6.2022 n. 151, applicabile negli Stati UE dal 23.3.2023.

⁷⁵⁸ In particolare, prevede l'art. 3: «a) azioni il cui emittente ha una capitalizzazione di mercato o una capitalizzazione di mercato provvisoria inferiore a 500 milioni di EUR; b) obbligazioni, altre forme di debito cartolarizzato, comprese le ricevute di deposito in relazione a tali titoli, o strumenti del mercato monetario, con un'entità di emissione inferiore a 1 miliardo di EUR, esclusi quelli che incorporano uno strumento derivato o che incorporano una struttura che rende difficile per il cliente comprendere il rischio correlato;

c) quote di organismi di investimento collettivo di cui all'articolo 25, paragrafo 4, lettera a), punto iv), della direttiva 2014/65/UE, il cui valore di mercato delle attività gestite è inferiore a 500 milioni di EUR».

⁷⁵⁹ Financial Stability board, *Artificial intelligence and machine learning in financial services: Market developments and financial stability implications*, November 2017. Per un approfondimento sul concetto di *machine learning* e sul suo funzionamento v. N. PASCALE, *Machine learning e deep learning: applicazioni e dubbi etici*, in A. NATALE, op. cit., pp. 235ss.

magmatica» che, pertanto, non è soggetta a «una cristallizzazione temporale ed operativa»⁷⁶⁰.

Il settore bancario è fortemente interessato dal fenomeno⁷⁶¹, che in alcune fattispecie sembra svilupparsi “a scapito”⁷⁶² dello strumento dei contratti bancari, in altri ne ammoderna e rivisita i meccanismi operativi⁷⁶³. Da ciò deriva la difficoltà di trattazione unitaria del fenomeno⁷⁶⁴.

Nel mercato, infatti, si affermano sempre più con maggiore decisione le piattaforme digitali⁷⁶⁵, la cui accessibilità e i cui confini si pongono in una netta concorrenza con i sistemi bancari e finanziari tradizionali.

Si assiste, quindi, a una perdita di centralità della banca territoriale in favore della banca digitale.

Anche in tal caso, la tecnica e la scienza hanno sopravanzato (e non di poco) l'economia e il diritto⁷⁶⁶. Specialmente quest'ultimo è in affanno e deve rincorrere le scoperte scientifiche e le relative applicazioni nei rapporti economici.

Nella nozione di *Fintech*⁷⁶⁷ è possibile includere molteplici attività del sistema finanziario, tra cui il finanziamento alle imprese, la gestione degli investimenti e i servizi di pagamento⁷⁶⁸, l'*insurtech*⁷⁶⁹, la tecnologia *cloud*. In generale, i settori su cui il Fintech opera sono: a) l'esecuzione di transazioni (pagamenti, compensazione e regolamento); b)

⁷⁶⁰ M.T. PARACAMPO, *FinTech e il mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, in ID. (a cura di), *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 3-4.

⁷⁶¹ EBA, *Eba report on the impact of Fintech on incumbent credit institutions' business model*, 3 luglio 2018. V. anche R. SILVA – G. AMODIO – A. TROVA, *L'ecosistema Banche-Fintech: nuovi scenari e opportunità, tra sprint e maratone*, in *Bancaria*, 2018, 4, pp. 79ss.; F. ANNUNZIATA, *Distributed Ledger Technology e mercato finanziario: dalle prime posizioni ESMA alle ultime proposte*, in M.T. PARACAMPO (a cura di), *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi digitali*, Torino, 2019, p. 332.

⁷⁶² G. FALCONE, *Contratti bancari e fintech*, in (a cura di) E. CAPOBIANCO, *Contratti bancari*, op. cit., p. 616. L'A. discorre di “marginalizzazione del contratto bancario”.

⁷⁶³ S. ALVARO – L. MARZIALETTI – D. TUZZOLINO, *Evoluzioni normative fra policy e diritto*, in (a cura di) A. GENOVESE – V. FALCE, *La portabilità dei dati in ambito finanziario*, in *Quaderni Fintech*, Consob, Aprile, 2021.

⁷⁶⁴ A. ARGENTATI, *Le banche nel nuovo scenario competitivo. Fintech, il paradigma Open banking e la minaccia delle big tech companies*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2018, 3, p. 447.

⁷⁶⁵ Sulle piattaforme digitali L. AMMANNATI, *Verso un diritto delle piattaforme? Qualificazione concorrenza*, in (a cura di) B. RUSSO, *L'evoluzione dei sistemi e dei servizi di pagamento nell'era digitale*, Milano, 2019, p.22ss.; A. CANEPA, *L'era delle piattaforme tra opportunità e rischi*, in (a cura di) M.T. PARACAMPO, *Fintech*, op. cit., pp. 53ss.

⁷⁶⁶ G. ALPA, *Fintech: un laboratorio per i giuristi*, in *Contr. Impr.*, 2019, 2, p. 378.

⁷⁶⁷ G. ALPA, *FinTech: un laboratorio per giuristi*, op. cit., p. 378.

⁷⁶⁸ A.V. THAKOR, *Fintech and banking: What do we know*, *Journal of Financial Intermediation*, 41, 2020. L'A. spiega che nei servizi *fintech* possono rientrare anche le assicurazioni, non solo per l'attività di vendita dei prodotti ma anche per l'utilizzo dei dati e delle informazioni per meglio predire i rischi.

⁷⁶⁹ Per un approfondimento sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nell'ambito assicurativo v. E. CORAPI – R. LENER (a cura di), *I diversi settori del Fintech. Problemi e prospettive*, Padova, 2019; M. PRATI, *Insurtech*, in A. NATALE, op. cit., pp. 323ss.

la gestione dei fondi (depositi, prestiti, raccolta di capitali e gestione degli investimenti);
c) le assicurazioni⁷⁷⁰.

Inoltre, da attenzionare è l'avviato processo di pluralizzazione soggettiva⁷⁷¹ da parte degli operatori professionali. Invero, i servizi finanziari sono oggi offerti ed eseguiti su piattaforme digitali anche da aziende di dimensione globale, con nessuna esperienza bancaria e finanziaria. Tuttavia, tali soggetti possono fare affidamento su un significativo bacino di utenti che utilizza i loro servizi, sicché l'attività di protezione dei dati personali e di profilazione degli utenti si rende ancor più stringente.

È il caso di alcune aziende, quali Amazon, Facebook, Alibaba, Apple e Samsung⁷⁷².

Ovviamente, anche i soggetti tradizionalmente bancari e finanziari, anche al fine di non perdere la loro centralità, hanno sviluppato detti servizi mediante l'acquisizione di società fintech o mediante la creazione di società in "house".

Occorre comprendere il tema, capire quali siano gli interessi in gioco e procedere con una regolamentazione⁷⁷³, nonostante si tratti di un fenomeno "proteiforme"⁷⁷⁴.

Risulta, quindi, necessario che il processo di "decentralizzazione bancaria", incentivato dall'avvento degli *smart contract* nei servizi bancari, sia caratterizzato da due imprescindibili presupposti: la tracciabilità delle operazioni e la trasparenza.

Il primo rappresenta un vantaggio proprio di questo processo, correlato alla tracciabilità delle informazioni propria dell'utilizzo di detti strumenti.

I progressi tecnologici consentono lo svolgimento di operazioni automatizzate sempre più sofisticate anche in relazione ad attività giuridicamente rilevanti che impernano tutte le fasi negoziali, financo quelle di risoluzione delle relative controversie, mediante la diffusione di piattaforme informatiche online.

In questo contesto si sono diffusi i *Third Party Providers*⁷⁷⁵ che possono essere suddivisi in due categorie: *payment initiation service providers* che offrono servizi di disposizione

⁷⁷⁰ G. BARBA NAVARETTI, G. CALZOLARI, A.F. POZZOLO, BARBA NAVARETTI G., CALZOLARI G., POZZOLO A.F., *Banche e Fintech. Amici o nemici?*, in FIMMANÒ F. – FALCONE G. (a cura di), *Fintech*, 2019, pp. 25ss.

⁷⁷¹ G. BARBA NAVARETTI, G. CALZOLARI, A.F. POZZOLO, op. cit., pp. 26.

⁷⁷² J. FROST, L. GAMBACORTA, Y. HUANG, H.S. SHIN, P. ZBINDEN, *BigTech and changing structure of financial intermediation*, in *BIS Working Papers* no. 779, April, 2019.

⁷⁷³ L'esigenza di una regolamentazione è stata evidenziata dal Comitato di Basilea, BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Sound practices: Implications of fintech developments for banks and bank supervisors*, February 2017.

⁷⁷⁴ Così nella Audizione del Presidente della Consob innanzi alla Commissione Finanze della Camera del 30.11.2017, su "Innovazione tecnologica e intermediazione finanziaria. Quale ruolo per il policy-maker nazionale?"

⁷⁷⁵ M. PROTO, *Gli smart contract nel settore bancario e finanziario*, op. cit., p. 206.

di ordini di pagamento e *account information service providers* che mettono a disposizione servizi di informazione sui conti correnti.

Pare opportuno, quindi, esaminare l'utilizzo del fintech nei suoi macro settori, ovvero criptovaluta, servizi di pagamento, servizi di finanziamento e servizi di investimento.

III. LA CRIPTOVALUTA TRA SERVIZIO DI PAGAMENTO E PRODOTTO FINANZIARIO

La rapida diffusione del *Fintech* e la crisi di fiducia verso i sistemi tradizionali hanno alimentato in maniera incisiva la nascita e lo sviluppo delle criptovalute⁷⁷⁶.

Tra le criptovalute lo strumento che ha avuto maggiore diffusione è stato il bitcoin⁷⁷⁷.

Fino a questo momento il fenomeno è stato attenzionato dal legislatore e dal regolatore con riferimento ai rischi connessi al riciclaggio⁷⁷⁸, al finanziamento del terrorismo e all'evasione fiscale⁷⁷⁹. Oggetto di studi è stata, quindi, la disciplina pubblicista. Ad oggi, carente è, invece, una normativa *ad hoc*, relativa alla dimensione privatistica di detti fenomeni e, in particolare, della tutela degli utilizzatori e degli investitori.

Sono le Autorità preposte alla tutela del mercato e degli investitori a evidenziare una serie di problemi connessi alle criptovalute, attraverso dei moniti per gli investitori⁷⁸⁰.

Nella normativa di prevenzione al riciclaggio, il legislatore ha definito la “valuta virtuale” come «*la rappresentazione digitale di valore, non emessa da una banca centrale, o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata ad una valuta avente corso legale,*

⁷⁷⁶ Il significativo letterale di “criptovaluta” è valuta nascosta. *Kriptos* dal greco nascosto, ovvero crittografato. Infatti, essa può essere individuata solo attraverso un codice informatico, composto dalle chiavi di accesso pubblica e privata. Per le prime riflessioni dottrinali sull'argomento si rinvia a S. CAPACCIOLI, *Criptovalute e bitcoin: un'analisi giuridica*, Milano, 2015; M.F. CAMPAGNA, *Criptomonete e obbligazioni pecuniarie*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1, pp. 183ss.; M. NASTRI, *Registri sussidiari, Blockchain: #Notaio oltre la lezione di Carnelutti?*, in *Notariato*, 2016, 4, pp. 211ss.; G. ARCELLA - M. MANENTE, *Le criptovalute e le loro contraddizioni: tra rischi di opacità e di eccessiva trasparenza*, in *Notariato*, 2020, 1, pp. 23ss.; A.M. PANCALLO, *Le criptovalute*, in (a cura di) G. ALPA, *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, pp. 591ss. A. ADINOLFI, *L'Unione europea dinanzi allo sviluppo dell'intelligenza artificiale: la costruzione di uno schema di regolamentazione europea tra mercato unico digitale e diritti fondamentali*, in (a cura di) S. DORIGO, *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, pp. 13ss.; M. PALAZZO, *Blockchain e crypto-attività*, op. cit. pp. 211 ss.

⁷⁷⁷ Si veda S. NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to Peer Electronic Cash System*, in www.bitcoin.org, 2008; per una rappresentazione grafica sull'aumento di valore di *bitcoin*, v. S. BONINI, *Criptovalute*, in A. NATALE, op. cit., p. 311.

⁷⁷⁸ D. lgs. 21 novembre 2007, n. 231, come modificato dal d. lgs. 25 maggio 2017, n. 90 e poi dal d. lgs. 4 ottobre 2019, n. 125. Per un approfondimento in dottrina v. F.P. SCHIAVONE, *La rivoluzione della criptosfera ed il suo impatto sulla finanza globale: Riflessioni sulla disciplina fiscale dei "crypto-assets"*, in *Riv. dir. trib. int.*, 3, 2021; G. BOLETTO, *Le criptovalute nel sistema tributario: prime riflessioni sull'esperienza italiana*, in *Dir. e pratica trib.*, 5, 2021.

⁷⁷⁹ M. PALAZZO, op. cit., 214; M. PALAZZO, *Blockchain e crypto-attività*; CGUE, sentenza 22.10.2015, in causa C-246/14. Sul relativo trattamento tributario ai fini IVA cfr. R. SCALIA, *Riflessioni su alcuni temi controversi sulla disciplina IVA delle c.d. criptovalute*, in *Giur. delle imposte*, 2020, 1.

⁷⁸⁰ Sul punto si vedano BCE, *Parere della Banca Centrale Europea del 12 ottobre 2016*; Banca d'Italia, *Avvertenze per i consumatori sui rischi delle valute virtuali da parte delle Autorità Europee*; Consob, *Le criptovalute che cosa sono e quali rischi si corrono*.

utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi, trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente»⁷⁸¹.

Così come formulata, la definizione non chiarisce cosa si intenda per valuta virtuale.

La valuta virtuale, secondo alcuni *rectius* cripto-attività⁷⁸², diverge quindi dalla moneta elettronica ex art. 1 comma 2 lett. h) del T.u.b., come modificato dal d. lgs. n. 45/2012, nel cui ambito applicativo rientrano le carte prepagate, i conti prepagati o i borsellini elettronici. Tali istituti costituiscono una rappresentazione digitale del credito, in una valuta legale e non virtuale, vantato dal possessore della moneta nei confronti dell'emittente⁷⁸³.

Dalle definizioni contenute nell'art. 1 T.u.b. emerge che si può discorrere di moneta elettronica solo allorquando sia definito il relativo valore monetario in valuta legale, con possibilità di memorizzazione elettronica e quando essa costituisca la rappresentazione di un credito verso l'emittente. Inoltre, la stessa, emessa da un soggetto diverso sia dall'acquirente sia dal fornitore, deve consentire operazioni di versamento, trasferimento e prelievo⁷⁸⁴.

Inoltre, l'art. 1 T.u.b. definisce i servizi di pagamento, includendovi le prestazioni in moneta elettronica e i servizi di intermediazione. In particolare, è definita moneta elettronica una «moneta elettronica detenuta su di un dispositivo di pagamento in possesso del detentore di moneta elettronica, sia a moneta elettronica memorizzata a distanza su un server gestita dal detentore tramite un conto specifico per la moneta elettronica»⁷⁸⁵.

La caratteristica fondamentale è il trasferimento e/o deposito di moneta legale⁷⁸⁶. Infatti, l'emittente riceve, da parte del richiedente, una somma di denaro memorizzando nello strumento elettronico una disponibilità monetaria di uguale entità. Il titolare del dispositivo ha la possibilità di utilizzare la moneta elettronica.

⁷⁸¹ Art. 1 comma 2 lett. qq), d.lgs. 21.11.2008, n. 231, come modificato dall'art. 1 d. lgs. 25.5.2017 n. 90. La definizione ripropone la qualifica proposta dall'EBA (*European Banking Authority*) nell'*Opinion* del 4.7.2014 e poi dalle Avvertenze di Banca d'Italia, Consob e BCE, già citate nella nota 67.

⁷⁸² A. CAPONERA, C. GORLA, *Aspetti economici e regolamentari delle cripto-attività*, in *Questioni di economia e finanza*, Banca d'Italia, n. 484, marzo 2019. Cfr. anche G. DONADIO, *Dalla "nota di banco", all'informazione via Blockchain: profili civilistici e problemi applicativi della criptovaluta*, in *Giust. Civ.*, 2020, 1, pp. 173ss.

⁷⁸³ Così M. PALAZZO, op. cit., p.216.

⁷⁸⁴ M. PASSARETTA, *Il primo intervento del legislatore italiano in materia di "valute virtuali"*, op. cit., pp. 1179ss.

⁷⁸⁵ G. GUERRIERI, *La moneta elettronica: profili di diritto privato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 755ss.

⁷⁸⁶ R. CATALANO, *L'adempimento dell'obbligazione con monete elettroniche e virtuali*, in G. CASSANO, F. DI CIOMMO, M. RUBINO DE RITIS (a cura di), op. cit., p. 362.

Pertanto, negli ultimi anni si è registrato un crescente numero di pagamenti elettronici per mezzo di *smartphone* o *tablet*. Infatti, gli strumenti di *mobile payment* consistono nell'utilizzo di nuove applicazioni che rappresentano veri e propri portafogli con cui effettuare le operazioni di pagamento⁷⁸⁷.

Tali sistemi digitali di pagamento sono da ricondursi alle operazioni di pagamento a distanza, eseguite in seguito alla disposizione di un ordine di pagamento. Pertanto, l'utente dispone il pagamento ad un prestatore di servizi che opera su internet, il quale, a sua volta, dovrà ordinare ad un altro istituto, presso il quale il cliente è titolare di un conto di pagamento, di eseguire il trasferimento dei fondi monetari.

Negli artt. 114 ss. T.u.b. è poi specificato che le Banche, Poste Italiane S.p.a. e gli altri entri autorizzati da Banca d'Italia possono emettere la moneta elettronica che, in virtù del suo valore nominale, è in ogni momento rimborsabile in valuta legale.

Proprio l'entrata in scena di soggetti tradizionalmente nel settore bancario e finanziario ha portato all'adozione dell'art. 114^{quater} T.u.b., ove è previsto che è necessaria l'autorizzazione di Banca d'Italia affinché un soggetto possa disporre di moneta elettronica. Inoltre, ai sensi dell'art. 114^{quinquies} T.u.b., se l'istituto di moneta elettronica svolge altre attività imprenditoriali, diverse dall'emissione della moneta elettronica e dalle prestazioni di servizi di pagamento autorizzate, deve costituire un patrimonio destinato unicamente per l'emissione di moneta elettronica, per la prestazione di servizi di pagamento e per le attività accessorie e strumentali.

Il pagamento effettuato con moneta elettronica è, quindi, parificato alla prestazione pecuniaria in valuta legale e, in quanto tale, è idonea a estinguere l'obbligazione ex art. 1277 c.c.⁷⁸⁸.

Si sono quindi indagate le convergenze e le divergenze tra la moneta elettronica e la moneta virtuale.

Rispetto alle differenze si è evidenziata la sussistenza di una totale indipendenza tra il valore della moneta legale con quello della valuta virtuale. L'emissione sarebbe decentralizzata⁷⁸⁹. Inoltre, è stato osservato che, anche laddove sia possibile identificare

⁷⁸⁷ In generale per una mappatura in percentuale degli strumenti utilizzati per i pagamenti digitali v. P. PICCOLI, *I servizi di pagamento digitale*, in A. NATALE, op. cit., 231.

⁷⁸⁸ A. DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, p. 51; B. INZITARI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, 1, 137. A. PERRONE, *La nuova disciplina italiana sulla moneta elettronica: un'introduzione*, in *Studium Juris*, 2003, 2, p. 580.

⁷⁸⁹ A. CALONI, *Bitcoin: profili civilistici e tutela dell'investitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1, pp. 168ss.

l'emittente delle valute virtuali, egli non assume l'obbligo di rimborso di moneta legale, a fronte della restituzione di valuta virtuale⁷⁹⁰.

In definitiva, la moneta virtuale non è collegata a una moneta legale, non è emessa o garantita da una banca centrale o da un'autorità pubblica e può circolare senza l'intervento di intermediari privati o pubblici.

Pertanto, la moneta virtuale diverge dalla moneta elettronica.

Opaca, ambigua e non unanime è, quindi, la qualificazione giuridica delle criptovalute⁷⁹¹.

Le poche definizioni sembrano attenere maggiormente a profili economici, piuttosto che giuridici. Invero, la moneta virtuale si identifica con il procedimento informatico necessario e sufficiente alla sua emissione e circolazione⁷⁹².

Le cripto-attività non sono banconote, moneta o moneta scritturale e quindi non rientrano nella nozione di fondi di cui alla PSD 2.

Il creditore non è obbligato ad accettare il pagamento avvenuto mediante criptovaluta. Tale strumento di pagamento può concorrere con il denaro contanti e può essere volontariamente accettato dal creditore⁷⁹³.

Tuttavia, sebbene debba escludersi l'applicazione diretta della PSD 2, sembra potersi applicare in via analogica la disciplina ivi prevista anche alle ipotesi di pagamento mediante valute virtuali, quantomeno con riferimento alle disposizioni a tutela del cliente⁷⁹⁴. Il riferimento è, in particolare, alle norme in tema di protezione dei dati e di misure di sicurezza, quali l'autenticazione a due fattori⁷⁹⁵. Difatti, in ogni caso, è innegabile che l'attività in moneta virtuale consente il trasferimento di disponibilità tra due utenti, mediante l'intermediazione di specifici operatori.

⁷⁹⁰ V. DE STASIO, *Le monete virtuali: natura giuridica*, op. cit., p. 219.

⁷⁹¹ A. MIGLIONICO, *Disintermediazione e digitalizzazione della moneta nel mercato finanziario*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Liber amicorum Guido Alpa*, Milano, 2019, p. 533; U. BECHINI, "Bitcoin" e la paura dell'innominato (noterelle su criptovalute e metodo), in *La nuova giur. civ. comm.*, 2022, 2, pp. 503ss.; E. BATTELLI, *Epistemologia dei beni immateriali: inquadramento sistematico e spunti critici*, in *Giust. Civ.*, 2022, 1, p. 49; M. GIULIANO, *Le risorse digitali nel paradigma dell'art. 810 cod. civile ai tempi della "blockchain". Parte seconda*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2021, 5, pp. 1214ss.

⁷⁹² Evidenzia la natura concorrenziale del mercato in cui opera la moneta virtuale RUBINO DE RITIS, *Una moneta senza frontiere e senza padrone? Il recente intervento del legislatore italiano*, in *Giustiziacivile.com*, 2018, 3.

⁷⁹³ Sul punto Corte Giust. EU., 22.10.2015 (C-264/14), ove ha affermato il principio che «*le operazioni relative a valute non tradizionali, vale a dire diverse dalle monete con valore liberatorio in uno o più paesi, costituiscono operazioni finanziarie, in quanto tali valute siano state accettate dalle parti di una transazione quale mezzo di pagamento alternativo ai mezzi di pagamento legali e non abbiano altre finalità oltre a quella di un mezzo di pagamento*».

⁷⁹⁴ V. DE STASIO, *Le monete virtuali: natura giuridica e disciplina dei prestatori di servizi connessi*, in AA. VV. (a cura di) M. CIAN – C. SANDEI, *Diritto del Fintech*, Padova, 2020, pp. 240ss.

⁷⁹⁵ M. PASSARETTA, *Il primo intervento del Legislatore italiano in materia di valute virtuali*, in *Le nuovi leggi civili commentate*, 2018, 5, pp. 1187ss.

Pertanto, non potendo includere le valute virtuali nella categoria del denaro, si è proposto di identificare l'ancoraggio normativo, sul piano civilistico, nella nozione di bene, di cui all'art. 810 c.c.⁷⁹⁶. La criptovaluta sarebbe quindi costituita da un dato, risultato di calcoli operati dal *software*, cui è attribuito un valore. La moneta virtuale rappresenterebbe, dunque, un nuovo bene, immateriale⁷⁹⁷, limitato e fungibile⁷⁹⁸.

In tal modo, l'acquisto di una criptovaluta costituirebbe un diritto soggettivo assoluto su un bene immateriale⁷⁹⁹, rientrante nell'art. 810 c.c.

Tali conclusioni non sono condivisibili, in quanto i poteri derivanti dal diritto sulle criptovalute costituiscono una situazione obbligatoria, giammai una reale⁸⁰⁰. Ciò è confermato dal regime di circolazione delle criptovalute e dalle modifiche soggettive del rapporto obbligatorio.

La giurisprudenza⁸⁰¹ ha affrontato la questione relativa al funzionamento organizzativo del servizio di portafoglio digitale *custodian wallet*⁸⁰² di una criptovaluta e, nel dettaglio, se esso possa essere ricondotto al deposito regolare o piuttosto a quello irregolare⁸⁰³. Il Tribunale fiorentino ha optato per questa seconda ipotesi, qualificando, al contempo, la

⁷⁹⁶ Così M. PALAZZO, op. cit., 220. In senso conforme A. CALONI, *Bitcoin: profili civilistici e tutela dell'investitore*, op. cit., pp. 159ss. In senso contrario rispetto alla riconducibilità delle criptovalute alla nozione di bene fungibile v. G. GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin: miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema*, in *Dir. inform.*, 2015, 3, p. 428, secondo cui il codice informativo che individua univocamente ciascun *bitcoin* varrebbe a rendere ciascun pezzo di criptovaluta unico e insostituibile.

⁷⁹⁷ Trib. Brescia 25.7.2018 e App. Brescia 30.10.2018, entrambe in *Società*, 2019, 1, pp. 26ss. con note di F. MURINO, *Il conferimento di token e criptovalute nelle srl* e di F. FELIS, *L'uso di criptovaluta in ambito societario. Può creare apparenza?* in *Riv. not.*, 2018, 1283, Il Tribunale definisce la criptovaluta come bene mobile immateriale. All'uopo la ritiene non conferibile in società in ragione dell'estrema volatilità del suo valore economico, nonché della sua inidoneità a essere sottoposta ad esecuzione forzata. Mentre la Corte di Appello di Brescia l'ha assimilata alla moneta. Ha comunque escluso la possibilità di conferimento in ragione della sua indeterminatezza di controvalore in euro; si vedano anche C. FLAIM, *Nuove frontiere del conferimento in società a responsabilità limitata: il caso delle criptovalute*, in *Giur. commerciale*, 2020, 4, pp. 900ss.; R. BATTAGLINI, *Conferimento di criptovalute in sede di aumento di capitale sociale*, in *ibidem*, 2020, 4, pp. 913ss.; G. GITTI – A. SARDINI, *I conferimenti di criptoattività*, in *Contr. e impr.*, 2020, 3, 1289ss.

⁷⁹⁸ M. PALAZZO, op. cit., p. 225; in senso conforme anche A. CALONI, op. cit., p. 170.

⁷⁹⁹ Contra R. BOCCHINI, *Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di un inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, in *Dir. informazione e inf.*, 2017, 1, p. 28, nt.2. L'A. rammenta la stretta tipicità dei diritti esclusivi su beni immateriali.

⁸⁰⁰ In tal senso, V. DE STASIO, op. cit., pp. 233ss.

⁸⁰¹ Trib. Firenze, 21.1.2019, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, 3, pp. 385ss., con commento di V. DE STASIO, *Prestazione di servizi di portafoglio digitali relativi alla valuta virtuale "Nanocoin" e qualificazione del rapporto tra prestatore e utente*. La sentenza è stata oggetto di commento anche da D. FAUCEGLIA, *Il deposito e la restituzione delle criptovalute*, in *Contr.*, 2019, 6, pp. 661ss.; A. CALONI, *Deposito di criptoattività presso una piattaforma exchange: disciplina e attività riservate*, in *Giur. comm.*, 2020, I, pp. 1073ss.

⁸⁰² Il riferimento è ai fornitori che «prendono in custodia online le chiavi crittografiche di un utente». Così CAPACCIOLI, voce *Wallet*, in AA. VV., *Dizionario legale tech*, in (a cura di) G. ZICCARDI e P. PERRI, Milano, 2020, p. 987.

⁸⁰³ Attenta dottrina, V. DE STASIO, op. cit., p. 403, ritiene errate entrambe le soluzioni, preferendo la configurabilità del contratto di mandato.

criptovaluta un bene fungibile. Al di là della possibilità di condividere o meno la previsione del rimedio restitutorio in luogo di quello risarcitorio⁸⁰⁴, si vuole evidenziare l'accertamento della responsabilità del gestore per un errore del sistema che aveva effettuato più volte l'ordine eseguito dall'utente che veniva, tra l'altro, registrato nella sua singolarità. Il gestore, quindi, è stato ritenuto responsabile per un difetto organizzativo interno al sistema operativo.

Se però le criptovalute non possono essere qualificate come beni, data anche la loro immaterialità, allora non possono costituire neanche un contratto di deposito⁸⁰⁵.

Non manca chi ha osservato che, per come fisiologicamente strutturate, le valute virtuali si prestano a svolgere plurime funzioni⁸⁰⁶. Invero, a seconda delle informazioni memorizzate, possono fungere da mezzo di scambio di beni e servizi (e, quindi, da moneta virtuale), oppure da prodotto finanziario, se contengono, ad esempio, i dati relativi ad azioni o obbligazioni sociali⁸⁰⁷, ovvero da proposta contrattuale rivolta al pubblico, come accade negli *smart contract*⁸⁰⁸.

Il legislatore nazionale, nella normativa sull'antiriciclaggio già citata, afferma che le criptovalute sono uno strumento che consente «di trasferire, movimentare o acquisire, anche per via telematica, fondi, valori o disponibilità finanziarie» (cfr. art. 1 comma 2, lett. s) d. lgs. 231/2007). Quindi, costituirebbero, non l'oggetto dello scambio, quanto piuttosto lo strumento con cui lo scambio può avvenire⁸⁰⁹. La normativa europea esclude qualsiasi equiparazione della valuta virtuale alla moneta legale.

Può, pertanto, affermarsi che le criptovalute si affiancano alla valuta legale, non essendo in esse ricomprese, previa accettazione contrattuale dei soggetti che vi aderiscono. Le stesse, quindi, possono estinguere l'obbligazione pecuniaria, solo nell'ipotesi di accettazione del creditore, il quale può legittimamente rifiutarsi di accettarle come mezzo di adempimento. Se così è, sembra che ciò possa costituire una particolare forma di *datio in solutum* ex art. 1197 c.c., con cui un determinato rapporto obbligatorio si estingue nell'ipotesi in cui un soggetto adempia una prestazione diversa da quella dovuta e il creditore la accetti, ritenendola egualmente idonea a soddisfare il proprio interesse.

⁸⁰⁴ In tal senso v. V. DE STASIO, op. cit., p. 402.

⁸⁰⁵ V. DE STASIO, op. cit., p. 402.

⁸⁰⁶ R. CATALANO, op. cit., p. 368.

⁸⁰⁷ M. CIAN, *La dematerializzazione degli strumenti finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, pp. 241 ss.; N. DE LUCA, *Documentazione crittografica e circolazione della ricchezza assente*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1, p. 105.

⁸⁰⁸ N. DE LUCA, op. cit. 105; R. CATALANO, *Dichiarazione elettronica e documento informatico alla prova di blockchain e smart contracts*, in *Foro nap.*, 2019, 8, pp. 3ss.

⁸⁰⁹ M. C. DI MARTINO, *Soluzioni e prospettive sulla "natura giuridica" delle valute virtuali*, in (a cura di) G. CASSANO, F. DI CIOMMO, M. RUBINO DE RITIS, op. cit., p. 317.

Non può ricondursi la valuta virtuale alla valuta avente forza legale in Italia, sicché non sussiste alcun obbligo di accettarla, pena la sanzione di cui all'art. 693 c.p.

La valuta virtuale può, quindi, essere definita come moneta non dotata di corso forzoso che può avere un potere d'acquisto, il cui valore non è però garantito da un governo centrale, né vi è una Autorità centrale che la emette.

III.1. LE VALUTE VIRTUALI IN AMBITO FINANZIARIO

La valuta virtuale deve essere anche esaminata nella sua dimensione finanziaria. Infatti, le criptovalute sono caratterizzate da una spiccata volatilità⁸¹⁰, legata alle ragioni che, di fatto, inducono i soggetti al loro acquisto: ovvero, quello di speculare e di considerare la criptovaluta come un investimento. Le oscillazioni di mercato, infatti, inducono proprio l'investitore a comprare e poi smobilizzare nel medio-breve periodo le risorse, con l'obiettivo di realizzare un cospicuo guadagno.

Sono state intraviste forme di guadagno attraverso le criptovalute, tant'è che si è spinti a speculare sul valore futuro della tecnologia con negoziazioni di *futures* su bitcoin nei mercati dei derivati⁸¹¹.

Quindi, necessario, è valutare la loro riconducibilità alla disciplina finanziaria.

Preliminarmente, è opportuno comprendere se le valute possano rientrare nelle definizioni di “prodotto finanziario”, di “strumento finanziario” o di “valore mobiliare”. L'art. 1 del T.u.f. definisce i “prodotti finanziari” come gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria; esulano da detta categoria i depositi bancari o postali non rappresentati da strumenti finanziari. Mentre per “strumento finanziario”⁸¹² si intende qualsiasi strumento riportato nella Sezione C dell'Allegato I, precisando che gli strumenti di pagamento non sono strumenti finanziari. Da qui l'affermazione secondo cui gli strumenti finanziari sono una elencazione “chiusa”⁸¹³. Nell'allegato I non sono presenti le valute virtuali. Si discute se esse possano rientrare nella sottocategoria dei “valori mobiliari”, che ricomprende azioni di società, altri titoli equivalenti ad azioni di società, obbligazioni e altri titoli di debito e qualsiasi altro valore mobiliare che permette di acquisire o di vendere i suddetti valori mobiliari.

⁸¹⁰ In arg. v. M. AMATO – L. FANTACCI, *Per un pugno di bitcoin*, Milano, 2015, p. 30.

⁸¹¹ G. J. SICIGNANO, *Bitcoin e riciclaggio*, Torino, 2019, p. 92. L'A. riporta gli esempi di dette prime operazioni realizzate nei mercati dei derivati *Chicago Board Options Exchange* (CBOE) e al *Chicago Mercantile Exchange* (CME). Sulla possibilità di indicizzare un derivato su valuta virtuale si rinvia a M. PASSARETTA, *Le valute virtuali*, op. cit., pp. 411ss.

⁸¹² V. CHIONNA, *Le forme dell'investimento finanziario*, Milano, 2008, p. 191; F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, op. cit., p. 90.; A. BARTALENA, *Le nuove tipologie di strumenti finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, p. 293.

⁸¹³ Per R. COSTI – L. ENRIQUES, *Il mercato mobiliare*, in *Trattato Cottino*, 2004, pp. 38ss., le formule sono comunque ampie.

In tal modo, la definizione di valore mobiliare sembra riferirsi più che alle criptovalute ai *crypto-asset*, c.d. *token*, identificabili come gettoni digitali, contenuti e diffusi in *blockchain* con lo scopo di promuovere attività o nuovi progetti (*Initial Coin Offering*)⁸¹⁴. Pertanto, l'assimilazione delle valute virtuali ai valori mobiliari, così come definiti del T.u.f. non è consentita, salvo che non ci si trovi di fronte ad un *crypto-asset* con determinate caratteristiche⁸¹⁵.

Sulla qualifica del *bitcoin* come strumento finanziario, *species* del più ampio *genus* di "prodotto finanziario" si è espressa parte della giurisprudenza di merito⁸¹⁶.

In altre simili vicende, ad esempio nell'ipotesi della vendita di diamanti e di opere d'arte, è stato considerato prodotto finanziario qualunque bene inteso dalle parti come oggetto di investimento di natura finanziaria, tale da consentire l'individuazione della causa finanziaria all'interno del contratto. Invero, i giudici di legittimità⁸¹⁷ hanno individuato la causa finanziaria nella ragione giustificatrice del rapporto posto in essere, caratterizzato dalla logica denaro-tempo-denaro. In altri termini, ciò che rende finanziaria una operazione, consiste nell'investimento del capitale, con la prospettiva del suo accrescimento, senza l'apporto di prestazioni da parte dell'investitore diverse da quello di dare una somma di denaro⁸¹⁸.

Sembra doversi escludere la riconducibilità delle criptovalute alla disciplina degli strumenti finanziari tipizzati dal legislatore, in quanto la loro detenzione non dà luogo a un credito nei confronti di un emittente. Inoltre, gli strumenti di pagamento sono esclusi categoricamente (art. 2 comma 2 t.u.f.) dal novero degli strumenti finanziari.

Considerato invece che il legislatore stabilisce che è da ritenersi prodotto finanziario ogni altra forma di investimento di natura finanziaria, sembra potersi applicare la disciplina del prodotto finanziario ogniqualvolta sia individuata nell'acquisto della criptovaluta la natura finanziaria dell'operazione, nei termini sopra descritti. Se una disponibilità

⁸¹⁴ M. PROTO, op. cit., p. 202.

⁸¹⁵ Sul punto cfr. Consob, *Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività Documento per la Discussione del 19 marzo 2019*.

⁸¹⁶ Trib. Verona, 24.1.2017, n. 175, in *ilcaso.it*. Per un commento vedi M. PASSARETTA, "Bitcoin": il "leading case" italiano, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, 4, pp. 471ss.

⁸¹⁷ Cass. 5.2.2013, n. 2736, in *italgiure.it*.

⁸¹⁸ Cfr. Consob, *Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività. Documento per la Discussione 19 marzo 2019*, secondo cui gli elementi di valutazione al fine di stabilire se un'operazione possa essere qualificata come investimento finanziario sono: «prevalenza del connotato finanziario rispetto a quello di godere e disporre del bene acquisito con l'operazione; b) effettiva e predeterminata promessa, all'atto dell'instaurazione del rapporto contrattuale, di un rendimento collegato alla res tale da far ritenere che l'atteso incremento di valore del capitale impiegato (ed il rischio ad esso correlato) sia elemento intrinseco all'operazione stessa, diverso dal mero apprezzamento del bene nel tempo, accedendo quindi alla causa stessa del contratto sottostante».

finanziaria è impiegata in una attività che nel tempo, a fronte di un rischio, può generare un profitto, si realizza un investimento finanziario.

Pertanto, qualora il fine speculativo dell'acquisto della criptovaluta prevalga su quello dispositivo, l'acquisto e la detenzione di valute virtuali equivalgono ad un investimento in prodotti finanziari⁸¹⁹.

Si deve altresì osservare che nell'ipotesi di criptovalute difetti il soggetto emittente, figura nevralgica per i prodotti finanziari⁸²⁰. Solo sul piano operativo può dirsi che tale soggetto è sostituito dal programma informatico. Per superare tale criticità, si è proposto di indagare le modalità di esecuzione delle negoziazioni di valute virtuali⁸²¹. Il riferimento, in particolare, è alla *Initial Coin offerings*, in cui una società promotrice attribuisce agli aderenti un *token* – di acquisto di valute virtuali e altri diritti – assumendo l'obbligo di corrispondere un certo rendimento agli investitori⁸²².

La riconducibilità delle valute virtuali in una delle due categorie – prodotti finanziari e strumenti finanziari – non rappresenta un'attività meramente teorica, ma si riflette sul regime della contrattazione applicabile, nonché sul possibile richiamo alle disposizioni in tema di verifica o meno dell'abusività dell'attività di scambio svolta. Se la criptovaluta fosse assimilabile ad un prodotto finanziario, potrebbe riscontrarsi, nell'attività svolta dagli *exchange* una sollecitazione all'investimento finanziario che, ai sensi dell'art. 94 T.u.f., non è consentita senza la preventiva pubblicazione di un prospetto informativo comunicato alla Consob e conforme alle prescrizioni dettate dall'Autorità⁸²³. In simili fattispecie il prodotto finanziario sarebbe costituito dal *token*.

Alla luce delle considerazioni svolte, pare che le valute virtuali, oltre ad essere idonei mezzi di pagamento, non direttamente soggetti alle disposizioni della PSD 2, solo se accettati dalle parti, possono rientrare nella nozione di prodotto finanziario solo laddove presentino gli elementi di investimento.

⁸¹⁹ M. AMATO – L. FANTACCI, op. cit. p. 40. V. anche F. ANNUNZIATA, *La disciplina delle trading venues nell'era delle rivoluzioni tecnologiche: dalle criptovalute alla distributed ledger technology*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2018, pp. 8 ss., il quale considera le valute virtuali come strumenti finanziari perché negoziabili in mercati secondari.

⁸²⁰ Sulla presenza di un soggetto emittente nei prodotti finanziari si rinvia a R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2018, p. 52.

⁸²¹ M. PASSARETTA, *Valute virtuali: prodotti e strumenti finanziari*, in (a cura di) G. CASSANO, F. DI CIOMMO, M. RUBINO DE RITIS, op. cit., pp. 401ss.

⁸²² Sul punto Consob. Delibera del 31.10.2018 n. 20660, il cui contenuto sarà approfondito nei successivi paragrafi.

⁸²³ M. PALAZZO, op. cit., p. 223; F. ANNUNZIATA, *Commento all'art. 94 T.u.f.*, in (a cura di) P. MARCHETTI – L. A. BIANCHI *La disciplina delle società quotate*, Milano, 1999, p. 86.

Invero, come chiarito da ESMA e EBA, non tutti i valori digitali o cripto attività rientrano nella nozione di strumenti finanziari. La maggior parte delle cripto-attività esula dall'ambito della disciplina europea e, dunque, le disposizioni in materia di protezione dei consumatori e degli investitori e di integrità del mercato non sono applicabili⁸²⁴.

Per le cripto-attività non riconducibili agli strumenti finanziari, Consob⁸²⁵ ha proposto di emanare una disciplina *ad hoc*. Consob intende definire le cripto attività «*nelle attività diverse dagli strumenti finanziari di cui all'art. 1 comma 2 TUF e da prodotti di investimento di cui al comma 1, lettere w-bis.1, w-bis.2 e w-bis.3 consistenti nella rappresentazione digitale di diritti connessi a investimenti in progetti imprenditoriali, emesse, conservate e trasferite mediante tecnologie basate su registri distribuiti, nonché negoziate o destinate a essere negoziate in uno o più sistemi di cambi*»⁸²⁶.

Consob, dunque, esige che le cripto-attività diverse dagli strumenti finanziari siano basate su progetti imprenditoriali.

L'Autorità intende prevedere un regime opzionale che consenta al promotore dell'iniziativa di scegliere se utilizzare una piattaforma regolamentata oppure no. Anche in quest'ultimo caso, l'utilizzo della piattaforma sarebbe legittima, sebbene riconoscibile dal pubblico come non sottoposta all'autorità di vigilanza⁸²⁷.

Il pericolo della detenzione e della commercializzazione delle valute virtuali deriva dall'assenza di un loro valore fissato e determinato dall'Autorità che le emette. Il valore delle criptovalute è dato esclusivamente dal loro apprezzamento nel mercato degli scambi e, quindi, dalla logica della domanda e dell'offerta⁸²⁸.

Pertanto, esse non sono soggette alle azioni di un Governo o di un'Autorità centrale che possa garantire la stabilità con interventi di politica monetaria, finendo per l'essere quindi preda di attacchi speculativi, di bolle speculative o di interventi irrazionali ed imprevedibili del mercato⁸²⁹.

⁸²⁴ EBA, *Report with advice for the European Commission on "crypto-assets"*, 9.1.2012, pp. 12ss.

⁸²⁵ Cfr. Consob, *Rapporto finale*, op. cit., 6.

⁸²⁶ Consob, op. cit. 6.

⁸²⁷ Consob, *Le offerte iniziali*, op. cit. 9.

⁸²⁸ Per un approfondimento sulle teorie economiche si rinvia a M. L. KATZ, C. SHAPIRO, *Network externalities, competition and compatibility*. *The American Economic Review*, 75(3), 1985, pp. 424ss.; N. GANDAL & H. HALABURDA, *Can we predict the winner in a market with network effects? Competition in cryptocurrency market*, *Games* 2016, 7, p. 16.

⁸²⁹ M. PALAZZO, op. cit., p. 225. L'A. evidenzia che per ovviare al menzionato problema della volatilità delle valute virtuale, sul mercato si sono diffuse le c.d. *stablecoin*, criptovalute ancorate al valore di un asset specifico, come il dollaro americano, l'euro o in alcuni casi l'oro o l'argento.

La mancanza dell'intermediario, in definitiva, non comporta tanto dei problemi sulla certezza degli scambi, garantita grazie all'utilizzo della blockchain, quanto piuttosto sull'effettiva tutela dell'investitore.

IV. FORME DI FINANZIAMENTO SULLE PIATTAFORME DIGITALI

IV.1 EQUITY CROWDFUNDING

Per *crowdfunding* si intende l'attività di finanziamento di imprese o altre organizzazioni da parte di una molteplicità di soggetti attraverso piattaforma elettronica. Il termine deriva dalla crasi dei termini "crowd" (folla) e "funding" (finanziamento). Mentre, con la locuzione *equity crowdfunding*⁸³⁰ ci si riferisce alle ipotesi in cui l'investimento porta all'acquisizione di titoli di capitale di rischio derivante dalla partecipazione nell'impresa. Anche in questi casi la piattaforma ha lo scopo di mettere in relazione imprese e investitori, creando una vera e propria *community*. È così consentito agli imprenditori di promuovere *startup* e di pubblicare la documentazione relativa al progetto, di modo che gli investitori possano compiere le proprie valutazioni ed eventualmente decidere se acquistare i titoli alle condizioni proposte, direttamente dall'emittente o attraverso la creazione di un veicolo *ad hoc* (*pooled investment*).

Le ragioni del successo e della correlata rapida diffusione del fenomeno si spiegano in relazione all'avvenuta digitalizzazione degli investimenti e all'ampliamento della base degli investitori⁸³¹. Infatti, molte imprese hanno potuto far conoscere, previa digitalizzazione, il proprio progetto imprenditoriale, ottenendo finanziamenti da parte di investitori raggiunti proprio grazie alla connessione a internet.

Le piattaforme possono essere gestite da imprese di investimento, da banche autorizzate ai relativi servizi di investimento e dai soggetti iscritti in un apposito registro tenuto dalla Consob⁸³².

A Consob comunque spetta la vigilanza su tutti i gestori di portali. Il Reg. Consob n. 18952/2013, disciplinante la raccolta di capitali di rischio tramite portali on line, descrive le regole che devono essere rispettate dal gestore del portale, tra cui verificare il livello di esperienza e conoscenza dell'investitore.

⁸³⁰ N. DE LUCA, S. LUNCIANO FURNARI, A. GENTILE, *Il Crowdfunding*, in G. CASSANO, F. DI CIOMMO, M. RUBINO DE RITIS (a cura di), op. cit., p. 196.

⁸³¹ M. POLA, *La disintermediazione nei finanziamenti: il crowdfunding*, in A. NATALE (a cura di), op. cit., pp. 263ss..

⁸³² Sul punto v. Osservatorio Crowd-investing del Politecnico di Milano, aggiornato al 30.6.2019, secondo cui 33 su 35 sono gestiti da gestori non professionali.

Nella prassi l'*equity crowdfunding*⁸³³ si è particolarmente diffuso tra le imprese giovani e di piccole dimensioni e, in particolare, tra le startup innovative⁸³⁴. Ciò anche in considerazione del convincimento diffuso secondo cui ottenere credito in tal modo sarebbe più semplice rispetto al ricevere un fido bancario o al ricorrere ad un collocamento tradizionale. La diffusione è legata anche al titolo di partecipazione a un progetto giovane e ambizioso, in cui l'investitore si sente far parte di una collettività, mediante un apporto personale al progetto, fatta salva la prospettiva di un ritorno economico superiore rispetto al capitale investito e a un investimento tradizionale. Perciò, il fenomeno può essere definito come una forma di microfinanziamento che parte dal basso⁸³⁵.

I costi dovuti dai soggetti a titolo di commissioni per le piattaforme, nel processo di preselezione e *due diligence*, oltre alle evidenti asimmetrie informative tra soggetto offerente e investitore, rappresentano degli evidenti limiti che sono destinati a rallentare lo sviluppo di un simile meccanismo di finanziamento.

Sussistono molteplici rischi di frode⁸³⁶, di sfruttamento delle asimmetrie informative esistenti, nonché di insuccesso delle progettualità e, in definitiva, di illiquidità dell'investimento⁸³⁷ per l'assenza di mercati secondari.

Vi è totale carenza di una Autorità che verifica l'effettiva trasparenza delle operazioni e delle informazioni ivi contenute. Invero, sono le piattaforme che verificano l'identità e l'affidabilità di chi intende intraprendere una campagna di crowdfunding. E sono le stesse piattaforme a valutare la correttezza delle informazioni fornite dal soggetto raccogliatore nei confronti dei potenziali investitori.

Lapalissiani sono i limiti della procedura.

Le piattaforme che, di fatto, fungono da intermediari hanno tutto l'interesse affinché vengano lanciate campagne di *crowdfunding* e, al contempo, non intendono appesantire i

⁸³³ Sui profili comparatistici v. N. DE LUCA, S. LUNCIANO FURNARI, A. GENTILE, op. cit., pp. 199ss.

⁸³⁴ Cfr. Politecnico di Milano, IV Report Italiano sul CrowdInvesting, 2019. Lo studio ha evidenziato che il target di raccolta medio delle offerte (non immobiliari) sulle relative piattaforme, dal 2014 al 2019, è stato pari ad € 191.956,00. V. anche STARTEED, *Il Crowdfunding in Italia*, Report, 2019, secondo cui nel 2019 il totale degli investimenti in Italia è stato pari a 68,5 milioni di Euro.

⁸³⁵ Per un approfondimento sui vari modelli di *crowdfunding*, si rinvia a M. POLA, op. cit., p. 269. V. anche G. QUARANTA, *Il crowdfunding*, in *Diritto ed Economia dell'Impresa*, 2017, 4, pp. 915ss.; W. VASSALLO, *Crowdfunding nell'era della conoscenza. Chiunque può realizzare un progetto. Il futuro è oggi*, Milano, Franco Angeli, 2014.

⁸³⁶ G. FERRARINI, *I costi dell'informazione societaria per le Pmi: mercati alternativi, crowdfunding, e mercati privati*, in *Analisi giur. dell'economia*, 2013, 1, p. 203. Secondo l'A. il rischio di frode aumenterebbe proprio in virtù dei bassi costi correlati all'uso di tale strumento.

⁸³⁷ M.L. PASSADOR, *Crowdfunding: tra profili di adeguatezza ed appropriatezza e profili di applicabilità all'aumento di capitale*, in *BIS*, 2015, pp. 287, 315-318.

flussi informativi, contenenti un costo, che gli emittenti devono garantire in favore degli investitori.

A ciò non pare replicabile che comportamenti scorretti sarebbero scongiurati dal pericolo di incrinare la loro reputazione. Tanto poiché il rischio è insito nell'operazione e l'eventuale andamento negativo non sarebbe avvertito quale inadempimento precontrattuale e contrattuale da parte degli investitori.

In Italia, la prima regolamentazione della disciplina si è avuta con l'art. 25 del d.l. 179/2012 ("Decreto crescita 2.0"), che riservava l'utilizzo dell'*equity crowdfunding* solo alle start-up innovative⁸³⁸.

Il d.l. n. 3 del 2015 ha ammesso l'utilizzo del crowdfunding anche alla neo-introdotta piccola e media impresa innovativa⁸³⁹.

Successivamente, il legislatore ha ampliato⁸⁴⁰ la platea di soggetti che possono utilizzare il *crowdfunding* anche a tutte le PMI, così definite in ambito europeo, anche se non innovative, nonché ai soggetti che investono prevalentemente in PMI⁸⁴¹.

Fondamentale è, quindi, il rispetto degli obblighi informativi e di trasparenza previsti anche dal Reg. Consob 18592/2013 negli artt. 15 e 16. Tali disposizioni tuttavia non appaiono sufficienti, in quanto si limitano a imporre la produzione di documenti riportanti i dati sulle società emittenti e sugli strumenti finanziari offerti.

A nulla sembra rilevare l'obbligo imposto dalla normativa Consob ai gestori di far sottoscrivere una percentuale a investitori professionali, in modo da indurre fiducia nei confronti degli investitori *retail*⁸⁴². Ciò non è sufficiente a tutelare il singolo investitore. Le informazioni devono essere adeguate e appropriate.

⁸³⁸ Le start-up innovative sono identificate come quelle società che abbiano per «oggetto sociale esclusivo o prevalente, lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto contenuto tecnologico» e, allo stesso tempo, soddisfino almeno uno dei seguenti presupposti: i) presenza di un rilevante investimento in spese di ricerca e di sviluppo; ii) l'impiego di lavoratori scientificamente qualificati (quali ad esempio dottori di ricerca); iii) la titolarità di un diritto di privativa industriale collegato ad un'attività svolta.

⁸³⁹ Tale status è acquisibile dalle PMI costituite sotto forma di società di capitali che possiedano almeno due dei tre presupposti già previsti per le start-up innovative, anche se per valori percentuali meno elevati e purché abbiano sottoposto l'ultimo bilancio a revisione legale dei conti da parte di un soggetto iscritto in apposito albo. L'acquisto dello status è precluso agli emittenti che in precedenza avevano acquisito la qualifica di start-up innovativa o che abbiano avuto azioni quotate in mercati regolamentati.

⁸⁴⁰ Art. 1 comma 70 Legge n. 232/2016.

⁸⁴¹ R. CARATOZZOLO, *L'utilizzo delle nuove tecnologie per il finanziamento delle imprese*, in M.T. PARACAMPO (a cura di), *Fintech.*, op. cit., p. 151. Sul dibattito circa l'eventuale alterazione della concorrenza, correlata a una disciplina settoriale v. F. MARABINI, *Analisi dei possibili profili anticoncorrenziali della normativa italiana in tema di crowdfunding*, in *Contr. impresa*, 2016, 2, p. 552.

⁸⁴² Critico A. LAUDONIO, *La folla e l'impresa: prime riflessioni sul crowdfunding*, in *Dir. bancario*, 2014, I, p. 357.

Le modifiche legislative del 2016 hanno avuto l'obiettivo di facilitare le procedure di investimento e di successivo smobilizzo, attraverso la loro diretta esecuzione online. Precedentemente, infatti, erano necessarie la compilazione del Questionario MiFID e la presenza di un notaio per il successivo trasferimento di azioni o quote sottoscritte tramite *crowdfunding*. L'investitore, superate determinate soglie, doveva recarsi presso l'intermediario incaricato del collocamento per effettuare la verifica di appropriatezza dell'investimento, procedendo alla compilazione del Questionario MiFID. Tale vincolo è stato superato⁸⁴³ affidando direttamente al gestore del portale la possibilità di svolgere tale valutazione, consentendo la compilazione del Questionario MiFID sulla stessa piattaforma.

In ambito europeo, si registra il Regolamento 2020/1503 sui fornitori europei di servizi di *crowdfunding* per le imprese (Regolamento ECSP), emanato con l'obiettivo di armonizzare le regole di comportamento a livello europeo, al fine di incentivare la raccolta di capitali e gli investimenti su base transfrontaliera. Tra le principali novità del regolamento, oltre alla previsione di un tetto massimo alle offerte che possono essere effettuate tramite piattaforme, vengono introdotti la «gestione individuale di portafogli di prestiti», la previsione di categorie di investitori “s sofisticati” e “non sofisticati”, con differenti livelli di tutela per gli investitori.

Si distinguono, quindi, i servizi di “intermediazione nella concessione di prestiti” dal servizio di “collocamento senza impegno irrevocabile” di valori mobiliari ed altri strumenti ovvero di “ricezione e trasmissione di ordini di clienti”, relativamente agli strumenti offerti sui portali online⁸⁴⁴.

La persona giuridica che intende fornire servizi di *crowdfunding* è tenuta a presentare preliminarmente una domanda di autorizzazione all'Autorità competente del proprio Stato, dimostrando di rispettare i requisiti previsti dal Regolamento ECSP. A quel punto, l'Autorità è incaricata formalmente dell'attività di vigilanza sugli operatori, sotto la supervisione dell'ESMA, la quale è tenuta ad istituire un registro di fornitori di servizi di *crowdfunding* autorizzati che operano nell'UE⁸⁴⁵.

Al momento, l'Italia non ha ancora formalmente designato l'Autorità che sarà incaricata di svolgere l'attività di vigilanza sugli operatori del *crowdfunding*. Verosimilmente, la competenza sarà attribuita a Banca d'Italia e a Consob.

⁸⁴³ Reg. Consob n. 18592, art. 13 c. 5bis, introdotta con Delibera Consob n. 19520 del 24.2.2016.

⁸⁴⁴ M. POLA, op. cit., p. 285.

⁸⁴⁵ M. POLA, op. cit. p. 286.

Inizialmente la nuova disciplina aveva previsto un periodo transitorio fino al 10.11.2022, esteso poi dalla Commissione Europea fino al 10.11.2023.

Il regolamento consente ai fornitori europei di servizi di crowdfunding autorizzati in uno Stato membro, di operare su tutto il territorio dell'UE.

Le considerazioni svolte consentono di poter affermare che il *crowdfunding* deve essere incluso nel settore della finanza alternativa, estranea alla tradizionale disciplina bancaria e finanziaria. La sua diffusione si registra, in particolar modo, nelle *startup* e, in generale, nelle nuove idee imprenditoriali.

IV.2. CROWDLENDING

Il *Fintech* ha sviluppato altresì nuovi canali di erogazione del credito rispetto a quelli bancari o dei mercati obbligazionari. Le attività di erogazione del credito si svolgono tipicamente in un mercato rappresentato da una piattaforma digitale (*market lending*)⁸⁴⁶, mediante il *peer-to-peer lending* (anche P2P lending), che consiste nell'erogazione di prestiti a imprese e privati creando una relazione diretta tra finanziatore e finanziato, senza alcuna intermediazione bancaria⁸⁴⁷.

Concretamente, il P2P lending funziona nel seguente modo⁸⁴⁸. Il soggetto richiedente formula una domanda di prestito. I potenziali investitori offrono credito ad un certo tasso di interesse. Successivamente, la piattaforma combina le varie offerte in un unico prestito laddove si raggiunga l'importo richiesto. Sulla scorta di quanto formulato dall'EBA, Banca d'Italia ha definito il *crowdlending*⁸⁴⁹, quale strumento «attraverso il quale una pluralità di soggetti può richiedere a una pluralità di potenziali finanziatori, tramite piattaforme *online*, fondi rimborsabili per uso personale o per finanziare un progetto»⁸⁵⁰. Ancora più emblematica è la definizione fornita dalla Commissione europea, secondo cui si tratta di una «diretta alternativa a un prestito bancario con la differenza che, invece di ottenere risorse da una singola fonte, le aziende [o i privati] possono prendere risorse in prestito da decine, a volte centinaia, di soggetti»⁸⁵¹.

⁸⁴⁶ N. BRANZOLI, I. SUPINO, op. cit., 11.

⁸⁴⁷ E. A. OMARINI, *Peer-to-peer Lending: Business Model Analysis and Platform Dilemma*, in *International Journal of Finance, Economics and Trade*, 2018, 2, pp. 31-41.; A. NATALE – F. ZANNI, *Le piattaforme per la concessione del credito; il peer to peer lending*, in (a cura di) A. NATALE, op. cit., pp. 291ss.

⁸⁴⁸ A.V. THAKOR, *Fintech and banking*, op. cit.; R. ORIANI, op. cit., p. 12.

⁸⁴⁹ Per i diversi *business model* del *crowdlending* v. A. NATALE – F. ZANNI, op. cit., pp. 296ss.

⁸⁵⁰ Banca d'Italia, delibera 584/2016, sez. X, in www.bancaditalia.it.

⁸⁵¹ Comunicazione della Commissione, *Completing Capital markets Union by 2019 – time to accelerate delivery*, COM (2018) 114 final, 8 marzo 2018.

Il modello non è basato sui depositi bancari, centrali nell'esperienza bancaria, sicché è stato osservato che tale forma di finanziamento avvicini i soggetti “più rischiosi” che sarebbero esclusi dai modelli tradizionali⁸⁵².

Il *lending crowdfunding* è dunque una particolar forma di finanziamento che consiste in un prestito diretto tra privati⁸⁵³, che prevede un riferimento esplicito al servizio di “gestione individuale di portafogli di prestiti”. Tale servizio consiste nella «ripartizione, da parte di un fornitore di servizi di *crowdfunding*, di un importo prestabilito di fondi di un investitore che è un prestatore originario, a uno o più progetti di *crowdfunding* sulla sua piattaforma di *crowdfunding* conformemente a un mandato individuale conferito dall'investitore su base discrezionale per ciascun investitore». Sostanzialmente, si tratta di un nuovo servizio di investimento, in cui è l'investitore a fornire indicazioni e parametri in merito ai progetti che vuole finanziare e il gestore, sulla base di ciò, provvede ad allocare i fondi sui diversi progetti di investimento⁸⁵⁴.

Il settore, in continua e evidente crescita, introduce modelli di *business* innovativi che mettono in discussione le consolidate categorie del settore bancario e finanziario, anche dal punto di vista della strategia regolatoria⁸⁵⁵.

Nel 2016, Banca d'Italia, in occasione della revisione delle “Disposizioni per la raccolta del risparmio dei soggetti diversi dalle banche”, ha introdotto la Sezione IX, dedicata al *social lending*, in cui è stabilito che tale attività può essere svolta nel rispetto delle discipline esistenti, con particolare riguardo alla normativa in materia di raccolta del risparmio.

IV.3. INITIAL COIN OFFERING

Le imprese, oltre a poter reperire sui canali digitali le tradizionali risorse a titolo di capitale e di rischio di credito, possono ricorrere a strumenti alternativi attraverso l'emissione di cripto-attività nelle c.d. “*Initial Coin Offering*” (ICO).

⁸⁵² A.V. THAKOR, *Fintech and banking*, op. cit.; R. ORIANI, op. cit., p. 12.

⁸⁵³ Chi richiede il finanziamento ha la possibilità di ricevere denaro da più persone, a fronte di un tasso di interesse concordato. Questa tipologia è utilizzata non solo da privati, ma anche da aziende.

⁸⁵⁴ V. SCIALOJA – O. CIRILLO, *Al via il nuovo regolamento europeo sul crowdfunding*, in www.compliancejournal.it.

⁸⁵⁵ A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Lending marketplace e piattaforme digitali*, in A.A., *Marketplace lending. Verso nuove forme di intermediazione finanziaria?*, in www.consob.it, *Quaderni fintech Consob*, 2019, p.11. Per l'A. si tratta una forma di finanziamento alternativa a quelle tradizionali e riconducibile all'applicazione alla disciplina dei servizi finanziari di tecniche di intermediazione digitale sviluppate nell'*e-commerce*, ma anche a quella del *crowdfunding*.

Le *Initial Coin Offerings* costituiscono il metodo più recente⁸⁵⁶ di raccolta di capitale, non limitato alle criptovalute, per promuovere e finanziare nuove attività imprenditoriali.

L'impresa si finanzia attraverso l'emissione di *token*⁸⁵⁷, ovvero asset digitali registrati in un libro condiviso grazie alla *blockchain*. I token, diversamente dalle criptovalute, hanno un valore derivante da prodotti e servizi futuri dell'impresa emittenti (*utility token*) o da un diritto sui profitti futuri dell'impresa (*security token*).

I primi consentono un eventuale scambio sul mercato secondario e, quindi, offrono al possessore un vantaggio. I secondi, invece, sono simili ai titoli finanziari che offrono diritti economici, patrimoniali e di voto.

Per le loro caratteristiche e per i diritti che possono essere esercitati, i *tokens* possono essere definiti valori digitali⁸⁵⁸.

Anche in questo caso, la mancanza di regolamentazione, l'incertezza di natura finanziaria e la mancanza di chiarezza sulle modalità di determinazione del valore, rappresentano dei concreti rischi per i clienti *retail*⁸⁵⁹.

Invero, si assiste ad una spiccata mancanza di trasparenza sia con riferimento alle informazioni relative al progetto sia in relazione ai diritti sottostanti la sottoscrizione delle cripto-attività. Alta appare, dunque, la volatilità del valore della criptovaluta, specie nell'ipotesi di mancato raggiungimento degli obiettivi prefissati. Nei casi di responsabilità dei soggetti emittenti, vi è il concreto rischio di non individuabilità di coloro che possano rispondere dei danni cagionati. Però, se difficoltosa può rilevarsi l'individuazione del soggetto emittente, non altrettanto dovrebbe avvenire in relazione ai gestori delle piattaforme online come proponenti o come intermediari dello scambio di prodotti finanziari⁸⁶⁰. A tali soggetti dovrebbe essere estesa la disciplina sull'offerta pubblica al risparmio, contenuta nell'art. 1 comma 1 lett. t) t.u.f.⁸⁶¹, definita come «ogni comunicazione rivolta a persone, in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo, che presenti sufficienti informazioni sulle condizioni dell'offerta e dei prodotti finanziari offerti così

⁸⁵⁶ La prima ICO è stata lanciata negli Stati Uniti nel 2014, con lo scopo di raccogliere i fondi necessari per finanziare *Ethereum*. In cambio di bitcoin, i prenditori ricevevano *Ether*, una criptovaluta rivale di Bitcoin. In poco più di un mese sono stati raccolti 18,4 milioni di dollari.

⁸⁵⁷ S. T. HOWELL, M. NIESSNER, D. YERMACK, *Initial Coin Offerings: Financing growth with cryptocurrency tokens sales*, NBER Working Paper, n. 24774, June, 2018.

⁸⁵⁸ S. BRUNO, *La raccolta del risparmio mediante emissione di cripto-attività: le initial coin offerings*, in (a cura di) G. CASSANO, F. DI CIOMMO, M. RUBINO DE RITIS, op. cit., p. 273. Si rinvia al contributo anche per la ricostruzione sull'esplosione del fenomeno negli USA.

⁸⁵⁹ M. VITALI, *Equity crowdfunding: la nuova frontiera della raccolta del capitale di rischio*, in *Riv. delle società*, 2014, 2-3, p. 371.

⁸⁶⁰ A. CALONI, *Bitcoin: profili civilistici e tutela dell'investitore*, op. cit., p. 177.

⁸⁶¹ M. PASSARETTA, *Valute virtuali*, op. cit., p. 408.

da mettere un investitore in grado di decidere di acquistare o di sottoscrivere tali prodotti finanziari, incluso il collocamento tramite soggetti abilitati».

Attraverso tale richiamo si garantirebbe il rispetto degli obblighi informativi da parte dell'intermediario.

V. LA VALUTAZIONE ALGORITMICA DEL MERITO CREDITIZIO

Una funzione di supporto agli intermediari e, in generale, ai soggetti che erogano credito può essere svolta dagli algoritmi nella valutazione del merito creditizio del soggetto richiedente (“*credit scoring*”)⁸⁶². Con la citata locuzione si intende una espressione numerica basata su formule statistiche, onde valutare la salute finanziaria e la meritevolezza creditizia di un individuo in un determinato momento⁸⁶³.

Le macchine, infatti, sono in grado di combinare una serie di informazioni e fornire anche stime più precise della probabilità di *default* del soggetto finanziato⁸⁶⁴. Le informazioni raccolte possono essere attinte anche dai *social network*.

I sistemi di intelligenza artificiale possono, infatti, accedere a un patrimonio inimmaginabile di informazioni e combinarle tra loro per ottenere un risultato valutativo quanto più completo possibile. L'attività di valutazione del credito, da un lato, esige una fotografia della situazione presente, dall'altro, richiede un giudizio prognostico sulle possibilità di adempimento o meno da parte del richiedente.

A tal fine, la raccolta e l'analisi di dati delle abitudini di rimborso di ogni individuo, l'esistenza di altri prestiti, specie in una società sempre più imperniata sul credito, rappresentano senza alcun dubbio un significativo vantaggio.

Ciò produrrebbe degli effetti positivi anche nei confronti dei soggetti regolarmente adempienti, i quali potrebbero veder ridotto il tasso di interesse su un finanziamento, proprio perché minore sarebbe il rischio di un mancato rispetto del piano di ammortamento.

Vi sono però delle concrete insidie⁸⁶⁵.

Specialmente se questi gestori non riusciranno ad entrare in possesso di informazioni sottoposte al segreto bancario, si potrà incorrere nel concreto rischio di agevolare

⁸⁶² F. MATTOSOGGIO, *La valutazione “innovativa” del merito creditizio del consumatore e le sfide per il regolatore*, in *Dir. banc. Merc. Fin.*, 2020, 1, p. 187ss.

L. GAMBACORTA, Y. HUANG, H. QIU, J. WANG, *How do machine learning and non-traditional data effect credit scoring? New evidence from Chinese fintech firm*, in *BIS Working Papers*, n. 834, Dicembre, 2019.

⁸⁶³ Così, A. DAVOLA, *Algoritmi decisionali e trasparenza bancaria*, Torino, 2020, p. 129.

⁸⁶⁴ R. ORIANI, op. cit. 10; v. anche R. MANCINI, *L'intelligenza artificiale nel credit scoring finanziario ed assicurativo*, in (a cura di) U. RUFFOLO, *XXVI lezioni di diritto nell'intelligenza artificiale*, Torino, 2021, p. 706; G. SARI, *Servizi finanziari e credit scoring: i sistemi algoritmici*, in (a cura di) A. NATALE, op. cit.

⁸⁶⁵ N. BRANZOLI, I. SUPINO, *Fintech Credit: A critical review of the empirical literature*, in *Occasional Paper*, n. 459. Banca d'Italia, Marzo, 2020.

l'accesso al credito a soggetti privi di storia creditizia⁸⁶⁶. Inoltre, oltre agli evidenti problemi attinenti alla tutela della riservatezza dei dati sensibili, sussistono rischi in relazione alla trasparenza delle tecniche di elaborazione dei dati raccolti e alle eventuali manipolazioni degli stessi⁸⁶⁷.

Sull'argomento si tornerà in chiave critica nelle considerazioni finali.

VI. I SERVIZI DI PAGAMENTO

La recente pandemia da Covid-19 ha implementato l'utilizzo dei pagamenti digitali anche in Italia. Si assiste, quindi, ad una loro crescente diffusione, legata alla già richiamata esplosione di internet. In generale, si ritiene che la domanda di mezzi di pagamento elettronici è uno degli indici del grado di sviluppo economico-finanziario e del grado di innovazione tecnologica di un Paese⁸⁶⁸, rappresentando altresì un fattore di crescita del PIL⁸⁶⁹.

L'applicazione del *fintech* nei servizi di pagamento impone un distinguo tra servizi che consentono la digitalizzazione dei pagamenti mediante l'utilizzo di strumenti finanziari tradizionali e quelli che prevedono l'utilizzo di strumenti di pagamento alternativi⁸⁷⁰.

La prima ipotesi è quella dell'esperienza propria di *Apple Pay*, *Google Pay* e *Samsung Pay*, che consentono di utilizzare in modo rapido carte di credito e di debito gestite dai tradizionali intermediari finanziari.

La seconda fattispecie riguarda invece il fenomeno delle criptovalute che, come visto, non sono gestite da alcuna Banca. Il sistema delle criptovalute consente di effettuare transazioni senza la necessità di controlli e verifiche da parte di un soggetto terzo, in ragione della registrazione delle medesime in un unico libro mastro, definito "*ledger*", condiviso tramite *blockchain*.

Dopo la diffusione di bitcoin, numerose sono state le criptovalute immesse nel mercato, fino ad arrivare a circa 1500, ove le più rilevanti sono altresì Ethereum e Litecoin.

Si è già affrontato il tema delle criptovalute, sicché occorre soffermarsi sui servizi di pagamento e, in particolar modo, sulla disciplina contenuta nella Direttiva PSD 2.

⁸⁶⁶ G. BIFERALI, *Big data e valutazione del merito creditizio per accesso al peer to peer lending*, in *Dir. informaz. e inf.*, 2018, p. 497.

⁸⁶⁷ E. MACCHIAVELLO, *La problematica regolazione del lending-based crowdfunding in Italia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, 1, p. 67.

⁸⁶⁸ G. ARANGUENA – D. JEGERSON, *I pagamenti elettronici dal baratto ai portafogli digitali*, Firenze, 2016, p. 41.

⁸⁶⁹ M. PIMPINELLA, *I sistemi di pagamento nel terzo millennio*, Milano, 2015, p. 13.

⁸⁷⁰ R. ORIANI, *Opportunità e rischi per l'industria finanziaria nell'era digitale*, in (a cura di) G. CASSANO, F. DI CIOMMO, M. RUBINO DE RITIS, op. cit., pp.5ss.

VI.1. LA DIRETTIVA PSD II

Come già evidenziato (Cap. I par. III), la Direttiva 2015/2366/UE, *Payment service directive 2*, attuata in Italia con il d.lgs. 15 dicembre 2017, n. 218, ha introdotto importanti modifiche nella disciplina dei servizi di pagamento⁸⁷¹.

La matrice della novella legislativa ha riguardato l'estensione oggettiva e soggettiva della disciplina, nonché il rafforzamento degli obblighi di sicurezza e le conseguenti responsabilità degli intermediari⁸⁷².

Nella PSD 2 i servizi di pagamento sono definiti dall'art. 4.3 mediante il rinvio alle «attività commerciali di cui all'allegato I» e nell'art. 1, comma 2 lett. h-septies T.u.b.⁸⁷³. L'elenco comprende: «1) servizi che permettono di depositare il contante su un conto di pagamento nonché tutte le operazioni richieste per la gestione di un conto di pagamento; 2) servizi che permettono prelievi in contante da un conto di pagamento nonché tutte le operazioni richieste per la gestione di un conto di pagamento; 3) esecuzione di ordini di pagamento, incluso il trasferimento di fondi su un conto di pagamento presso il prestatore di servizi di pagamento dell'utilizzatore o presso un altro prestatore di servizi di pagamento: 3.1. esecuzione di addebiti diretti, inclusi addebiti diretti una tantum; 3.3. esecuzione di operazioni di pagamento mediante carte di pagamento o dispositivi analoghi; 3.3. esecuzione di bonifici, inclusi ordini permanenti; 4) Esecuzione di operazioni di pagamento quando i fondi rientrano in una linea di credito accordata ad un utilizzatore di servizi di pagamento; 4.1. esecuzioni di addebiti diretti, inclusi addebiti diretti una tantum; 4.2. esecuzione di operazioni di pagamento mediante carte di pagamento o dispositivi analoghi; 4.3. esecuzione di bonifici, inclusi ordini permanenti; 5) emissione di strumenti di pagamento e/o convenzionamento di operazioni di

⁸⁷¹ Sulla disciplina della PSD cfr. V. DE STASIO, *Riparto di responsabilità e restituzioni nei pagamenti non autorizzati*, in M.C. PAGLIETTI, M. I. VANGELISTI (a cura di), *Innovazione e regole nei pagamenti digitali. Il bilanciamento degli interessi nella PSD2*, Milano, 2020; V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La nuova disciplina dei servizi di pagamento dopo il recepimento della direttiva 2007/64/CE (D. Lgs. 27 gennaio 2010, n.11)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, pp. 377ss. AA VV., *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, in M. R. FARINA ET AL. (a cura di), Milano, 2009; per un approfondimento sulla nuova disciplina v. V. SANTORO, *Servizi di pagamento*, in (a cura di) E. CAPOBIANCO, *I contratti bancari*, op. cit. pp. 2131ss.; V. PORTA, *Obiettivi e strumenti della PSD2*, in F. MAIMERI - M. MANCINI (a cura di) *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD 2, criptovalute e rivoluzione digitale*, in *Quad. Ric. Giur. della Banca d'Italia*, n. 87, settembre 2019, pp. 34ss.; U. MALVAGNA, *Clausola di «riaddebito» e servizi di pagamento*, Giuffrè, Milano 2018.

⁸⁷² V. DE STASIO, *Riparto di responsabilità*, op. cit., p. 27. L'A. evidenzia che la prima Direttiva aveva come principale obiettivo di eseguire correttamente il trasferimento dei fondi in base alla corrispondenza con un ordine di pagamento autorizzato dal pagatore.

⁸⁷³ La nuova formulazione dell'art. 106 comma 2 lett. a T.u.b. ribadisce che gli intermediari finanziari possono «emettere moneta elettronica e prestare servizi di pagamento a condizione che siano a ciò autorizzati ai sensi dell'art. 114-quinquies, comma 4, e iscritti nel relativo albo, oppure prestare solo servizi di pagamento a condizione che siano a ciò autorizzati ai sensi dell'art. 114-novies, comma 4, e iscritti nel relativo albo».

pagamento; 6) rimessa di denaro; 7) servizi di disposizione di ordini di pagamento; 8) servizi di informazione sui conti.».

La caratteristica fondamentale delle prestazioni di servizi di pagamento è costituita dal trasferimento dei fondi e, più precisamente, da ogni trasferimento di moneta scritturale che necessita dell'intervento di uno o più intermediari, senza alcuna attività materiale di trasferimento. Infatti, esso avviene mediante *credit transfer* e *debit transfer*⁸⁷⁴, oltre all'esecuzione di operazioni di pagamento mediante carte di pagamento o dispositivi analoghi.

Un nuovo intervento legislativo si era reso necessario al fine di rafforzare la tutela degli utenti, anche in ottica di protezione dei dati, nella gestione di servizi di pagamento via internet (*e-payments*) e con dispositivi mobili (*m-payments*), prestati da soggetti già operanti sul mercato e diffusi nel commercio elettronico, come Paypal, Google pay, Amazon pay, Apple Pay⁸⁷⁵.

Invero, le operazioni di pagamento eseguite con modalità digitali o informatiche hanno avuto un'ampia diffusione per effetto dell'intervento di soggetti non bancari⁸⁷⁶. Uno dei primi esempi è rappresentato da Paypal⁸⁷⁷, operante nel mercato prima della PSD⁸⁷⁸. A tal proposito, si è osservato come l'obbligo di cooperazione della banca presso cui è radicato il conto, con i nuovi soggetti prestatori di servizi, non è fondato su un vincolo contrattuale, quanto piuttosto su disposizioni legislative⁸⁷⁹.

Alla piattaforma di tali gestori sono collegati uno o più strumenti di pagamento tradizionali, sicché è possibile effettuare transazioni senza dover accedere all'*home banking*.

⁸⁷⁴ Per un approfondimento V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, Milano, 2016, p. 105ss.

⁸⁷⁵ Per un'analisi su quali fattispecie non sono riconducibili alla disciplina sui servizi di pagamento si rinvia a A. MESSORE, *I servizi di pagamento dopo le innovazioni della PSD 2*, in (a cura di) G. CASSANO, F. DI CIOMMO, M. RUBINO DE RITIS, *Banche, intermediari e fintech*, op. cit., 439ss.

⁸⁷⁶ F. MAIMERI – M. MANCINI, *Introduzione*, in *Le nuove frontiere dei servizi bancari*, op. cit. p. 13ss; R. MENZELLA, *Il ruolo dei big data e il mobile payment*, *ibidem*, pp. 148ss.; M. MIOTTO – I. SPERANZIN, *I pagamenti elettronici*, in (a cura di) M. CIAN - SANDEI *Diritto del Fintech*, Milano, 2020, pp. 163ss.

⁸⁷⁷ Per il funzionamento di Paypal si rinvia a V. SANTORO, *Servizi di pagamento*, op. cit., 2135, nota 13. In particolare, è riferito che dopo che il consumatore che intenda eseguire un pagamento acceda al servizio via internet, inserendo i dati del proprio conto, paypal invia un messaggio criptato alla banca.

⁸⁷⁸ In Europa, *Paypal* nel 2007 ha dovuto chiedere l'autorizzazione ad operare quale istituzione creditizia e lo ha fatto nell'ordinamento lussemburghese.

⁸⁷⁹ V. DE STASIO, *Riparto di responsabilità*, op. cit., p. 28. L'A. richiama la dottrina tedesca, al fine di evidenziare come i servizi di pagamento possano essere ricondotti alla "Netzvertrag", quale strumento che supera i limiti della *privity of contract*. Al contempo, per l'A. è preferibile sussumere il pagamento in una logica procedimentale e di impresa, in cui vi è un contratto quadro che regola i successivi procedimenti di pagamento.

Al contempo, si sono diffusi servizi di pagamento accessibili direttamente da dispositivi elettronici (es. smartphone, tablet, smartwatch), grazie ai quali si possono effettuare transazioni mediante l'utilizzo di apposite applicazioni che consentono di utilizzare una o più carte di pagamento. Ciò è possibile grazie all'associazione dei relativi codici identificativi e di accesso alla *sim card* oppure direttamente all'accesso diretto in portafogli digitali (*e-wallet*), anch'essi molto sviluppatasi nella prassi. Nell'ipotesi in cui il dispositivo mobile e la carta di pagamento sono abilitati al c.d. *Near field communication* (NFC), si possono eseguire pagamenti in prossimità dell'importo ridotto anche mediante il *contactless* dei dispositivi degli esercenti.

Si tratta, quindi, di servizi digitali innovativi, a basso costo e di facile utilizzo per i titolari di conti di pagamento on-line che consentono l'esecuzione di «operazioni di pagamento a distanza»⁸⁸⁰. Dunque, vi rientrano tutti i servizi «*il cui funzionamento non dipende dal luogo fisico in cui sono situati il dispositivo o lo strumento di pagamento*»⁸⁸¹.

I servizi di pagamento, come disciplinati da PSD1 E PSD2, sono definiti anche negativamente dall'art. 3 PSD 2, c.d. *negative scope*⁸⁸².

A seguito dell'entrata in vigore della PSD 2, sono stati ricondotti nell'alveo dei servizi di pagamento anche il “servizio di disposizione di ordine di pagamento” (*Payment initiation service – PIS*) e il “servizio di informazione sui conti” (*Account information service – AISP*), a cui i nuovi soggetti, *Third party providers*, sono oggi abilitati. Al riguardo si discorre di *open banking*⁸⁸³. Come detto, i nuovi operatori sono colossi della tecnologia e delle comunicazioni: Google, Netflix, Uber, Airbnb, Spotify, Twitter, Facebook, Instagram; Amazon, eBay; Paypal, ma anche colossi cinesi come Alibaba e Baidu.

Alla base del fenomeno dell'*open banking* risiede l'esigenza che le informazioni e le transazioni bancarie e finanziarie devono poter essere fruite liberamente e che i clienti hanno il diritto di condividere i propri dati bancari con terze parti⁸⁸⁴.

L'idea di fondo è di garantire la concorrenza anche nel sistema creditizio, abbattendo i costi a discapito del predominio delle Banche.

⁸⁸⁰ Per tale espressione, introdotta dalla PSD 2, si intende quella «*iniziata tramite internet o tramite un dispositivo che può essere utilizzato per la comunicazione a distanza*».

⁸⁸¹ Considerando n. 95, Dir. UE n. 2366/2015.

⁸⁸² Cfr. D. MAVROMATI, *The Law of Payment Services in the Internal Market*, Alphderan den Rijn, 2008, 156ss. Per un approfondimento si rinvia a V. SANTORO, *Servizi di pagamento*, op. cit., p. 2139.

⁸⁸³ D.W. ARNER – G. G. CASTELLANO – E.K. SELGA, *The datafication of finance, the rise of open banking and the end of the data centralization paradigm*, in *Financial data governance*, february, 2022; V. SANTORO, *Servizi di pagamento*, cit. 2168; F. CIRAULO, “*Open Banking, Open Problems*”. *Aspetti controversi del nuovo modello dei “sistemi bancari aperti”*, in *Riv. dir. bancario*, 2020, 4, pp. 611ss.

⁸⁸⁴ G. POTENZA, *La digitalizzazione dei servizi finanziari: gli scenari competitivi*, in (a cura di) A. NATALE, *Fintech*, op. cit., p. 5.

I costi delle Banche dipendono dal grado di rispetto dei sistemi di vigilanza. Inoltre, le stesse per rimanere competitive sul mercato devono dotarsi delle nuove tecnologie⁸⁸⁵.

Si pensi che i TPP possono limitarsi a stipulare una polizza per assicurare l'eventuale responsabilità per danni a terzi (Artt. 114-septies e novies T.u.b.) mentre le banche sono soggette a sempre più gravose regole di patrimonializzazione⁸⁸⁶.

Il servizio di “disposizione di ordine di pagamento” è definito come “*un servizio che dispone l'ordine di pagamento su richiesta dell'utente di servizi di pagamento relativamente a un conto di pagamento detenuto presso un altro prestatore di servizi di pagamento*” (art. 2, comma 1, lett. b-bis, del d.lgs. 11/2010).

Pertanto, un soggetto titolare di un conto di pagamento, accessibile on-line, può avvalersi di un terzo prestatore per impartire l'ordine di eseguire un pagamento all'intermediario in cui è radicato il conto da addebitare. Il servizio offerto dal terzo prestatore consiste nell'alternativa, ai pagamenti con la carta, data ai consumatori nelle transazioni *e-commerce* e garantisce agli esercenti maggiore sicurezza nella disposizione dei pagamenti.

Per “servizio di informazione sui conti” si intende, invece, «*il servizio online che fornisce informazioni relativamente a uno o più conti di pagamento detenuti dall'utente di servizi di pagamento presso un altro prestatore di servizi di pagamento o presso più prestatori di servizi di pagamento*»⁸⁸⁷.

Il servizio viene fornito dal terzo prestatore attraverso una piattaforma internet che raccoglie le informazioni relative a tutti i conti online, di cui l'utente è titolare presso i diversi intermediari. In tal modo, l'utente può disporre di un quadro generale della propria situazione finanziaria in un determinato momento temporale⁸⁸⁸.

I nuovi servizi di pagamento possono essere forniti dagli Istituti titolari dei conti⁸⁸⁹ del cliente, ma anche da un terzo operatore (TPP). In tal modo, oltre ai tradizionali operatori – banche, istituti di pagamento e di moneta elettronica – la prestazione dei servizi

⁸⁸⁵ G. PITRUZZELLA, *Fintech e nuovi scenari competitivi nel settore finanziario-creditizio e assicurativo*, in *Fintech: diritti, concorrenza, regole*, in *Bancaria*, 2018, 6, p. 14.

⁸⁸⁶ V. SANTORO, *Servizi di pagamento*, op. cit. pp. 2171; F. CIRAULO, *Open banking, problemi aperti*, in *Diritto bancario*, 2020, 4, pp. 611ss.

⁸⁸⁷ Sul punto M. CATENACCI – C. FORNASARO, *PSD2: i prestatori di servizi di informazione sui conti (AISPS)*, in *Dir. Bancario*, 2018, 4.

⁸⁸⁸ Considerando n. 28, Dir. UE 2366/2015.

⁸⁸⁹ Poste Italiane S.p.a. è soggetta ad una legislazione speciale, in conformità per altro agli indirizzi della Direttiva 2008/6/CE conservano i caratteri del servizio di interesse pubblico. In tal modo, il legislatore nazionale ha designato Poste Italiane tra i soggetti abilitati all'esercizio dei servizi di pagamento, nell'art. 114 sexies T.u.b. In arg. v. I. MECATTI, *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, in M. MANCINI ET AL. (a cura di), *Commento all'art. 114-sexies*, Torino, p. 404; v. anche C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, Bologna, 2012, pp. 81ss.

innovativi può essere eseguita da soggetti terzi, quali operatori commerciali, telefonici o di rete (Google, Amazon, Facebook, Apple). In definitiva, soggetti affermatesi in altri settori possono compiere prestazioni tradizionalmente eseguite esclusivamente da determinati soggetti.

Il rapporto banca cliente, quindi, non è più bilaterale, coinvolgendo anche terzi soggetti, per effetto della volontà del cliente. La struttura del contratto iniziale non è intaccata, ma entrano in scena nuovi soggetti che contribuiscono al compimento dell'operazione.

Presupposto necessario, affinché detti operatori possano prestare servizi di pagamento, è l'autorizzazione da parte di Banca d'Italia che verifica del possesso di determinati requisiti⁸⁹⁰. In ambito europeo, l'EBA ha reso obbligatoria la redazione di un registro elettronico pubblico in cui devono essere registrati tutti i TTP autorizzati ad operare servizi di pagamento in UE nel rispetto della PSD2.

Dopo aver ottenuto l'autorizzazione da parte di Banca d'Italia, i soggetti abilitati possono accedere al conto del cliente detenuti dai TTP, se questo vi presta il consenso. Occorre specificare che detti soggetti non entrano in possesso dei fondi dei clienti, che rimangono di esclusiva competenza del prestatore con cui il cliente intrattiene il rapporto. Il compito dei nuovi soggetti si esaurisce nella fase propedeutica all'esecuzione di un'operazione di pagamento.

Al fine di garantire una maggiore tutela nei confronti dei clienti, il legislatore ha previsto ulteriori obblighi di sicurezza in capo ai prestatori dei servizi.

Sono state elaborate dall'ABE (Autorità bancaria europea) delle norme di regolamentazione tecniche che sono poi trasmigrate nel Regolamento delegato 2018/389/UE che ha integrato la PSD 2. In particolare, sono state introdotte: la procedura di autenticazione forte del cliente e le esenzioni dalla applicazione della stessa; le misure di tutela della riservatezza e dell'integrità delle credenziali di sicurezza personalizzate degli utenti dei servizi di pagamento; gli standard aperti di comunicazione comuni e sicuri tra i vari operatori coinvolti⁸⁹¹.

Soprattutto nelle operazioni di pagamento a distanza, si era avvertita la necessità di tutelare maggiormente il cliente e di porre lo stesso maggiormente al riparo da condotte illecite e da azioni di *hackeraggio*. Ecco che all'utente che accede *on-line* deve essere

⁸⁹⁰ Le condizioni e i requisiti richiesti si rinviengono nelle disposizioni di cui al Titolo V-ter del T.u.b., nel provvedimento di Banca d'Italia del 23.7.2019, recante “*Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*”. Vi è poi l'obbligo di dotarsi di una polizza assicurativa professionale o di altra garanzia analoga, per la copertura di danni arrecati nella prestazione dei servizi.

⁸⁹¹ A. MESSORE, op. cit., p. 452.

richiesta una “*Strong customer Authentication*”⁸⁹². Si tratta di una procedura di identificazione sicura, basata sull’uso di credenziali di due o più fattori a scelta tra tre categorie: conoscenza diretta dell’utente, ad esempio pin o password, possesso, carta o token e inerenza – es. impronte digitali o lineamenti facciali.

Tali elementi, in quanto indipendenti, dovrebbero garantire che la violazione di uno di essi non comprometta l’affidabilità degli altri⁸⁹³.

Un simile sistema dovrebbe ridurre al minimo il rischio di frodi nei pagamenti, rendendo più difficile ai terzi la captazione dei dati.

Vi sono poi delle esenzioni al meccanismo descritto per le operazioni considerate a basso rischio, ora per l’esiguità degli importi delle transazioni, ora per la tipologia di operazione, quale ad esempio i pagamenti di trasporto o di parcheggio.

Anche in simili fattispecie, tuttavia, l’intermediario è tenuto a monitorare le operazioni, prestando attenzione, ad esempio, alla ripetitività di alcune operazioni, alla presenza di *malware*, all’importo di ogni operazione.

Inoltre, gli operatori devono dotarsi di sistemi di cifratura basati su dispositivi personali del pagatore o forniti dalla banca mediante diversi canali. In tal caso, il riferimento è alla funzionalità *Alerting*⁸⁹⁴, via sms, applicazione, o mail e possono generare codici di autenticazione, quali password monouso, come gli OTP (*One time password*) o un dispositivo PCR (*personal card reader*).

Nell’ipotesi in cui vi sia l’intervento di terzi soggetti, l’intermediario è tenuto ad ulteriori obblighi di collaborazione, sicurezza e informazione. Tali intermediari devono consentire ai TPPS di utilizzare le procedure di autenticazione dagli stessi fornite ai propri clienti⁸⁹⁵. Devono altresì fornire ai terzi prestatori l’accesso al conto di pagamento e le informazioni ivi contenute, mediante la predisposizione di un’interfaccia on-line (*Application*

⁸⁹² S. SICA – B.M. SABATINO, *Disintermediazione finanziaria e tutela del cliente e dell’utilizzatore*, in *Dir. dell’informazione e dell’informatica*, 2021, 1, pp. 1ss.; E.M. INCUTTI, «*Home banking*»: *profili di sicurezza e responsabilità nei sistemi di autenticazione forte*, in *giustiziacivile.com*, 2019, 9, p. 16.

⁸⁹³ Art. 1 lett. q-bis del d.lgs. 11/2010.

⁸⁹⁴ Sull’importanza del sistema di allerta cfr. ABF, Coll. di Coordinamento n. 24366/19, secondo cui: «*fra i doveri di protezione dell’utente gravanti sull’intermediario rientra l’onere di fornire il servizio di sms alert o assimilabili da cui l’intermediario può essere esonerato solo dimostrando l’esplicito rifiuto dell’utente ad avvalersene. Gli effetti della mancata adozione del servizio di alert dovranno essere valutati alla stregua delle circostanze di fatto del caso concreto. Dunque, la mancata attivazione del servizio di sms-alert o altro servizio assimilabile – con una valutazione di equivalenza tra i due servizi da condurre caso per caso (ad es. notifica tramite app dell’intermediario o tramite e-mail) – costituisce un profilo di responsabilità dell’intermediario per inadeguata organizzazione imputabile esclusivamente al medesimo intermediario, da cui questi può andare esente solo dimostrando l’esplicito rifiuto dell’utente ad avvalersene*».

⁸⁹⁵ V. il Considerando n. 30, dir. n. 2366/2015; art. 10bis comma 5 d. lgs. 11/2010.

programming interface) che garantisca la sicurezza dell'autenticazione. Tutti i passaggi menzionati sono tracciati, ai sensi dell'art. 29 reg. del. 2018/389/UE.

Ovviamente, anche i terzi prestatori devono garantire che lo scambio di credenziali e informazioni non siano carpite da altri soggetti (artt. 5ter, comma 2, lett. b e 5quater comma 2 lett. b d.lgs. 11/2010) e che quindi le operazioni siano effettuate in modo sicuro. La disciplina della responsabilità è fortemente legata al principio del "rischio di impresa", sicché i rischi tipici dell'attività svolta ricadono pressoché esclusivamente sull'impresa stessa.

In particolare, l'articolo 10, commi 1 e 2, del citato decreto dispone che *«1. Qualora l'utente di servizi di pagamento neghi di aver autorizzato un'operazione di pagamento già eseguita o sostenga che questa non sia stata correttamente eseguita, è onere del prestatore di servizi di pagamento provare che l'operazione di pagamento è stata autenticata, correttamente registrata e contabilizzata e che non ha subito le conseguenze del malfunzionamento delle procedure necessarie per la sua esecuzione o di altri inconvenienti. 1-bis (omissis). 2. Quando l'utente di servizi di pagamento neghi di aver autorizzato un'operazione di pagamento eseguita, l'utilizzo di uno strumento di pagamento registrato dal prestatore di servizi di pagamento non è di per sé necessariamente sufficiente a dimostrare che l'operazione sia stata autorizzata dall'utente medesimo, né che questi abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto con dolo o colpa grave a uno o più degli obblighi di cui all'articolo 7. È onere del prestatore di servizi di pagamento, compreso, se del caso, il prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento, fornire la prova della frode, del dolo della colpa grave dell'utente»*.

L'art. 10-bis, comma 1, del d.lgs. n.11/2010 dispone che in conformità all'articolo 98 della PSD2 e alle relative norme tecniche di regolamentazione adottate dalla Commissione europea, *«i prestatori di servizi di pagamento applicano l'autenticazione forte del cliente quando l'utente: a) accede al suo conto di pagamento on-line; b) dispone un'operazione di pagamento elettronico; c) effettua qualsiasi azione, tramite un canale a distanza, che può comportare un rischio di frode nei pagamenti o altri abusi»*.

La definizione di autenticazione forte (SCA) è fornita dalla successiva lettera q-bis) ove si specifica che per autenticazione forte del cliente si intende: *«un'autenticazione basata sull'uso di due o più elementi, classificati nelle categorie della conoscenza (qualcosa che solo l'utente conosce), del possesso (qualcosa che solo l'utente possiede) e dell'inerenza (qualcosa che caratterizza l'utente) che sono indipendenti, in quanto la violazione di uno*

non compromette l'affidabilità degli altri e che è concepita in modo tale da tutelare la riservatezza dei dati di autenticazione».

Alla luce di tali principi e tenendo conto che va ricondotta al rischio professionale del prestatore dei servizi di pagamento (prevedibile ed evitabile con appropriate misure) la possibilità di una utilizzazione dei codici di accesso al sistema da parte dei terzi, deve affermarsi che è l'emittente, cui è richiesta una diligenza di natura tecnica da valutarsi con il parametro dell'accorto operatore e prestatore del servizio di pagamento, a dover fornire la prova della riconducibilità dell'operazione al cliente – utilizzatore⁸⁹⁶.

Pertanto, nell'ipotesi di contestazione da parte del cliente di illegittimi prelievi, il prestatore è tenuto a dimostrare la corretta autenticazione, registrazione e contabilizzazione dell'operazione, nonché l'assenza di anomalie nel funzionamento della procedura di trasferimento dei fondi o altri inconvenienti (art. 10, comma 1 d. lgs. n. 11/2010). In altri termini, il prestatore è tenuto a dimostrare l'affidabilità e l'adeguatezza del sistema adottato per prevenire il rischio dell'evento in realtà verificatosi. Inoltre, l'intermediario può provare, anche per presunzioni, che il fatto sia imputabile al comportamento doloso, fraudolento o negligente del cliente.

Qualora il prestatore non riesca a fornire detta prova, esso dovrà rimborsare al cliente l'importo del pagamento disconosciuto ovvero ripristinare l'effettivo saldo al momento dell'illegittimo addebito.

Resta inteso che l'utente è tenuto a informare tempestivamente il prestatore sia delle operazioni non autorizzate o non correttamente eseguite, sia del furto, smarrimento appropriazione o uso indebito dello strumento di pagamento ex art. 7 comma 1 lett. b del citato decreto.

Infatti, in termini generali, l'utente è tenuto a rispettare alcuni oneri, tra cui l'obbligo di custodire diligentemente la carta e i codici personali identificativi.

Il soggetto presso cui il conto è intrattenuto e presso cui le somme sono accreditate è comunque responsabile anche nelle ipotesi in cui l'operazione sia stata eseguita mediante un terzo prestatore, TTP. Ovviamente, qualora la responsabilità sia imputabile al soggetto terzo, il prestatore può chiedere il risarcimento del danno (artt. 11 comma 2bis e art. 25bis d.lgs. n.11/2010). In simili fattispecie, l'onere della prova liberatoria ricade sul soggetto terzo che ha disposto l'ordine di pagamento contestato⁸⁹⁷.

⁸⁹⁶ Cfr. *ex multis* Trib. Torino sez. I, 04/12/2020, n. 4345, in *dejure.it*.

⁸⁹⁷ Per un approfondimento sulla disciplina sui nuovi intermediari prestatori, si rinvia a A. MESSORE, *La nuova disciplina dei servizi di pagamento digitali forniti dai terzi prestatori di servizi di pagamento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 2, pp. 511ss.

L'argomento consente di svolgere alcune riflessioni che riguardano, in via generale, tutte le ipotesi in cui la disposizione di pagamento non vada a buon fine, anche per effetto di un utilizzo fraudolento. Invero, il riconoscimento del diritto di agire in regresso nei confronti del soggetto interposto dell'operazione costituisce principio pacifico dell'ordinamento civile. La sua espressa positivizzazione, tuttavia, esclude qualsivoglia dubbio interpretativo sulla norma e, soprattutto, non consente al prestatore di invocare la sua mancanza di responsabilità, aggravando e ostacolando il diritto al risarcimento del danno spettante all'utente⁸⁹⁸. L'espressa previsione, quindi, rappresenta una tutela nei confronti del cliente, il quale non è tenuto ad indagare e a rintracciare il soggetto effettivamente responsabile, potendo invece direttamente rivolgersi nei confronti del prestatore dell'utente. Del resto, il prestatore di radicamento è colui che possiede le somme del cliente, mentre il soggetto chiamato in causa successivamente esegue esclusivamente il trasferimento.

Le nuove regole sembrano oggettivizzare la responsabilità del prestatore prescindendo dal criterio della colpa⁸⁹⁹. Oltre a rilevare il caso specifico, la valutazione dell'interprete ricade sull'adeguatezza dell'organizzazione imprenditoriale riguardo all'attivazione delle procedure secondo gli standard richiesti dalla legge.

Anche in termini generali si verificherà che le somme siano giunte nella disponibilità del beneficiario o che l'ordine sia giunto dal prestatore al pagatore. Ciascun prestatore, a prescindere da chi sia il cliente che avvia l'operazione, «risponde dell'esecuzione dei segmenti di attività che rientrano nella sua sfera di controllo, che costituiscono oggetto di obbligo contrattuale nei confronti del proprio cliente»⁹⁰⁰.

Le osservazioni svolte valgono anche per le ipotesi in cui il pagamento sia avvenuto mediante l'utilizzo di un *wallet* affidato a un terzo gestore. Anche in tali fattispecie l'intermediario, in qualità di prestatore di servizi di pagamento, è onerato dal fornire la prova dell'autenticazione forte delle operazioni compiute. La prova non può limitarsi alla fase di c.d. *tokenizzazione* della carta nel *wallet*, ma deve riguardare anche la fase esecutiva delle singole operazioni. Infatti, non può ritenersi implicito che le transazioni

⁸⁹⁸ In senso conforme V. SANTORO, *Servizi di pagamento*, op. cit., 2160.

⁸⁹⁹ O. TROIANO, *La disciplina uniforme dei servizi di pagamento: aspetti critici e risposte ricostruttive*, in M. R. FARINA, op. cit., 2009, p. 38.

⁹⁰⁰ A. SCIARRONE ALIBRANDI – E. DELLA ROSA, sub art. 25, in *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, op. cit., p. 249; V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, op. cit. p. 115ss.

siano state correttamente autenticate neppure nell'ipotesi di esecuzione in modalità *contactless*⁹⁰¹.

VII. ROBO ADVICE E CONSULENZA AUTOMATIZZATA

Tra i vantaggi del processo di disintermediazione si è fatto riferimento ai benefici derivanti dalla consulenza automatizzata, c.d. “*robo advice*”. Con tale termine si intendono le piattaforme digitali in grado di offrire servizi di consulenza senza l'intervento dell'intermediario finanziario e, dunque, in modo automatizzato ma coerente con le preferenze, gli obiettivi e i rischi dell'investitore⁹⁰².

Ed è proprio in tale ambito che l'intelligenza artificiale ha avuto un forte impatto in termini di diffusione⁹⁰³.

I sistemi informatici puntano a sostituire la figura del consulente finanziario. Essi raccolgono dal cliente le informazioni relative alla sua propensione al rischio, alle sue disponibilità finanziarie, alle sue conoscenze del mercato e, sulla base di esse, propongono al cliente investimenti elaborati in automatico dagli algoritmi.

La consulenza automatizzata costituirebbe un valido ed efficace strumento di inclusione finanziaria, in grado di raggiungere una platea di soggetti esclusi dalla intermediazione tradizionale. Il riferimento è ai cc.dd. investitori “*underserved*”, identificati in coloro che non sono in grado di accedere ai tradizionali canali finanziari per diversi motivi, tra cui la mancanza di detenzione di un patrimonio adeguato, la mancanza di disponibilità sufficiente rispetto al prezzo di offerta del prodotto e/o del servizio. Per contro, la *robo advice* elimina ogni barriera di accesso relativa alle soglie patrimoniali e consente un abbassamento dei costi per il servizio rispetto alla consulenza tradizionale. In tal modo tale strumento risulta maggiormente attrattivo per gli investitori cui altrimenti sarebbe preclusa ogni operazione nel settore finanziario⁹⁰⁴.

⁹⁰¹ Si tratta di un principio consolidato nei collegi ABF. V. decisione Coll. di Coordinamento ABF n. 21285 del 11.10.2021; in senso conforme Coll. Bari dec. n. 25276 del 15.12.2021; Coll. Bari Decisione n. 24507 dell'1.12.2021.

⁹⁰² R. ORIANI, op. cit., p. 17.

⁹⁰³ Sul tema F. DI CIOMMO, *La consulenza finanziaria automatizzata*, in (a cura di) G. CASSANO, F. DI CIOMMO, M. RUBINO DE RITIS, op. cit., pp. 117ss.; E. GIORGINI, *Consulenza finanziaria e sua adeguatezza*, Napoli, 2017, p. 126; M. T. PARACAMPO, *Robo-advisor, consulenza finanziaria e profili regolamentari*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, 4, p. 256; ID., *La consulenza finanziaria automatizzata*, in (a cura di) M.T. PARACAMPO, *Fintech. Introduzione a profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Torino, 2017, p. 127; F. SARTORI, *La consulenza finanziaria automatizzata: problematiche e prospettive*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 2018, 3, p. 269; R. LENER, *La digitalizzazione della consulenza finanziaria. I robo advise e le regole della MiFID*, in *FCHUB*, 2018, 6, p.1ss.; R. LIACE, *Robo advisor e finanza comportamentale*, in F. FIMMANÒ – G. FALCONE (a cura di), *Fintech*, Napoli, 2019, 195; U. MORERA, *Consulenza finanziaria e robo advisor, profili cognitivi*, in *Dir. della banca e del mercato finanziario*, 2019, 2, p. 203.

⁹⁰⁴ F. GRECO, *Smart contract*, op. cit., p. 203 definisce tale pratica una *wild card*. Sugli aspetti emotivi di tale pratica si rinvia a M. CARATELLI, C. GIANNOTTI, N. LINCIANO, P. SOCCORSO, *Valore della consulenza*

Sull'argomento si tornerà di seguito (Parte Terza, p. XII), al fine di evidenziare la disciplina applicabile e di porre in evidenza gli eventuali limiti della fattispecie.

PARTE SECONDA

VIII. ANALISI SISTEMATICA DELLA LETTERATURA SUL FINTECH

VIII.1. PREMESSA

Lo sviluppo e l'utilizzo dell'intelligenza artificiale nelle relazioni socio-economiche sono destinati ad incidere significativamente nel settore bancario e finanziario, anche per effetto della diffusione del Fintech. L'affermazione nel mercato di nuovi operatori indebolisce il sistema banco-centrico, avviando un processo di pluralizzazione soggettiva della disciplina, imponendo, al contempo, una revisione e un ripensamento degli istituti giuridici già esistenti.

VIII.2. OBIETTIVO

Alla luce del mutamento soggettivo e oggettivo del mercato creditizio, nella presente sezione è stata condotta una revisione sistematica della letteratura sul tema della diffusione del fenomeno del Fintech nelle sue varie forme di manifestazione (criptovaluta, nuovi metodi di finanziamento, servizi di pagamento) tutte caratterizzate da un processo di disintermediazione con conseguente decentralizzazione del sistema bancario e finanziario tradizionale.

Sebbene il fenomeno non sia stato opportunamente regolamentato, la letteratura sul Fintech continua ad evolversi rapidamente e vi è un'urgente necessità di sistematizzare la sua struttura di conoscenza e quindi di rendere la ricerca futura più focalizzata sulle lacune che emergeranno nel presente paragrafo.

VIII.3. RACCOLTA DEI DATI

La banca dati utilizzata per l'estrazione degli studi è stata DoGi (Dottrina Giuridica italiana), che contiene circa 479.553 riferimenti bibliografici di articoli pubblicati sulle principali riviste giuridiche italiane. Fondata nel 1970, essa rappresenta, allo stato attuale, una delle fonti di informazione online maggiormente consultate nell'ambito della letteratura giuridica italiana. DoGi offre gli abstract o i sommari degli articoli su supporto cartaceo ed elettronico. La selezione delle riviste incluse nel database tiene conto di due criteri: il valore scientifico e l'interesse per gli operatori e i pratici del diritto⁹⁰⁵.

Nel presente studio, per l'estrazione degli studi necessari alle analisi, sono state utilizzate le parole chiave "Fintech", "Criptovalute" e "Bitcoin", unite dal connettore booleano "OR".

⁹⁰⁵ S. FARO – G. PERUGINELLI (a cura di), *La dottrina giuridica e la sua diffusione*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 229-310; E. MARINAI – G. PERUGINELLI, *La banca dati DoGi e la condivisione dei dati giuridici: nuovi orizzonti*, in O. BONORA e AL. (a cura di), *Ecosistemi per la ricerca Atti Convegno ACNP/NILDE. Trieste, 22-23 maggio 2014*, Trieste, 2015, pp. 57-74.

L'estrazione degli studi è avvenuta il 29 Novembre 2022 e ha generato un output di 262 documenti totali. Successivamente, sono stati esclusi dal dataset tutti quegli studi con informazioni incomplete o fuori tema, non pubblicati in Riviste scientifiche di fascia A. Infine, per un campione di 232 documenti sono state esportate le informazioni principali relative agli autori, al titolo, alla rivista di pubblicazione, alle parole chiave, all'anno di pubblicazione, all'abstract e all'ambito di ricerca.

VIII.4. METODOLOGIA

Al fine di raggiungere il suddetto obiettivo, la presente analisi si è basata su un approccio metodologico suddiviso in tre fasi, che ha incluso: un'analisi bibliometrica, una *content* e una *network analysis*. Le tecniche di analisi bibliometrica si basano su approcci quantitativi progettati per identificare, descrivere e valutare la ricerca pubblicata⁹⁰⁶. Si è rilevato⁹⁰⁷ che gli strumenti di analisi bibliometrica, grazie alla loro trasparenza e ripetibilità, permettono un miglioramento dell'affidabilità dei risultati, minimizzando il rischio di distorsione soggettiva delle revisioni qualitative. Ai fini della presente analisi è stata indagata la tendenza annuale delle pubblicazioni sul tema della diffusione del Fintech e le principali discipline di studio del fenomeno.

Successivamente, la *content analysis* ha riassunto le tendenze della letteratura e fornito una comprensione più completa e approfondita degli studi esaminati⁹⁰⁸. In particolare, sono stati individuati i temi più (*hot spots*) e meno trattati (*blind spots*), consentendo di identificare le lacune della letteratura e di orientare i futuri indirizzi di ricerca⁹⁰⁹.

Infine, la *network analysis* consente di esaminare grandi quantità di dati attraverso strumenti computazionali avanzati. I risultati di questo tipo di analisi forniscono una comprensione olistica della ricerca multidisciplinare nel campo studiato, mappando le pubblicazioni, prevedendo le tendenze future e identificando i punti critici e le eventuali lacune. Per il presente studio è stato utilizzato il software VOS viewer e, in particolare, è stata approfondita la co-occorrenza delle parole chiave⁹¹⁰. L'analisi delle co-occorrenze è stata effettuata attraverso il metodo del “*full counting*” per cui ogni co-occorrenza ha lo stesso peso, mentre la correlazione tra le parole chiave è stata determinata in base al

⁹⁰⁶ N. DONTU - S. KUMAR - D. MUKHERJEE - N. PANDEY - W.M. LIM, *How to conduct a bibliometric analysis: An overview and guidelines*, in *Journal of Business Research*, 2021, 133, pp. 285-296.

⁹⁰⁷ E. GARFIELD, *Is citation analysis a legitimate evaluation tool?*, in *Scientometrics*, 1979, 1(4), 359-375.

⁹⁰⁸ A. GAUR - M. KUMAR, *A systematic approach to conducting review studies: An assessment of content analysis in 25 years of IB research*, in *Journal of World Business*, 2018, 53(2), pp. 280-289.

⁹⁰⁹ S.P. SASSMANNSHAUSEN - C. VOLKMANN, *The scientometrics of social entrepreneurship and its establishment as an academic field*, in *Journal of Small Business Management*, 2018, 56(2), pp. 251- 273.

⁹¹⁰ N.J. VAN ECK - L. WALTMAN, *Appropriate similarity measures for author co-citation analysis*, in *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, 2008, 59(10), pp. 1653-1661.

numero di documenti in cui esse compaiono insieme. Su un totale di 227 parole chiave sono state selezionate quelle con un numero minimo di occorrenze pari a 5, arrivando ad un totale di 36 parole chiave, utilizzate per l'elaborazione della *network analysis*. La visualizzazione grafica dell'analisi presenta dei cerchi, la cui dimensione varia a seconda della frequenza con cui si compaiono le singole parole e delle linee che le collegano tra di loro. Lo spessore delle linee varia a seconda del livello di connessione tra gli elementi. Infine, i colori diversi indicano i differenti cluster di ricerca a cui appartengono le singole parole⁹¹¹. Il *layout* è stato costruito normalizzando l'intensità dei legami tra gli elementi, attraverso il metodo della forza associativa teorizzata da van Eck e Waltman⁹¹².

VIII.5 RISULTATI

L'analisi condotta ha portato a diversi e interessanti risultati.

Si è, innanzitutto, analizzato il *trend* annuale delle pubblicazioni (Figura 1), prendendo in considerazione l'arco temporale dell'ultimo decennio (2012-2022). Si è osservato che il primo contributo sul tema, non pubblicato su una Rivista scientifica di fascia A, risale al 2012, anno in cui non si registrano ulteriori articoli. Tanto poiché il fenomeno oggetto di analisi si è presentato sul mercato nei primissimi anni dello scorso decennio. Dopo l'assenza di articoli nel 2013, le annualità che vanno dal 2014 al 2017 hanno registrato un andamento tendenzialmente costante, con leggere oscillazioni. In questi anni si sono registrate solo due pubblicazioni in riviste di fascia A, ovvero "*Fourth generation*" *payment system: Bitcoins* (V. Amenta) pubblicato su *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti* (2014) e *The Legal Anatomy of Electronic Platforms: A Prior Study to Assess the Need of a Law of Platforms in the EU* (T.R. De Las Heras Ballel) pubblicato su *The Italian Law Journal* (2017).

In generale, nei primi cinque anni, l'analisi dei contributi pubblicati si è focalizzata principalmente sulla descrizione del processo di disintermediazione e del funzionamento delle piattaforme digitali. Specialmente nell'anno 2017 sono stati approfonditi gli aspetti tributari e fiscali legati alla circolazione della criptovaluta.

L'esiguità dei contributi si può ragionevolmente ricondurre alla circostanza per cui il fenomeno si sia prima affermato nel mercato e nelle relazioni socio-economiche. Da qui un fisiologico periodo per l'interprete di studio del fenomeno.

⁹¹¹ L. WALTMAN - N.J. VAN ECK, N. J., - E. C. NOYONS, *A unified approach to mapping and clustering of bibliometric networks*, in *Journal of Informetrics*, 2010, 4(4), pp. 629-635.

⁹¹² N. J. VAN ECK – L. WALTMAN, *How to normalize cooccurrence data? An analysis of some well-known similarity measures*, in *Journal of the American society for information science and technology*, 2009, 60(8), pp. 1635-1651.

Nel 2018, invece, si è assistito ad una spiccata crescita del numero delle pubblicazioni, pari a 50, a fronte delle sole 11 rinvenute nel 2017. L'aumento è stato poi confermato fino al picco del 2019 con 51 pubblicazioni. Il dato può essere spiegato per le seguenti ragioni. Fino al 2015, il legislatore non ha riservato particolare attenzione alla disciplina del fenomeno. Le uniche regolamentazioni riguardavano il crowdfunding e, in particolare, l'*equity crowdfunding*, disciplinato dal d.l. 179/2012 (Decreto "crescita"). Negli anni successivi, dapprima con il d.l. 3/2015 e, successivamente con la l. 232/2016, è stata ampliata la platea di soggetti che possono utilizzare il crowdfunding, ricomprendendo anche tutte le PMI, anche non innovative, così come definite in ambito europeo.

Una forte accelerazione dello studio del fenomeno si ha avuto con la Direttiva UE 2015/2366 sui servizi di pagamento (PSD 2), attuata in Italia con il d.lgs. 218/2017. Con l'obiettivo di incrementare la competizione nel settore dei pagamenti in Europa la disciplina ha, di fatto, indebolito il primato delle banche. La regolamentazione ha aperto alla condivisione dei dati del cliente tra i diversi attori dell'ecosistema bancario, inclinando il monopolio tradizionalmente detenuto dalle banche.

Con Reg. Consob 20660/2018, l'autorità ha ricondotto le *Initial Coin Offering* alla disciplina di offerta al pubblico di strumenti finanziari.

L'ulteriore novella legislativa che ha modificato il *trend* annuale delle pubblicazioni è la disciplina sull'antiriciclaggio contenuta nell'art. 8ter del d.lgs. 11.2.2019 n. 12 che ha, per la prima volta, definito in ambito nazionale le *Distributed Ledger Technologies* (DLT) e gli *smart contracts*.

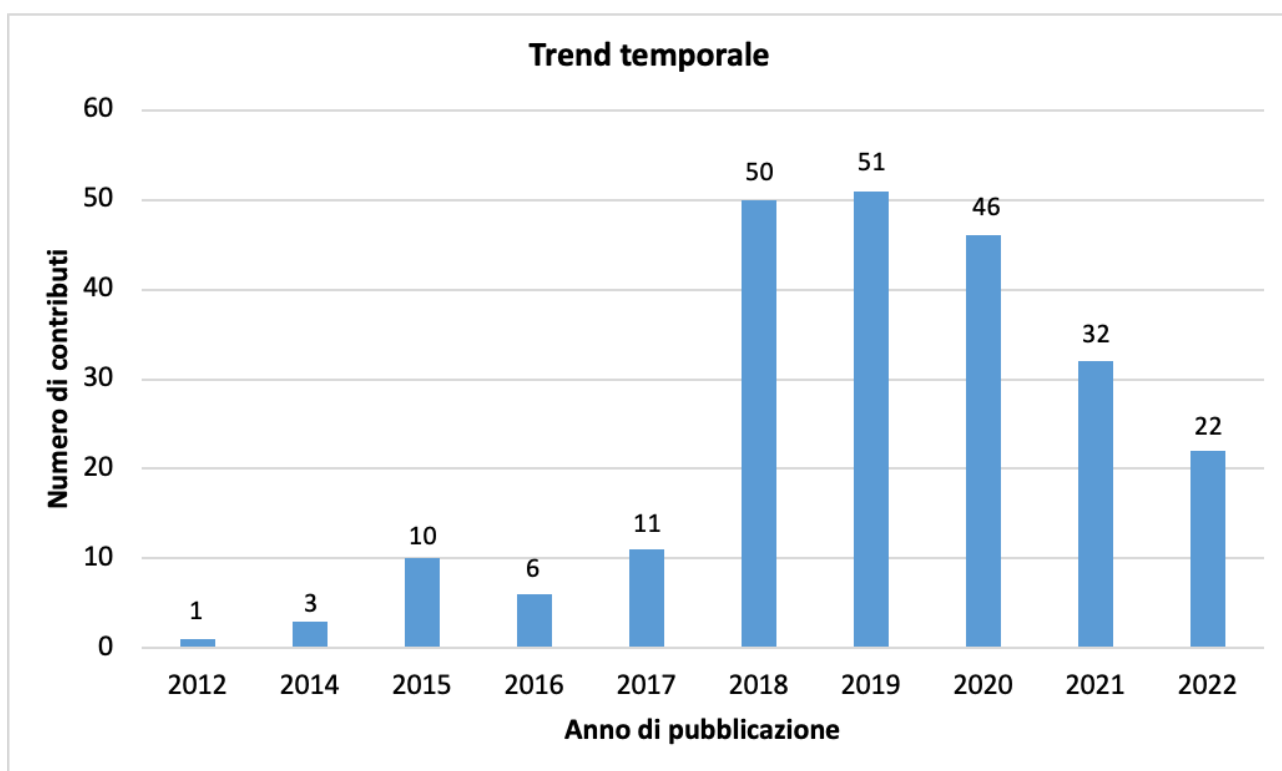
Crescente è stata poi in quegli anni l'offerta di servizi bancari e finanziari tecnologici e, nel dettaglio, si è avuta la diffusione della criptovaluta, con tutte le correlate implicazioni in termini di qualificazione giuridica. Le sentenze del Tribunale di Verona n. 175/2017, pronunciatesi sulla riconducibilità del bitcoin al prodotto finanziario, del Tribunale di Brescia del 25.7.2018 e della Corte d'Appello di Brescia del 30.10.2018, in merito alla ammissibilità del conferimento di criptovalute nelle società di capitale, hanno alimentato lo studio del tema.

Nel 2017 BCE, Banca d'Italia e Consob hanno emanato dei provvedimenti contenuti le avvertenze per i clienti sulla criptovaluta. ESMA e EBA hanno pubblicato chiarimenti in merito alla *DLT* e alla normativa sull'antiriciclaggio. In generale, nel biennio 2017-2018 si sono registrati diversi interventi delle Autorità di Vigilanza e delle Istituzioni Europee che hanno evidenziato la necessità di una regolamentazione e, in assenza dell'intervento del legislatore, hanno tentato di fornire una definizione a vari istituti giuridici.

Il fenomeno, ormai consolidato sul mercato, è stato oggetto di numerosi studi che hanno analizzato le prime disposizioni normative e la relativa qualificazione giuridica, che interessa varie branche del diritto, anche mediante la comparazione con altri ordinamenti. Successivamente, si è registrato un graduale decremento, con 46 pubblicazioni nel 2020, 31 nel 2021 e 22 fino ad oggi nel 2022, annualità per cui alcune riviste non hanno ancora pubblicato il loro ultimo fascicolo. Il dato va in controtendenza rispetto all'aumento di diffusione e di sviluppo di strumenti FinTech. Tuttavia, si può sostenere che la diminuzione dei contributi dipenda dalla mancanza di regolamentazione, sia a livello nazionale sia a livello legislativo. Infatti, gli studiosi hanno proseguito lo studio del fenomeno, soffermandosi sulla qualificazione giuridica ed evidenziando la necessità di una regolamentazione sui vari aspetti problematici.

Verosimilmente, quando il legislatore regolamenterà il fenomeno e quando vi saranno peculiari decisioni giurisprudenziali il *trend* sarà nuovamente nettamente in crescita.

Figura 1 – Andamento annuale delle pubblicazioni sul tema del Fintech nel periodo 2012 - 2022



L'ulteriore analisi è stata condotta in merito ai vari settori del diritto interessati dai contributi rinvenuti nella banca dati.

I risultati raggiunti dimostrano una forte interdisciplinarietà del fenomeno. Ciò si evince anche dalla lettura dei singoli contributi, in quanto spesso interessano più settori. Nell'individuazione dell'ambito di competenza, si è pertanto proceduto alla segnalazione del settore prevalente e assorbente.

Le discipline maggiormente interessate, con il 13% degli articoli, sono il Diritto dell'Unione Europea, il Diritto Civile e il Diritto Bancario e degli intermediari finanziari, immediatamente seguiti dal Diritto Tributario, con il 12% dei risultati (Figura 2).

Il FinTech è un fenomeno planetario, non limitato ai confini nazionali e ai singoli ordinamenti statali. L'Unione Europea, anche in virtù della sua politica monetaria, è fortemente influenzata dalle nuove tecnologie e svolge un ruolo primario nel processo di armonizzazione della regolamentazione tra gli Stati membri. Al contempo, le Istituzioni hanno l'obiettivo di garantire un mercato competitivo e trasparente.

Pertanto, gli studiosi sono ampiamente intervenuti sull'argomento. Sono stati commentati i primi provvedimenti europei sul fenomeno. È stata costantemente evidenziata la necessità di una regolamentazione europea, rivolgendo altresì particolare attenzione ai rapporti tra le varie Autorità di Vigilanza.

Il Diritto bancario e degli intermediari finanziari (13%) è fortemente interessato dal fenomeno FinTech, in tutte le sue declinazioni (smart contract, forme di finanziamento, servizi di pagamento). Le già citate regolamentazioni sull'equity crowdfunding e sulla PSD 2 sono state oggetto di approfondite analisi da parte degli studiosi. A ciò è collegato altresì il dato relativo al Mercato mobiliare (7%), comprensivo tanto di riflessioni in merito al controllo della moneta e della valuta da parte delle varie Autorità di vigilanza, quanto delle relative proposte di regolamentazione sulla circolazione della ricchezza.

I numeri degli articoli in Diritto Civile (13%) e in Diritto Commerciale (11%) si spiegano in ragione degli sforzi dell'interprete di individuare la natura giuridica delle nuove fattispecie e della loro circolazione tra i privati. Il dato interessante è che il 12% degli articoli ha interessato il Diritto Tributario, al fine di individuare i regimi di tassazione di tale fenomeno e, specialmente, delle criptovalute.

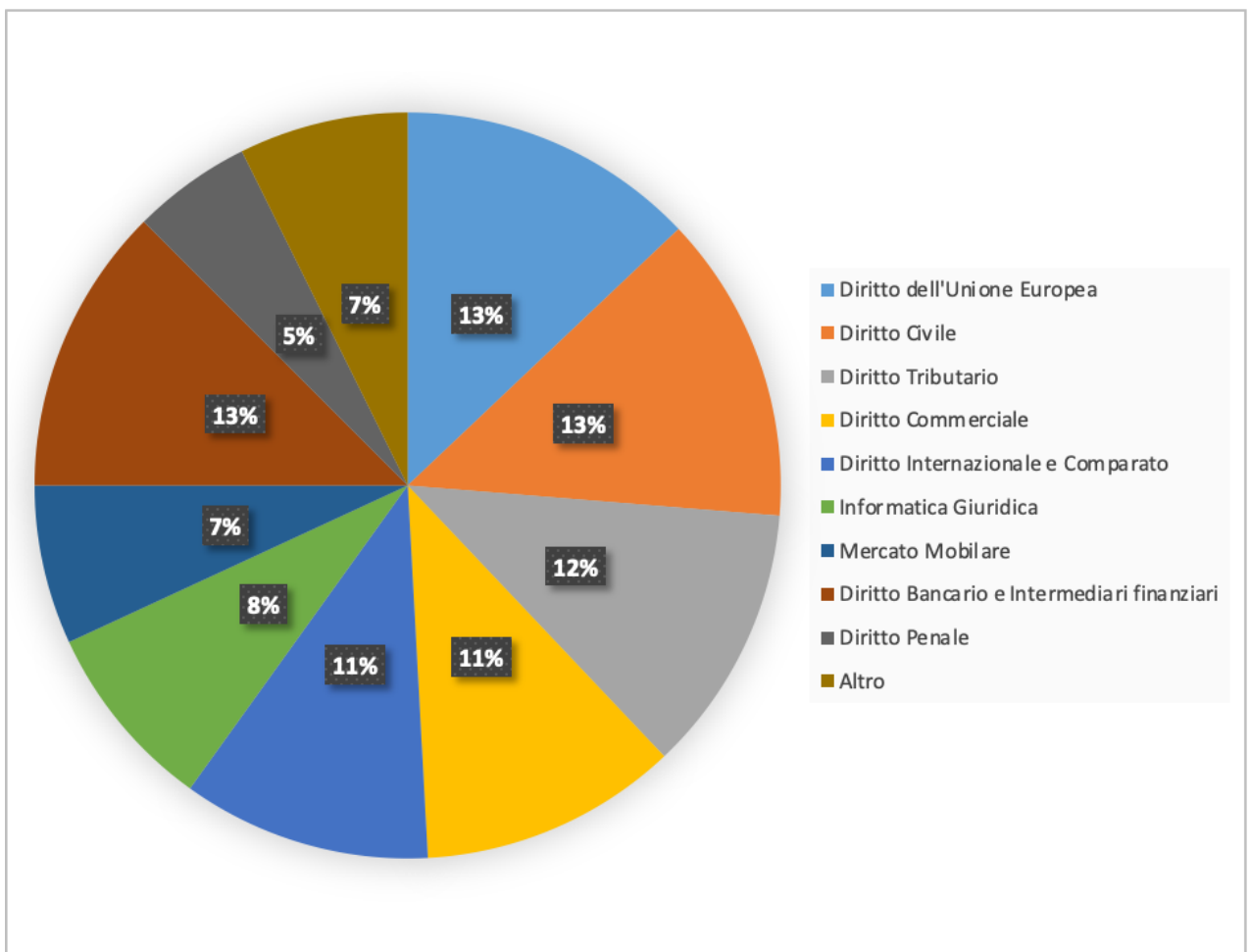
I risultati dei contributi in Diritto internazionale e comparato (11%) e in Informatica giuridica (8%) evidenziano l'internazionalizzazione del fenomeno, studiato quindi anche in comparazione con gli altri ordinamenti, nonché le sue implicazioni nella protezione dei dati sensibili e nella formazione di atti e documenti informatici.

Il 5% degli articoli ha interessato il Diritto penale, in relazione ai reati configurabili per l'illegittimo uso della criptovaluta e per la lotta al riciclaggio e al terrorismo.

Nella voce “altro” (7%) sono ricomprese ulteriori branche del diritto che, singolarmente, non raggiungono la soglia minima di rilevazione, pari al 5%. Tra queste rientrano il diritto assicurativo, per cui però si prevede una crescita in relazione agli studi sull’ “*Insurtech*”, il diritto delle religioni, il diritto del lavoro, le *Alternative Despute Resolution* (ADR), il diritto dell’economia e il diritto amministrativo. In quest’ultima branca, infatti, non sono stati ricondotti i contributi relativi alle Autorità di vigilanza, considerati, invece, nelle voci del Diritto dell’Unione Europea e del Mercato mobiliare.

I risultati descritti evidenziano le assolute interdisciplinarietà e internazionalità del fenomeno. Gli equilibri tra le varie branche sono destinati ad essere temporanei e altalenanti. Nel momento in cui il legislatore regolamerterà un settore, è verosimile che il numero di contributi di quella disciplina prevarrà sugli altri.

Figura 2 – Discipline di studio



I risultati appena descritti e relativi all'individuazione della disciplina giuridica interessata, anche in considerazione della netta interdisciplinarietà del fenomeno, hanno portato ad effettuare un'ulteriore analisi concernente l'effettivo focus dei contributi, al fine di individuare effettivamente quali siano state le fattispecie attenzionate dalla letteratura (Figura 3).

Dall'analisi è emerso che la maggior parte degli studiosi (23%) si è soffermata sulla qualificazione giuridica del Fintech - tentando di fornirne una definizione - e della criptovaluta.

Del resto, in assenza di una specifica regolamentazione, il fenomeno necessitava di un approfondito studio al fine di delinearne la natura giuridica e l'eventuale riconduzione dello stesso a discipline già esistenti.

Pertanto, con riferimento alla criptovaluta (e, particolarmente, al bitcoin), gli studiosi si sono interrogati sulla sua assimilabilità alla moneta elettronica e, quindi, alla disciplina sui servizi di pagamento. Si è però evidenziata la natura non legale della moneta virtuale e la mancanza di Vigilanza da parte di Banca d'Italia e della BCE, concludendo che essa può al più rappresentare uno strumento di pagamento alternativo che, in quanto tale, non obbliga la parte ad accettarlo.

Taluni hanno proposto di qualificare la criptovaluta come bene ex art. 810 c.c., caratterizzato dalla immaterialità e dalla fungibilità. In ragione dell'assoluta volatilità della stessa, si è proposto altresì di applicare alla criptovaluta la disciplina sui prodotti finanziari.

Il problema della qualificazione della criptovaluta, affrontato anche in termini comparativi con altri ordinamenti, è stato altresì attenzionato per stabilire la legittimità del suo conferimento in società, specialmente alla luce delle già citate sentenze del Tribunale e della Corte d'Appello di Brescia, nonché del Tribunale di Firenze, sez. fallimentare, 21.1.2019 che ha affrontato il problema conseguente all'inadempimento di un gestore di un "*custodian wallet*".

Il tema è stato altresì oggetto di studio in relazione alla sequestrabilità, in ambito penale, della criptovaluta.

Sulla qualificazione giuridica non si registra un consolidato orientamento dottrinale, sicché numerosi saranno ancora gli articoli, specialmente quando il fenomeno sarà regolato.

Infatti, il 12% degli articoli, analizzando la esigua disciplina presente, evidenzia la necessità di una specifica regolamentazione sul tema, senza la quale, il giurista è chiamato a uno sforzo interpretativo per fornire adeguate soluzioni.

I dati relativi agli aspetti fiscali (14%), alla comparazione (11%) e agli illeciti penali (7%) sono tendenzialmente conformi ai risultati già commentati relativi al precedente grafico sugli ambiti giuridici interessati.

Il 10% dei contributi si è preoccupato di esaminare i nuovi rapporti tra le parti coinvolte nel fenomeno, descrivendo il processo di disintermediazione. Si è dimostrato, infatti, che l'utilizzo delle DLT e di blockchain non necessiti dell'intervento di un soggetto intermediario umano, mettendo direttamente in contatto tra loro le parti. L'intermediario è sostituito da un meccanismo di consenso basato su un sistema crittografico. Così è stata spiegata l'entrata in scena di nuovi soggetti che svolgono le stesse funzioni che, tradizionalmente, sono state eseguite dalle banche e dagli intermediari finanziari.

L'operatività dei nuovi soggetti, spesso colossi della tecnologia e delle comunicazioni (si pensi a Google, Netflix, Uber, Airbnb, Spotify, Twitter, Facebook, Instagram; Amazon, eBay; Paypal), pongono una serie di problemi in merito sia al trattamento dei dati personali (5%) sia alla tutela del cliente (7%). Tali aziende possono, infatti, godere di un enorme bacino di utenti, sfruttando le loro conoscenze per influenzare le scelte bancarie e finanziarie.

In generale, il problema della *privacy* è stato avvertito in relazione all'accesso dei nuovi operatori alle informazioni detenute dalle banche sui conti degli utenti, oltre agli eventuali pericoli di frodi informatiche.

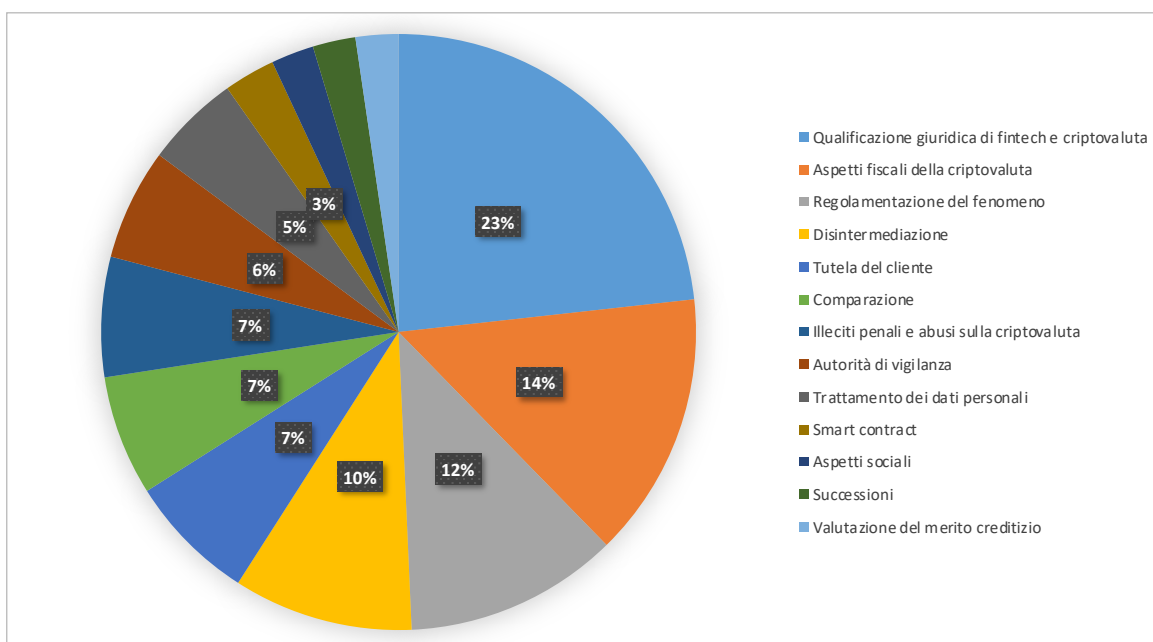
La tutela del cliente registra, dunque, un esiguo 7%, ottenuto da diversi profili. Infatti, alcuni contributi si limitano a evidenziare la necessità di regolamentare la tutela del cliente nel Fintech, senza fornire, al contempo, soluzioni e proposte. Un contributo si è soffermato sul rispetto del requisito formale nella contrattazione bancaria per gli accordi conclusi a distanza durante l'emergenza pandemica da covid-19. Quindi, ancora minore è il numero di articoli che hanno affrontato il problema della tutela precontrattuale e contrattuale del cliente nell'utilizzo del Fintech e delle monete virtuali. I pochi interventi, sul punto, hanno interessato ora la tutela del cliente nella ricezione di adeguate informazioni precontrattuali, tanto in ambito bancario quanto in ambito finanziario (specialmente nella consulenza *robo advice*), ora la sua tutela rispetto alle piattaforme digitali di *exchange* e di *wallet*. Inoltre, è stata commentata la già citata PSD 2 che ha introdotto il meccanismo di autenticazione forte.

Non oggetto di particolari analisi sono state le azioni a favore del cliente nell'ipotesi di responsabilità delle controparti.

Ulteriori contributi hanno affrontato lo studio dello smart contract (3%) e, in particolare, se esso possa essere qualificato come un contratto o come un mero programma esecutore di ordini informatici. Lo studio sul ruolo delle Autorità di vigilanza (6%) conferma la delicatezza del fenomeno in termini di tutela del risparmio e dell'integrità del mercato. Infatti, si è sostenuto che uno dei motivi del successo del Fintech è il basso costo dei servizi e del suo funzionamento. Ciò è favorito anche dal non assoggettamento alle Autorità di vigilanza; da qui anche il pericolo sotteso a questi nuovi fenomeni e l'importanza del ruolo ricoperto dalle Autorità.

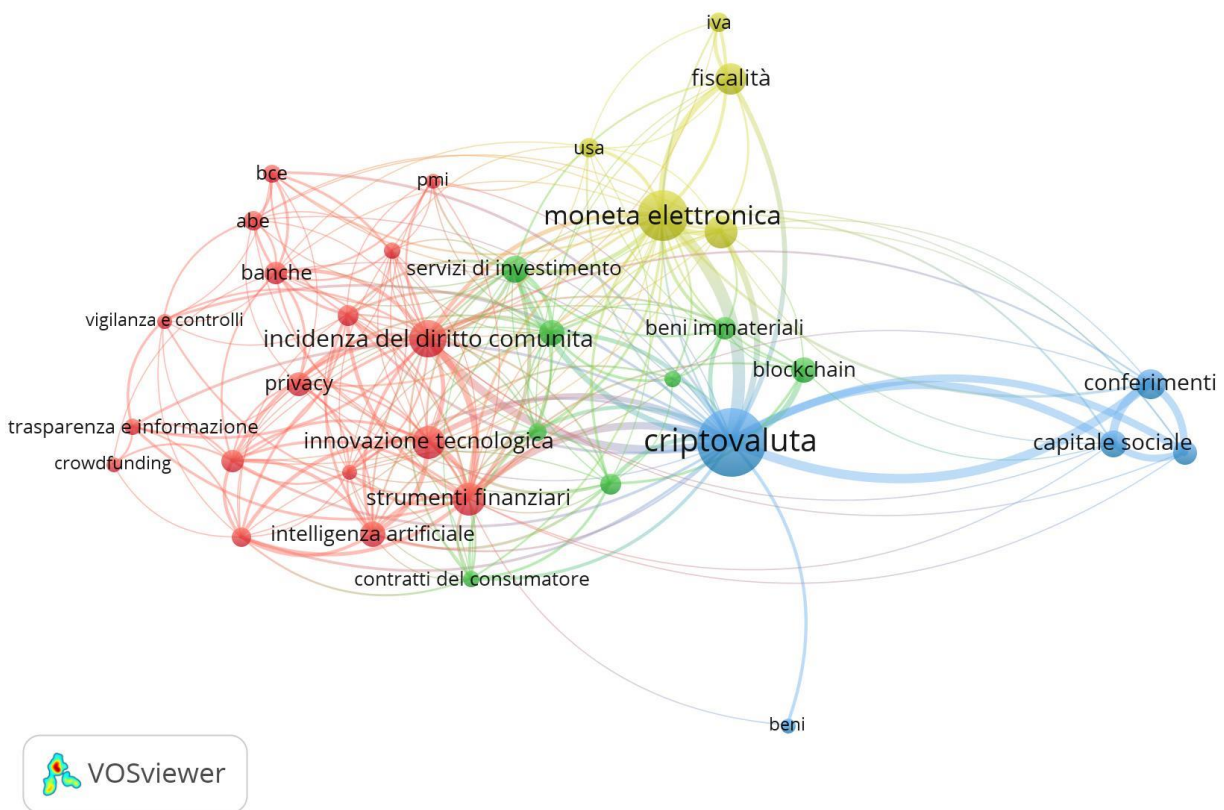
Gli istituti, che non hanno raggiunto la soglia del 3%, sono comunque stati inseriti nel grafico, in quanto dimostrano l'evoluzione anche sociale del fenomeno. Oggetto di studio sono stati, infatti, anche gli aspetti sociali legati all'accesso alle nuove tecnologie, che deve essere garantito senza discriminazione di razza, sesso e età, gli aspetti successori della criptovaluta e il tema della valutazione del merito creditizio, attraverso algoritmi ("credit scoring"). Con riferimento a tale ultimo aspetto si sono evidenziati, da un lato, i benefici che si possono trarre dall'utilizzo delle nuove tecnologie in grado di ottenere e combinare tra loro numerose informazioni relative al cliente, anche dai social network, dall'altro, i pericoli sottesi, in termini sia di *privacy* sia della correttezza del procedimento di valutazione.

Figura 3 – Focus dei contributi



Al fine di individuare le lacune e gli ambiti che necessitano ulteriori e approfonditi studi da parte della letteratura, obiettivo della presente analisi, si è ritenuto di implementare i dati emergenti relativi alle fattispecie con la combinazione delle *keywords* di ogni contributo (Figura 4).

Figura 4 – Visualizzazione grafica delle *keywords co-occurrence analysis*



Si sono identificati 4 *cluster*, con l'indicazione suddivisa delle relative *keywords*, i cui risultati sono conformi agli esiti dei precedenti grafici. La *keywords* più utilizzata è stata “criptovaluta” ed è anche il termine che ha un rapporto di connessione più intenso con le tematiche dei 4 *cluster*.

Il *cluster* 1 è il più ampio e riguarda più settori. Oltre allo studio relativo alla *privacy* e al trattamento dei dati personali, molta attenzione è stata rivolta allo studio delle nuove forme di intelligenza artificiale e di innovazione tecnologica, sia in termini del loro funzionamento e sia come fattori che hanno determinato la nascita di nuovi strumenti finanziari e di nuove forme di finanziamento, tra cui il *crowdfunding*.

In relazione al *crowdfunding*, inteso quale forma di finanziamento tra privati, si è posto il problema di garantire trasparenza e informazione relativamente agli utenti che intendano effettuare degli investimenti.

Le nuove forme di tecnologia e di intelligenza artificiale hanno poi avviato il processo di disintermediazione e di decentralizzazione del sistema bancario – finanziario, attraverso la creazione di piattaforme digitali.

Da qui una serie di problematiche relative ai meccanismi di vigilanza esistenti e alla necessità che le stesse effettuino attenti controlli sulle attività poste in essere.

L'ABE, l'ESMA e la BCE hanno emanato diverse disposizioni e pareri che, quindi, sono state oggetto di analisi dei contributi. In generale, il fenomeno è particolarmente vagliato dall'Unione Europea, il cui legislatore sembra essere più consapevole della necessità di un tempestivo intervento rispetto al legislatore nazionale. Tale considerazione spiega la rilevanza dell'incidenza del diritto europeo.

Il *cluster 2* può essere ricondotto a tutta l'attività negoziale di beni e di servizi. La diffusione della *blockchain* e l'utilizzo di internet hanno favorito il commercio elettronico, attraverso anche gli *smart contract*, dando origine a una economia digitale. I consumatori hanno potuto concludere contratti bancari e aderire a servizi di investimento di beni immateriali.

I primi contributi riconducibili a tale *cluster* si sono occupati dello studio del meccanismo delle DLT, di cui la *blockchain* fa parte, definendole come database (anche detti “nodi”) caratterizzati dall'essere decentralizzati, immutabili e consultabili da tutti gli utenti.

L'attenzione si è poi focalizzata sugli *smart contract* e sulle tipologie di contratti in ambito bancario e finanziario sottoscrivibili dai consumatori, da intendersi, in generale quali fruitori dei servizi. In quest'ambito particolare attenzione è stata dedicata alla circolazione della criptovaluta, mediante *blockchain*. L'emanazione della PSD 2 e il suo recepimento nell'ordinamento italiano sono stati oggetto di diversi articoli che hanno studiato il fenomeno e la novella legislativa, soprattutto relativamente agli introdotti meccanismi di autenticazione forte nelle disposizioni di pagamento.

Il *cluster 3* identifica gli studi prettamente di Diritto Commerciale, legati alla problematica dei conferimenti della criptovaluta, nel capitale sociale delle s.r.l.. Il tema è stato oggetto di dibattito a seguito di alcune pronunce giurisprudenziali.

La criptovaluta è stata la fattispecie su cui gli interpreti si sono maggiormente soffermati, presentando la stessa numerosi aspetti problematici, interdisciplinari tra i vari ambiti giuridici.

Il *cluster 4* riguarda gli aspetti tributari, legati quindi alla fiscalità e, nel dettaglio, al regime IVA della moneta elettronica e al problema del riciclaggio, spesso affrontato in termini comparativi con l'ordinamento statunitense. Moneta elettronica e criptovaluta sono le *keywords* con la maggiore associazione, in quanto sono state ampiamente studiate le loro similitudini e differenze.

Tabella 1 – Dettaglio delle parole chiave identificate dalle *keywords co-occurrence analysis*

Cluster 1	Cluster 2	Cluster 3	Cluster 4
ABE	Beni immateriali	Beni	Fiscalità
Banche	Blockchain	Capitale sociale	IVA
Banche dati virtuali	Commercio elettronico	Conferimenti	Moneta elettronica
BCE	Contratti del consumatore	Criptovaluta	Riciclaggio
Crowdfunding	Economia digitale	SRL	USA
Esma	Internet		
Incidenza del Diritto Comunitario	Servizi di investimento		
Innovazione tecnologica	Smart contract		
Intelligenza artificiale			
Piattaforma digitale			
PMI			
Privacy			
Strumenti finanziari			
Tecnologie digitali			
Trasparenza e informazioni			
Vigilanza			
Vigilanza e controlli			

Complessivamente, dalle analisi condotte, specialmente relative ai grafici 3 e 4, emerge che la letteratura ha ampiamente discusso e affrontato, seppur non in maniera univoca, il tema relativo alla qualificazione giuridica del fenomeno Fintech e, specialmente, della criptovaluta.

In modo unanime si è ribadita la necessità di una puntuale regolamentazione tanto in ambito europeo quanto nel panorama nazionale, sottolineando al contempo l'importanza del ruolo che le Autorità di Vigilanza dovranno assumere. Analogamente, è stato ampiamente discusso il tema della protezione dei dati personali.

Anche gli aspetti fiscali e relativi alla partecipazione societaria sono stati affrontati, con la conseguenza che le ulteriori riflessioni della letteratura sembrano poter avvenire al momento della futura regolamentazione.

Non esaustiva, invece, appare la letteratura in merito alla tutela del cliente. Invero, i contributi sul tema hanno evidenziato la necessità di garantire una tutela del cliente, ma non hanno fornito adeguate soluzioni sulle correlate modalità. Allo stesso modo, non sono stati esaminati i meccanismi a disposizione del cliente per eccipire gli inadempimenti e le responsabilità dei prestatori dei servizi. In particolare, occorre stabilire se, a fronte di un rimarcato vuoto legislativo, i rapporti tra utenti e prestatori possono essere ricondotti o meno a fattispecie già esistenti nell'esperienza codicistica e nella normativa di settore. L'art. 47 Cost. impone alla Repubblica di tutelare il risparmio, sicché il cliente, quale soggetto debole del rapporto, deve essere titolare di specifiche tutele.

Il rapporto banca (da intendersi anche intermediario finanziario) è caratterizzato da una fisiologica asimmetria contrattuale, tale da indurre il legislatore a emanare le discipline di settore (T.u.b. e T.u.f.).

La diffusione del Fintech nel settore bancario e finanziario ha comportato un processo di disintermediazione, determinando l'operatività di soggetti non riconducibili ai tradizionali operatori professionali. Tuttavia, tale circostanza non può costituire un pregiudizio per l'utente, il quale conclude contratti ed esegue operazioni assolutamente assimilabili ai tradizionali contratti bancari e finanziari.

Anzi, in tale settore la debolezza si rafforza. In quanto oltre all'asimmetria conoscitiva relativa ai servizi offerti, si registra la mancanza di conoscenza relativa al funzionamento della tecnologia digitale e ai meccanismi ad essa sottesa.

Per tali motivi, dall'analisi sistematica della letteratura condotta emerge la necessità per l'interprete di pensare a quali forme di tutela il cliente può disporre e a quali meccanismi rimediali può attivare nelle ipotesi di responsabilità e di inadempimento delle controparti. Nel prosieguo del lavoro di ricerca, in un'ottica di tutela del cliente, si tenterà di esaminare quali tutele previste nel T.u.b., nel T.u.f., nel codice del consumo e nel codice civile possono essere applicate al fenomeno Fintech.

PARTE TERZA

LA TUTELA DEL CLIENTE NEL FINTECH

IX. TRASPARENZA NELL'IA APPLICATA AL FINTECH

Dalle osservazioni svolte nella prima parte del capitolo emergono due principali problematiche legate all'opacità algoritmica e alla complessità del rapporto bancario finanziario, il quale necessita di una spiccata trasparenza.

L'analisi condotta nella seconda sezione del presente capitolo ha nettamente evidenziato l'assenza di una puntuale regolamentazione del fenomeno Fintech e di una attenta e completa letteratura sul tema della tutela del cliente.

Per tali motivi, in quest'ultima parte del lavoro di ricerca, ci si soffermerà sulle tipologie di tutele di cui il cliente può beneficiare e sui rimedi dallo stesso esperibili, evidenziando al contempo le lacune e le contraddizioni normative rispetto alla disciplina settoriale.

L'IA è caratterizzata da una difficile comprensibilità degli algoritmi, sicché anche in tale settore deve essere riconosciuto un ruolo decisivo al principio di trasparenza e alla disciplina degli obblighi informativi.

Infatti, la conoscibilità, la comprensibilità e l'interpretazione dei processi decisionali operati dai sistemi automatizzati ricoprono un ruolo imprescindibile e, allo stesso tempo, irrinunciabile per il corretto funzionamento del mercato.

Chiaramente l'esigenza di trasparenza non può essere rivolta esclusivamente nei confronti dei clienti consumatori e investitori. Ai sistemi di vigilanza è rimesso il non facile compito di controllare la relazione tra *input* e *output* e i parametri associati. Il sistema deve essere interpretabile e verificabile.

A tal fine, è fondamentale che i modelli tecnologici siano sottoposti *ex ante* alle Autorità di Vigilanza o ad una Autorità *ad hoc*, trasversale, che potrebbe essere istituita all'interno dell'Agenzia Digitale.

In tal modo può essere garantita la tutela del risparmio e dei clienti.

Questi ultimi devono ricevere tutte le informazioni necessarie per la formazione di una loro decisione consapevole. Informazioni che, oltre per la fallacità emersa dai sistemi tradizionali, deve essere sintetica ed esaustiva, con l'indicazione specifica di tutti i costi e dei possibili rischi. I risultati devono essere motivati e ripetibili.

I processi devono rimanere tracciabili, sicché nell'ipotesi di contestazione proposta dal cliente, deve poter essere garantita l'operazione inversa: partendo dal risultato, si deve poter percorrere a ritroso tutto il procedimento.

Le osservazioni svolte finora hanno evidenziato l'assoluta celerità con cui la digitalizzazione e l'intelligenza artificiale sono destinate a mutare l'attuale contesto socio-economico.

Il settore bancario e finanziario è fortemente interessato dal fenomeno⁹¹³. Si è evidenziato che l'attenzione della dottrina è stata, fino a questo momento, principalmente rivolta allo studio delle nuove forme di circolazione di ricchezza, soffermandosi sul relativo inquadramento giuridico, specialmente con riferimento alla criptovaluta e ai *token* emessi nelle *ICO*. Nell'ambito dei rapporti tra privati, gli sforzi dell'interprete e dei regolatori, nazionali e unionali, sono stati indirizzati verso la disciplina della emissione e della circolazione dei *token*. La crescente tendenza alla disintermediazione è stata, infatti, agevolata dal processo tecnologico e si è sviluppata principalmente nel mercato dei capitali, ponendo una serie di problematiche in relazione alla competitività dell'industria bancaria italiana, caratterizzata da una folta presenza di distributori e dalla quasi assenza di produttori⁹¹⁴.

Si è preso atto dell'evoluzione strutturale in corso che mette in discussione il ruolo delle banche e degli intermediari finanziari che fino a questo momento avevano operato in uno scenario competitivo con controlli all'accesso. I nuovi soggetti, disintermediati e decentralizzati, invece, operano pressoché liberamente⁹¹⁵.

Il processo di pluralizzazione soggettiva del settore bancario, avviato negli anni '90, subisce oggi una netta accelerazione e mediante la disintermediazione creditizia⁹¹⁶, il ruolo degli operatori tradizionali rischia di essere decisamente ridimensionato⁹¹⁷.

Ciò è avvenuto anche nel settore dei servizi di pagamento, per effetto dell'entrata in vigore della Direttiva PSD 2 che ha rotto il monopolio detenuto tradizionalmente dalle banche relativamente al possesso dei dati del cliente.

Si è assistito, quindi, all'introduzione di nuove forme di raccolta del risparmio e di erogazione del credito, di finanziamento e di servizi di pagamento.

L'obiettivo deve essere quello di garantire adeguata tutela ai clienti senza ostacolare il progresso tecnologico.

⁹¹³ Per un recentissimo approfondimento sull'utilizzo dell'IA nelle operazioni finanziarie, si rinvia a F. CONSULICH, M. MAUGERI, C. MILIA, T.N. POLI, G. TROVATORE, *Ai e abusi di mercato: le leggi della robotica si applicano alle operazioni finanziarie?* in *Quaderni Consob*, 29 maggio 2023.

⁹¹⁴ A. PERRONE, *Oltre la trasparenza, Product governance e product intervention*, in E. GINEVRA (a cura di), *Efficienza del mercato e nuova intermediazione finanziaria*, op. cit., p. 83.

⁹¹⁵ In generale, sul mutamento dei rapporti di forza, v. S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Bari, 2006.

⁹¹⁶ G. PITRUZZELLA, *Fintech e i nuovi scenari*, op. cit.

⁹¹⁷ I. VISCO, *Anni difficili*, Bologna 2018, il quale ha definito tale processo come il «*Tramonto del sistema "banco-centrico"*».

Tale sfida riguarda il legislatore, le Autorità di Vigilanza e l'interprete. Quest'ultimo, in assenza di una adeguata e completa regolamentazione della disciplina, ha il compito di ricondurre le nuove esperienze alle fattispecie già esistenti.

Del resto, in un simile scenario gli orientamenti dottrinali (e i pochi provvedimenti giurisprudenziali) possono costituire il punto di partenza per una compiuta regolamentazione.

Si assiste poi ad una forte interconnessione tra i settori del diritto bancario, finanziario e assicurativo, dovuta in gran parte alla pervasività e alla trasversalità dell'innovazione tecnologica. Infatti, l'AI incide sulla costruzione dei prodotti, sulle loro modalità distributive, sulla proliferazione dei servizi collegati, sulle attività pre e post-vendita. Pertanto, è doveroso che le Autorità di Vigilanza agiscano in modo sinergico⁹¹⁸, determinando, *in primis*, le politiche di tutela del consumatore. Esse devono imporre comportamenti virtuosi a chi è soggetto alla normativa.

Il processo in atto, dunque, richiede sempre più una visione integrata dell'attività di regolamentazione e di vigilanza tra le Autorità di settore.

In tale prospettiva, le Autorità di Vigilanza sono coinvolte⁹¹⁹ nello sviluppo e nella sperimentazione delle innovazioni, tra cui si registrano:

- i) *Innovation hub*⁹²⁰: le imprese chiedono e ottengono dalle autorità chiarimenti e indirizzi su aspetti relativi al *fintech*, in particolare, sotto il profilo delle prospettive di tipo regolamentare che possono configurarsi;
- ii) *Regulatory sandbox*: sistemi che consentono alle imprese di prestare in via sperimentale e su scala limitata i propri prodotti o servizi innovativi sotto il controllo delle Autorità competenti, con deroghe normative transitorie per un periodo limitato;
- iii) *Incubators*: sviluppo e sperimentazione di nuovi progetti. In questo caso il ruolo delle Autorità è ancora più incisivo.

⁹¹⁸ In tale prospettiva è stato istituito il Comitato FinTech presso il MEF quale spazio di condivisione di esperienze e best practices, di confronto, di coordinamento e di proposta, cui le autorità che operano in ambito FinTech contribuiscono con l'obiettivo di progettare policy condivise e coordinate negli ambiti di rispettiva competenza.

⁹¹⁹ Sull'argomento C. BARBAGALLO, *Fintech: ruolo dell'autorità di vigilanza in un mercato che cambia*, 2019, in www.bancaditalia.it; A. PERRAZZELLI, *Le iniziative regolamentari per il fintech; a che punto siamo?*, 2021, in www.bancaditalia.it

⁹²⁰ Così Banca d'Italia ha istituito il "*Milano Hub*", un centro di innovazione realizzato per sostenere l'evoluzione digitale del mercato finanziario. In tale sede, Banca d'Italia, nel rispetto dei ruoli istituzionali ad essa assegnati, assiste gli operatori, collabora allo sviluppo di progetti e favorisce la qualità e la sicurezza di specifiche innovazioni. Il centro mira a: supportare l'adozione delle tecnologie digitali da parte del mercato finanziario; facilitare l'adozione di soluzioni in grado di presidiare con efficacia le diverse tipologie di rischio; rafforzare la capacità di risposta degli intermediari alle sfide della digitalizzazione. Attualmente, fino al 15 gennaio 2023 è possibile presentare la propria candidatura.

Tra le ipotesi di *regulatory sandbox*, si registra il Decreto del MEF 30 aprile 2021, n. 100, attuativo della delega prevista dal Decreto-Legge 30 aprile 2019, n. 34 (c.d. "Decreto Crescita"), che definisce la "*Disciplina del Comitato e della sperimentazione FinTech*", cioè la cosiddetta "sandbox regolamentare" di attività FinTech presso le Autorità di Vigilanza.

La *sandbox* regolamentare è un ambiente controllato dove intermediari vigilati e operatori del settore FinTech possono testare, per un periodo di tempo limitato, prodotti e servizi tecnologicamente innovativi nel settore bancario, finanziario e assicurativo. La sperimentazione prevede un costante dialogo con le Autorità di vigilanza (Banca d'Italia, Consob e Ivass), potendo eventualmente beneficiare di un regime semplificato transitorio. Attraverso lo strumento della *sandbox*, si persegue l'obiettivo di sostenere la crescita e l'evoluzione del mercato italiano grazie all'introduzione di modelli innovativi nel settore bancario, finanziario e assicurativo garantendo, al contempo, adeguati livelli di tutela dei consumatori e di concorrenza, preservando la stabilità finanziaria.

Allo stesso tempo, le Autorità responsabili per la regolamentazione potranno osservare le dinamiche dello sviluppo tecnologico e individuare gli interventi normativi più opportuni ed efficaci per agevolare lo sviluppo del FinTech, contenendo già in avvio la diffusione di potenziali nuovi rischi.

Tramite la partecipazione alla *sandbox*, gli operatori possono testare prodotti e servizi innovativi in costante dialogo e confronto con le Autorità di vigilanza, anche richiedendo eventuali deroghe normative nella fase di sperimentazione.

I rischi per i clienti legati all'affermazione dell'intelligenza artificiale nel settore bancario e finanziario sono molteplici.

Alcuni di essi sono già stati messi in luce dalla dottrina. In particolare, si sono evidenziati i rischi di discriminazione, soprattutto legati all'età e alla razza che possono derivare dall'utilizzo dei fenomeni.

Infatti, in una popolazione il cui la media di età è destinata ad aumentare, la diffusione dell'utilizzo del Fintech, nei servizi tradizionalmente svolti da soggetti bancari e intermediari finanziari, può costituire una barriera di accesso per una parte consistente della popolazione.

Vi è poi un problema di sicurezza sul trattamento dei dati personali. Si è esposti al concreto rischio che le informazioni rilevanti siano carpite da soggetti terzi o che siano utilizzate impropriamente anche per influenzare la vita degli utenti.

Le informazioni⁹²¹, invero, rappresentano uno dei beni giuridici principali del III millennio.

La tutela deve essere tempestiva, efficace e concreta, per evitare di assistere a distorsioni del mercato capaci di generare l'ennesima crisi finanziaria.

L'uso non etico dell'intelligenza artificiale, infatti, causerebbe una ulteriore perdita di fiducia da parte dei risparmiatori.

La fiducia persa dagli operatori tradizionali, per effetto dei costanti scandali finanziari, sembra essersi spostata dall'intermediario alla macchina. Il prestatore, specie se può beneficiare di un'ampia platea di utenti (si pensi alle imprese di *social network*), può agevolmente fidelizzare la clientela, la quale si rivolgerà allo stesso per le più variegate prestazioni, anche afferenti alla vita quotidiana: si pensi all'utilizzo dei *social network*, agli acquisti *online*, ai servizi di pagamento, di finanziamento e di consulenza.

Il fenomeno implica problemi non solo di *privacy*, ma soprattutto di effettività dell'informazione e di tutela del cliente. Se, infatti, le banche e gli intermediari hanno tradito la fiducia dei clienti, nonostante gli obblighi imposti dalla normativa e la presenza dei sistemi di vigilanza, si può ragionevolmente sostenere che concreti sono i rischi sottesi al processo di disintermediazione e di decentralizzazione del risparmio.

La fisiologica asimmetria informativa, che caratterizza il rapporto banca – cliente, è destinata a diventare più marcata per coloro che hanno poca dimestichezza con la tecnologia.

Scopo del presente lavoro di ricerca è soffermarsi sulla tutela del cliente nelle varie forme Fintech analizzate nella prima sezione del presente capitolo. A tal proposito, si cercherà di comprendere quali discipline sono applicabili ai nuovi rapporti tecnologici e quali rimedi sono a disposizione dei clienti nelle ipotesi di responsabilità e di inadempimenti posti in essere dalle controparti, professionali e non.

X. LA NON APPLICABILITÀ DEL TITOLO VI T.U.B. E IL RITORNO AL CODICE CIVILE

L'entrata in scena nel mercato creditizio di nuovi soggetti, che svolgono le operazioni tradizionalmente eseguite dalle banche e dagli intermediari finanziari, pone una serie di problemi circa l'individuazione della normativa applicabile.

Nella diffusione del fenomeno Fintech, la Banca perde la sua centralità, divenendo parte di una catena del valore⁹²². Invero, all'interno della catena si inseriscono, in diversi ruoli e con differenti compiti, strutture e soggetti terzi.

⁹²¹ Tra i contributi citati nel I cap. si veda in particolare F. GRECO, *L'informativa precontrattuale*, op. cit.

⁹²² G. FALCONE, *Contratti bancari e fintech*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), op. cit., p. 617.

Contestualmente le Banche hanno avviato un processo di esternalizzazione delle proprie attività, funzioni e servizi anche mediante la tecnologia del *cloud computing*⁹²³. Banca d'Italia, nelle *Disposizioni di vigilanza per le banche* del 22.9.2020, ha specificato che gli Istituti di credito non possono esternalizzare la propria responsabilità né quella degli organi aziendali. Non è più invece previsto il divieto di esternalizzare il processo di valutazione del merito creditizio e di monitoraggio delle relazioni creditizie.

Occorre regolamentare la disciplina del Fintech coordinandola con la normativa di settore contenuta nel T.u.b. e nel T.u.f., al fine di evitare contraddizioni e lacune normative.

Il ruolo non appare semplice, considerata l'estrema eterogeneità dei servizi propri del Fintech⁹²⁴.

Attraverso queste nuove piattaforme digitali è possibile concedere e ottenere credito, prestiti e somme di denaro. In assenza di una specifica regolamentazione, scopo del presente lavoro di ricerca è stabilire la normativa applicabile e le tutele a disposizione del cliente.

Nel corso del I cap. si sono ripercorse tutte le tappe evolutive del rapporto banca – cliente, affermando come la regolamentazione bancaria fosse divenuta “adulta” solo con l’emanazione del T.u.b., che ha positivizzato, per la prima volta, la tutela del cliente, mediante l’introduzione del “Titolo VI”. A tale disciplina ha fatto seguito il T.u.f..

La mancanza di una specifica tutela del cliente, infatti, aveva determinato gravi nocimenti alla fiducia dei singoli risparmiatori e, in generale, del mercato.

Il Titolo VI è stato poi più volte oggetto di interventi del legislatore. Le varie modifiche sono state caratterizzate da un rafforzamento degli obblighi informativi e di trasparenza dovuti dal soggetto professionale in favore del cliente, quale soggetto debole del rapporto. Nonostante l’importanza della disciplina, le operazioni digitali di concessione e di erogazione del credito, svolte da soggetti non bancari, non possono essere ricondotte alla disciplina di trasparenza contenuta negli artt. 115 ss. T.u.b..

Invero, l’art. 115 T.u.b., relativamente all’ambito di applicazione delle disposizioni di trasparenza, prescrive che le norme del Titolo VI si applicano alle «attività svolte nel territorio della Repubblica dalle banche e dagli intermediari finanziarie». Il comma 2 del medesimo articolo, prescrive che «Il Ministro dell’economia e delle finanze può individuare, in considerazione dell’attività svolta, altri soggetti da sottoporre alle norme

⁹²³ G. FALCONE, *Il cloud computing e le attività finanziarie: aspetti di governance e profili contrattuali alla luce degli orientamenti delle autorità di vigilanza*, in M.T. PARACAMPO (a cura di), *Fintech*, op. cit., 95ss.

⁹²⁴ G. FALCONE, *Tre idee intorno al c.d. “Fintech”*, in *Riv. dir. bancario*, 2018, 2, p. 353.

del presente capo». È poi specificata, al comma 3, la specialità delle discipline dei contratti di credito al consumo (comprese le fattispecie immobiliari) e dei servizi di pagamento.

Pertanto, qualora gli operatori non siano banche, le disposizioni in tema di trasparenza, presidio ed espressione della tutela del cliente, non possono trovare applicazione.

In linea teorica, nelle fattispecie in cui sia direttamente la piattaforma digitale a concedere credito ai richiedenti, potrebbe essere attivata dal MEF la riserva di cui al comma 2 dell'art. 115. Tuttavia, ad oggi e con riferimento al Fintech, l'art. 115 comma 2 T.u.b. non ha trovato applicazione.

In ogni caso, tutte le volte in cui la piattaforma si limita a mettere in contatto domanda e offerta di credito di soggetti privati, rimettendo all'autoresponsabilità del singolo cliente la scelta di conclusione del negozio, l'art. 115 comma 2 T.u.b. non può trovare applicazione neppure astrattamente.

Tale circostanza rappresenta un marcato ritorno al passato e una evidente criticità per la tutela del cliente. Tutta le disposizioni relative agli obblighi informativi precontrattuali (art. 116 T.u.b.), alla forma scritta *ad substantiam* dei contratti bancari e al loro relativo contenuto (art. 117 T.u.b.), dello *ius variandi* (art. 118 T.u.b.) e alle comunicazioni periodiche alla clientela, con il correlato diritto all'accesso alla documentazione bancaria (art. 119 T.u.b.) non possono trovare applicazione.

Esulando dall'eventuale utilizzo della disciplina del credito immobiliare ai consumatori, anche in ragione dell'ambito oggettivo di applicazione, analoghe considerazioni possono essere svolte in relazione alle fattispecie del credito al consumo.

L'art. 121 lett. f) prescrive che il «finanziatore» *«indica un soggetto che, essendo abilitato a erogare finanziamenti a titolo professionale nel territorio della Repubblica, offre o stipula contratti di credito».*

Oltre al problema relativo alla qualifica di consumatore, su cui ci si soffermerà a proposito dell'applicabilità della disciplina del Codice del Consumo, già la necessaria individuazione di un soggetto professionale autorizzato a erogare finanziamenti nella Repubblica esclude l'immediata applicabilità della disciplina del credito al consumo, tutte le volte in cui non vi sia un soggetto professionale.

Si rammenta che tale disciplina ha previsto un innalzamento delle tutele per il consumatore che, in quanto non avvezzo alla conclusione dei contratti di credito, esige una protezione maggiore.

In definitiva, tutte le disposizioni relative al rapporto banca – cliente contenute nel T.u.b. non possono, allo stato, trovare applicazione nei rapporti Fintech. Ovviamente da tali considerazioni sono esclusi i servizi di pagamento, per le ragioni già esposte nei precedenti paragrafi e in quanto oggetto di una disciplina specifica.

Ciò rappresenta un paradosso e un ritorno al passato. Essa costituisce una netta contraddizione rispetto alla politica legislativa nazionale, ma soprattutto unionale, imperniata sugli obblighi informativi e sulle disposizioni in tema di trasparenza, quali strumenti idonei a ridurre il *deficit* del cliente nei confronti della Banca. La diffusione del fenomeno Fintech e la difficoltà di ricondurlo alle disposizioni bancarie si pongono in un evidente contrasto con l'idea di trasparenza e di informazione calibrate sulla personalizzazione dello specifico rapporto.

Gli obblighi informativi e di trasparenza previsti dalla disciplina di settore trovano nel processo di disintermediazione la più grande contraddizione e la più grande sconfessione. Non solo. La disciplina del T.u.b. è imperniata su una diffusa categorizzazione delle operazioni che, come già argomentato nei primi capitoli, crea difficoltà di coordinamento, lacune e contraddizioni. Il credito è settorializzato, a seconda dell'oggetto dello stesso e della qualità soggettiva del cliente.

Anche tale aspetto è in netta controtendenza nel fenomeno *Fintech*, in cui non rileva in alcun modo la qualità soggettiva dell'utente né l'oggetto della prestazione e neppure la funzione del credito. Il soggetto può richiedere credito o finanziamento per le più disparate ragioni e può assumere qualsiasi qualità. Ciò che rileva è la necessità di reperire del denaro che sarà concesso da soggetti anche non digitali. Del resto, lo stesso operatore non deve necessariamente essere un soggetto professionale, sicché le somme possono essere direttamente erogate dagli utenti, senza la necessità di un intermediario.

Se, infatti, nei servizi di pagamento è ancora presente la figura dell'intermediario, nelle forme di erogazione del credito ciò non avviene.

Può, pertanto, affermarsi la netta “derubricazione”⁹²⁵ del contratto utilizzato.

Il rapporto tra la disciplina riconducibile al T.u.b. e le caratteristiche del fenomeno Fintech possono così essere riassunte.

Alle tradizionali previsioni che conformano il comportamento dei soggetti professionali, è contrapposto l'evidente richiamo al principio di autoresponsabilità del soggetto privato. L'assoluta specializzazione della contrattazione dell'esperienza tradizionale deve confrontarsi con una netta derubricazione delle varie *species* sviluppatasi nelle operazioni

⁹²⁵ G. FALCONE, *Contratti bancari e fintech*, in E. CAPOBIANCO, op. cit., p. 621.

digitali. La figura dell'intermediario viene meno rispetto ad un rapido processo di disintermediazione. Alla centralità del sistema tradizionale non corrisponde la pluralizzazione soggettiva.

Il richiamo alla disciplina del Codice del Consumo non è risolutivo. Infatti, la sua applicazione è condizionata a una precisa qualificazione soggettiva dei contraenti⁹²⁶. Non necessariamente chi richiede i finanziamenti può essere qualificato come consumatore, potendo anche rappresentare un'impresa, una PMI, una start-up. Ma allo stesso modo, la controparte può non coincidere con una figura professionale. Infatti, si è evidenziato che il processo di disintermediazione ha come caratteristica fondamentale il dialogo diretto tra privati, con conseguente impossibilità di individuazione di un soggetto professionale. Anche la disciplina del credito al consumo sarebbe quindi applicabile alle sole fattispecie in cui il negozio è concluso tra un soggetto professionale e un consumatore.

Essendo preclusa la possibilità di ricondurre le operazioni bancarie svolte da soggetti non bancari alla disciplina del T.u.b., l'ancoraggio normativo di dette operazioni non può che essere il contratto di mutuo codicistico⁹²⁷. Del resto, l'art. 1813 c.c. prevede esclusivamente che una parte consegna all'altra una determinata quantità di denaro o di altre cose fungibili che l'altra parte si obbliga a restituire nella stessa specie e qualità.

Nelle operazioni di credito realizzate sulle piattaforme digitali, il contratto di finanziamento si conclude direttamente tra gli utenti della piattaforma senza alcuna intermediazione. La piattaforma, infatti, riceve le somme dal finanziatore e le trasferisce al finanziato, ma non svolge alcun ruolo di intermediario per la conclusione del contratto. Se è vero che l'unica fattispecie applicabile è quella del mutuo, contenuta nel codice civile, allora l'unico aspetto patologico relativo alla fase esecutiva si ha nell'ipotesi di applicazione di tassi di interesse usurari, sicché il mutuatario sarebbe obbligato alla restituzione della sola sorte capitale.

Il codice civile riacquista, quindi, la sua centralità⁹²⁸. Le considerazioni svolte confermano quanto sostenuto nel corso del I capitolo, secondo cui è legittima, congrua e opportuna la coesistenza di un testo codicistico con codici di settore.

⁹²⁶ G. FALCONE, *Contratti bancari e fintech*, in E. CAPOBIANCO, op. cit., 627.

⁹²⁷ G. FALCONE, op. cit. p. 627.

⁹²⁸ N. LIPARI, *Il diritto civile tra passato e futuro*, in *Riv. Trim. di dir. e proc. Civ.*, 2021, 2, p. 317ss.; v. anche E. SCODITTI, *Perché non possiamo rinunciare alla parte sui contratti in generale nel codice civile*, in *Il Foro Italiano*, 2022, 3, pp. 106ss.

Si tratta, tuttavia, di sistemare in maniera organica e uniforme la disciplina dei Testi unici, i quali dovrebbero, in generale, fornire adeguate soluzioni al tema della contrattazione per adesione, i cui connotati divergono dalla tradizionale esperienza codicistica.

Il diritto dei mercati è da intendersi quale insieme di situazioni in cui un soggetto privilegiato - per conoscenze tecniche o informatiche o progettuali - si trova in una posizione di netto vantaggio rispetto alla controparte. Il riferimento è a tutte quelle fattispecie per cui, in ragione dello squilibrio contrattuale, il soggetto avvantaggiato predispone il contratto e il soggetto debole può aderirvi o meno, non disponendo di alcun altro potere negoziale, nella fase delle trattative.

In tale ambito è necessario l'intervento del legislatore.

Tale bisogno è avvertito anche alla luce dell'estrema difficoltà per l'interprete di rispondere solertemente ai vari provvedimenti, non solo del legislatore, ma di tutte le Autorità di Vigilanza e di supervisione, nazionali e non, che costantemente emettono avvertenze, provvedimenti, pareri e osservazioni. "Al centro del villaggio" vi deve essere un codice che faccia sintesi dei principi e delle regole del gioco, che chiarisca quali siano gli interessi da tutelare e che deleghi esclusivamente gli aspetti tecnici alle ulteriori regolamentazioni.

Il ritorno al codice civile consente l'applicazione delle clausole generali di buona fede, diligenza e correttezza che, in assenza di una specifica regolamentazione del fenomeno, devono essere valorizzate, al fine di risolvere le controversie.

Infatti, può ragionevolmente sostenersi che tutti gli obblighi informativi precontrattuali imposti tanto dalla disciplina bancaria quanto da quella finanziaria siano una puntuale esplicazione delle disposizioni contenute negli artt. 1175, 1375 c.c.⁹²⁹.

L'applicazione delle clausole generali si apprezza anche in considerazione della evidente caratteristica di mutabilità delle fattispecie.

Quindi, le parti che utilizzano le piattaforme digitali devono comportarsi correttamente (art. 1175 c.c.) e con una diligenza parametrata alla natura dell'attività esercitata (art. 1176 c.c.). La buona fede deve caratterizzare anche la fase esecutiva del contratto (art. 1375 c.c.).

Nelle attività poste in essere per il tramite delle piattaforme digitali inerenti alla concessione del credito, allo svolgimento delle operazioni finanziarie, dunque,

⁹²⁹ Così M. ROSSETTI, *La declinazione del danno nel comparto bancario, finanziario e assicurativo*, in occasione del Convegno tenutosi il 10.11.2022, presso l'Aula Magna della Corte di Cassazione, dal titolo *Le tutele del contraente: tra vigilanza, trasparenza e nuovi profili di responsabilità*.

considerata la non diretta applicabilità delle disposizioni del T.u.b., il parametro per l'interprete per verificare il concreto rispetto delle clausole di buona fede e diligenza può rintracciarsi nelle disposizioni in materia di informativa precontrattuale.

Pertanto, riprendendo il contenuto dell'art. 116 T.u.b., relativo alla pubblicità delle condizioni economiche, è non rispettoso dei principi di correttezza e di diligenza il comportamento del soggetto digitale che concede credito senza rendere noto in modo chiaro i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti.

Una eventuale difformità tra le condizioni economiche pubblicizzate e quelle pattuite determina la violazione degli artt. 1175 e 1375 c.c.

Le modifiche contrattuali in corso di rapporto, senza adeguata informativa e senza il correlato diritto di recesso, comportano la violazione dell'art. 1375 c.c., laddove è prescritto che il contratto deve essere eseguito secondo buona fede. Tale disposizione risulta anche applicabile nelle ipotesi in cui il cliente formuli una richiesta documentale (art. 119 T.u.b.).

Può altresì trovare applicazione l'art. 1370, rubricato "*Interpretazione contro l'autore della clausola*", secondo cui: *«le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro»*.

Si è già osservato come nelle fattispecie digitali l'utente, che intende stipulare un contratto, non ha alcun potere negoziale, potendo decidere esclusivamente se aderirvi o meno⁹³⁰. Lo squilibrio derivante dalla fisiologica struttura del rapporto è in parte compensato dall'art. 1370 c.c. che evita, quindi, che la parte che predispose il contratto possa profittare dell'ambiguità delle clausole redatte dallo stesso, a discapito dell'utente aderente.

Del resto, la Relazione al codice civile impone un dovere di solidarietà tra le parti, basato sui corollari di lealtà e di salvaguardia⁹³¹.

XI. ASPETTI CRITICI DELLA VALUTAZIONE ALGORITMICA DEL MERITO CREDITIZIO

Anche la valutazione del merito creditizio costituisce un aspetto da regolamentare.

Nel corso del V paragrafo si è già accennato al supporto che gli algoritmi possono fornire agli intermediari finanziari nell'attività di *credit scoring*, ovvero di valutazione del merito

⁹³⁰ M. L. CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica*, Milano, 2016, p. 343ss.

⁹³¹ Si rinvia alla nota n. 226 per il relativo testo della Relazione al c.c.

creditizio. In particolare, si è valorizzata la capacità di detti sistemi di procedere con valutazioni più complete, attraverso la combinazione di ingenti quantità di informazioni. In questo paragrafo l'intento è di soffermarsi sugli ulteriori aspetti attinenti al tema e sulle disposizioni legislative applicabili.

Nel nostro ordinamento non vi è una definizione di merito creditizio, rappresentando lo stesso un aspetto ontologico dell'attività posta in essere dalla Banca. Gli unici ancoraggi normativi, già richiamati precedentemente (II cap.), si rinvengono nelle disposizioni sul credito ai consumatori e sul credito immobiliari ai consumatori, rispettivamente, negli art. 124bis e negli art. 120-undecies T.u.b..

Entrambe le disposizioni (II cap. par. VIII.1) presuppongono che la valutazione del merito creditizio debba essere adeguata rispetto alle informazioni fornite anche dallo stesso cliente. Si è già evidenziato che, sebbene non possa configurarsi un'aspettativa di concessione del credito per il soggetto, la Banca deve astenersi nell'ipotesi di valutazione negativa del credito.

Le disposizioni del T.u.b. sopra richiamate non possono essere applicate nella disciplina del *credit scoring*, in quanto divergono sul piano soggettivo ma rappresentano, per gli interpreti, degli importanti criteri orientativi.

Il principale problema risiede nella capacità di padroneggiare le informazioni, concretamente utili, ai fini della valutazione del merito creditizio. Non appare, dunque, un vantaggio che alla valutazione dei dati “*hard*” sia accompagnata la valutazione dei dati “*soft*”⁹³², tratti da fonti completamente diverse, tra cui la profilazione su internet e i social network⁹³³.

Inoltre, la circostanza per cui i soggetti diversi dagli intermediari finanziari (ad esempio le piattaforme *peer-to-peer*) non sono in grado di accedere alle centrali rischi pubbliche e private e, quindi, ai dati “*hard*”, ma solo a quelli “*soft*”, rischia di minare l'affidabilità del *credit scoring* da essi attribuiti. Potrebbe, infatti, accadere che la valutazione fondata solo sui dati *soft* possa non essere veritiera, alterando i normali risultati. La valutazione non sarebbe, quindi, “adeguata”. Vi sarebbe, quindi, il concreto rischio di concedere credito a soggetti che non meritevoli.

⁹³² Le espressioni “*hard*” e “*soft*” sono utilizzate da G. FALCONE, *Contratti bancari e fintech*, op. cit., p. 623.

⁹³³ Sul tema dell'utilizzo nella valutazione del merito creditizio dei dati rinvenibili sui *social network*, v. F. MATTASSOGLIO, *La valutazione del merito creditizio e l'innovazione tecnologica*, in M.T. PARACAMPO (a cura di), *Fintech*, op. cit. pp. 197ss.; ID., *Innovazione tecnologica e valutazione del merito creditizio dei consumatori. Verso un Social Credit System?*, Milano, 2018.

Inoltre, si pone un problema di completezza e di correttezza della formazione degli algoritmi e di come gli stessi sono forniti.

Le considerazioni critiche sui presunti vantaggi del *credit scoring* trovano conferma nelle Linee Guida della BCE sulle cc.dd. *fintech banks*⁹³⁴, in cui si evidenzia la difficoltà dei nuovi soggetti che, non avendo a disposizione dati sulla “storia bancaria” pregressa del cliente, devono o utilizzare solo i dati *soft* o delegare a terzi la valutazione. La BCE ha chiarito che tali soggetti devono dotarsi di processi per la concessione del credito chiari e documentati, i quali potranno essere valutati o dalla stessa Banca Centrale o dalle Autorità di vigilanza dei singoli Stati.

In tal guisa, si pongono altresì gli “*Orientamenti in materia di concessione e monitoraggio dei prestiti*”, emanati il 29.5.2020 dall’EBA⁹³⁵, in cui è previsto che le banche debbano dotarsi di procedimenti atti a specificare «*le condizioni per l’applicazione di decisioni automatizzate nel processo di concessione del credito, compresa l’identificazione dei prodotti, segmenti e limiti per i quali sono consentite le decisioni automatizzate*».

La valutazione del merito creditizio rappresenta un momento nevralgico per la corretta concessione del credito, in mancanza della quale si producono effetti distorsivi sul mercato, con alterazione dei tassi di interesse e con il contagio tra i vari operatori.

Anche il singolo soggetto richiedente il credito, qualora la sua corretta valutazione conduca ad un’ipotesi negativa, subirebbe il pregiudizio dell’errore di valutazione.

Ciò ha portato all’introduzione di alcune disposizioni in merito alla valutazione del merito creditizio, contenute nelle discipline già richiamate.

Pertanto, si ritiene necessaria una regolamentazione sul procedimento di valutazione del merito creditizio attraverso algoritmi, specificando quali informazioni, sicuramente non quelle “*soft*”, devono essere prese in considerazione. Al contempo, si ritiene opportuno introdurre previsioni per obbligare l’utilizzatore dell’algoritmo a segnalare le fattispecie in cui il soggetto non può accedere al “*curriculum bancario*” del soggetto e, perciò, procedere ad una adeguata e completa valutazione del merito creditizio.

XII. LA TUTELA DEL CLIENTE NEGLI INVESTIMENTI FINANZIARI DIGITALI

Il *Fintech* ha trovato una significativa applicazione anche nel settore degli investimenti finanziari, tradizionalmente disciplinati dal T.u.f.

⁹³⁴ BCE, *Guide to assessments of fintech credit institution licence applications*, Marzo, 2018.

⁹³⁵ EBA, *Orientamenti in materia di concessione e monitoraggio dei prestiti*, ABE/GL/2020/06.

Lecito è affermare che le piattaforme digitali, prescindendo dalla figura chiave dell'intermediario finanziario, presuppongono un investitore avvezzo e razionale.

Molte sono le criticità e le incertezze legate alla creazione di uno strumento finanziario digitale e alla sua circolazione tra gli investitori, soprattutto *retail*.

Rispetto alla disciplina tradizionale, viene meno la figura dell'intermediario, a cui il T.u.f. e i Reg. Consob destinano stringenti obblighi informativi e comportamentali.

Un principio fondamentale nel rapporto risparmiatore – intermediario è contenuto nell'art. 21 T.u.f., secondo cui l'agire dell'intermediario è procedimentalizzato rispetto alla tutela dell'investitore - di cui deve realizzare al meglio l'interesse - e all'integrità del mercato.

La mancanza della figura dell'intermediario pone una serie di questioni da risolvere.

Gli algoritmi utilizzati in tali fattispecie non devono essere discriminatori e non devono indurre il cliente a compiere scelte pregiudizievoli.

Anche la consulenza automatizzata deve garantire il rispetto della normativa di settore e, in particolare, dell'art. 21 T.u.f., nonché della *know your customer rule* e della *suitability rule*. Sul punto, infatti il legislatore ha espressamente previsto che il servizio di consulenza in materia di investimenti può essere prestato anche tramite sistemi automatizzati o semi-automatizzati, chiarendo che le medesime regole si applicano a prescindere dal canale di interazione con l'investitore⁹³⁶. I soggetti autorizzati a prestare consulenza automatizzata sono in via generale i soggetti di cui all'art. 18 del T.u.f., ovvero le SIM, le imprese di investimento comunitarie, le banche italiane e comunitarie e le SGR. La disciplina contenuta nel T.u.f. è imperniata sulla bidirezionalità dei flussi informativi tra intermediario e cliente.

Si tratta di verificare l'effettività delle informazioni fornite tramite la consulenza automatizzata.

L'obiettivo è di rendere il cliente quanto più consapevole possibile dell'operazione che si appresta ad eseguire. L'intermediario, in particolare, deve illustrare i rischi e le caratteristiche del prodotto e valutare l'adeguatezza e l'appropriatezza dell'operazione e segnalare l'eventuale presenza di una situazione di conflitto di interessi. In tale contesto, grande importanza è assolta dalla redazione di un valido contratto quadro e dalla compilazione del Questionario MiFID.

Il rapporto è personale e specifico.

⁹³⁶ Si vedano il Considerando 86 e art. 54, comma 1, del Regolamento (UE) delegato della Commissione 2017/565 del 25 aprile 2016.

Nell'ipotesi di consulenza automatizzata tutti questi adempimenti sono rimessi alla macchina. La specificità del rapporto è sostituita da un processo di standardizzazione.

Non si possono non evidenziare, anche con riferimento alla disciplina finanziaria, le evidenti contraddizioni tra l'esperienza tradizionale e quella propria del Fintech. Incertezze risiedono sulla effettiva tutela dell'investitore, sulla capacità di garantire il corretto adempimento degli obblighi informativi e di valutare regolarmente le risposte fornite dal cliente in relazione al Questionario MiFID.

I rischi sono dunque molteplici, concreti e maggiori rispetto alla disciplina tradizionale. Infatti, lo squilibrio contrattuale fisiologico nel rapporto intermediario – cliente, relativo alla conoscenza delle dinamiche e delle operatività del mercato finanziario, diventa ancora più netto nelle ipotesi di servizi di investimento effettuati mediante strumenti di intelligenza artificiale. Infatti, in tale contesto, si aggiungono le opacità relative ai meccanismi di funzionamento delle piattaforme, alle difficoltà di comprensione dei servizi automatici da parte di certa clientela, dovuta alla scarsa alfabetizzazione digitale o al caso di errata profilatura del cliente.

L'eventuale errore di formazione degli algoritmi⁹³⁷ condurrebbe a un rischio di diffusione dell'errore su un numero molto vasto di utenti. Così come eventuali malfunzionamenti dei programmi causerebbero effetti pregiudizievoli per il mercato.

Inoltre, a seguito della crisi finanziaria del 2007 (cfr. Cap. I, par. V), il legislatore ha introdotto regole sulla produzione e sulla distribuzione dei prodotti finanziari, identificate con l'espressione "*product governance*"⁹³⁸. L'idea del legislatore è, pertanto, di evitare l'immissione nel mercato di prodotti tossici per determinati *target* di clientela, anticipando, quindi, la tutela alla fase della produzione. Il principio ha trovato la sua collocazione sistematica nell'art. 21 comma 2bis T.u.f. ed è poi dettagliato nella Regolamentazione Consob.

In ogni caso, anche nella disciplina finanziaria un importante ausilio per l'interprete rappresentano le clausole generali di buona fede, correttezza e diligenza.

Invero, i principi del *know your customer rule* e della valutazione di adeguatezza sono assolutamente sintetizzabili nell'obbligo di comportarsi secondo criteri ispirati alla buona fede, alla correttezza e alla diligenza professionale nella fase precontrattuale, in quella negoziale e financo in quella esecutiva.

⁹³⁷ Cfr. M. TERTILT – P. SCHOLZ, *To advice, or Not to Advice – How Robo-Advisor Evaluate the Risk Preferences of Private Investors*, in *The Journal of Wealth Management*, 2018, p. 21.

⁹³⁸ Si rinvia alla nota n. 275.

Inoltre, di difficile verificabilità è l'effettiva indipendenza del sistema⁹³⁹.

La consulenza automatizzata deve comunque specificare la tipologia del tipo di servizio che offre, se su base indipendente e sull'analisi di mercato. In particolare, occorre specificare se sussiste un conflitto di interessi e se l'analisi è stata effettuata esclusivamente in relazione a strumenti finanziari collocati da soggetti che hanno stretti rapporti con l'impresa di investimento.

Si ritiene, comunque, necessaria una puntuale regolamentazione del fenomeno.

Al momento, l'unica regolamentazione si ha avuto con riferimento al *crowdfunding*, ove gli investitori sono divisi tra "sostificati" e "non sofisticati".

In tale disciplina resta salvo l'obbligo per i prestatori di servizi di fornire tutte le informazioni relative al portale, ai costi, ai rischi e agli oneri collegati. Inoltre, è previsto l'obbligo di redigere una scheda, a cura del titolare del progetto, contenente le informazioni chiave sull'investimento – c.d. *Key Investment Information Sheet, KIIS* – che deve includere: gli elementi fondamentali della metodologia interna per la valutazione del rischio di credito dei singoli progetti di *crowdfunding* e per la definizione delle categorie di rischio; le procedure, le metodologie interne e i criteri per la selezione dei progetti di *crowdfunding* rispetto al portafoglio individuale di prestiti per l'investitore. Tali informazioni devono essere sottoposte all'investitore non sofisticato, il quale è tenuto ad eseguire un *test* d'ingresso, al fine di valutare l'appropriatezza degli investimenti, sulla base dell'esperienza finanziaria, degli obiettivi di investimento, della situazione finanziaria e della comprensione dei rischi legati all'investimento.

In definitiva la tutela del cliente può essere garantita mediante il rispetto della disciplina settoriale, mediante un controllo preventivo sui prodotti e sulle tipologie di prodotti immessi nel mercato, nonché attraverso il rispetto degli obblighi informativi, di valutazione di adeguatezza e di appropriatezza propri della disciplina del T.u.f..

XIII. LE RESPONSABILITÀ DEL ROBO-ADVISOR

Si tratta di stabilire se dei danni subiti dal cliente risponda il soggetto che si sia avvalso del *robo advisor*, oppure se di essi risponda la macchina dotata di soggettività giuridica e di un proprio patrimonio.

Sul punto l'art. 54, comma 1, del Regolamento delegato (UE) 2017/565, prevede che «quando i servizi di consulenza in materia di investimenti o di gestione del portafoglio sono prestati totalmente o in parte attraverso un sistema automatizzato o semiautomatizzato, la responsabilità di eseguire la valutazione dell'idoneità compete

⁹³⁹ F. DI CIOMMO, *La consulenza finanziaria automatizzata*, op. cit., p. 123.

all'impresa di investimento che presta il servizio e non è ridotta dal fatto di utilizzare un sistema elettronico per formulare la raccomandazione personalizzata o la decisione di negoziazione».

Preferibile e conforme al dettato normativo, nonché alla tipologia del rapporto che si instaura tra le parti, appare la teoria che ritiene sussistente una responsabilità diretta dell'intermediario nei confronti dell'investitore, sussiste sia nell'ipotesi in cui abbia direttamente sviluppato l'algoritmo, sia nel caso in cui utilizzi un algoritmo acquistato da un soggetto terzo⁹⁴⁰.

Infatti, secondo l'art. 31, comma 1 del Regolamento delegato (UE) 2017/565: «le imprese di investimento che esternalizzano funzioni operative essenziali o importanti restano pienamente responsabili del rispetto di tutti gli obblighi imposti loro dalla direttiva 2014/65/UE».

Del resto, giungere a conclusioni difformi significherebbe rendere gravosa l'individuazione per il cliente «dell'anello debole» della catena, considerata la pluralità di soggetti che intervengono a monte della prestazione del servizio di consulenza in forma automatizzata.

Peraltro, in tal modo, il cliente è esentato dal dover dimostrare l'errore tecnico-informatico della piattaforma e dall'individuazione del soggetto a cui è ascrivibile il malfunzionamento.

Analogo è, del resto, la disciplina contenuta nei servizi di pagamento.

Qualora poi l'errore sia imputabile al fornitore dell'algoritmo, l'intermediario allora ha diritto ad agire in regresso nei suoi confronti.

L'opacità tecnologica, ulteriore e distinta rispetto a quella insita nell'operazione finanziaria, potrebbe poi comportare una responsabilità del consulente nelle ipotesi in cui non sia stata chiaramente fornita adeguata informazione circa le caratteristiche della piattaforma e del procedimento di consulenza.

L'investitore potrebbe anche subire un pregiudizio derivante dal malfunzionamento del *software*, compiendo operazioni che altrimenti non avrebbe effettuato.

Anche per la fattispecie finanziaria, la disciplina del codice del consumo e, in particolare, della sezione VI-bis, può trovare applicazione solo in presenza dei già citati presupposti soggettivi della disciplina ovvero di contratto stipulato tra un consumatore e un professionista.

⁹⁴⁰ Cfr. CONSOB, Quaderno Fintech, La digitalizzazione della consulenza in materia di investimenti finanziari, p. 83.

Pertanto, solo quando ricorrono i presupposti soggettivi, è applicabile l'art. 67-ter del Cod. del consumo, secondo cui per servizio finanziario deve intendersi «*qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale*». Nei servizi finanziari è previsto un innalzamento degli obblighi informativi⁹⁴¹.

L'eventuale circolazione di prodotti in mercati non regolamentati rappresenta un aspetto critico.

Sull'argomento, in relazione all'investimento con oggetto azioni non quotate, la valutazione di adeguatezza effettuata dall'intermediario, sulla base della profilatura del cliente, deve assumere carattere più rigoroso rispetto a quella normalmente richiesta per le azioni ed obbligazioni "tradizionali", in applicazione della disciplina rafforzata sancita dalla richiamata Comunicazione Consob n. 9019104 del 2 marzo 2009 per i prodotti finanziari illiquidi. E ciò proprio in ragione della difficoltà, in caso di liquidazione dell'investimento, di trovare controparti disponibili all'acquisto in tempi ragionevolmente brevi o a prezzi in linea con le aspettative.

La Comunicazione Consob n. 9019204/2009 (Cap. I par. V), in ordine a prodotti non intrinsecamente trasparenti, prescrive agli intermediari maggiori obblighi informativi, in tutte le fasi del rapporto, compresa quella esecutiva.

La Comunicazione Consob è stata revocata con provvedimento della stessa Autorità del 3.2.2022, in quanto i suoi contenuti sono stati ritenuti ampiamente assorbiti da MiFID II che ha innalzato la soglia di tutela per i clienti.

I precetti della Comunicazione sono comunque utili al fine di meglio comprendere il dettaglio degli obblighi informativi e comportamentali degli intermediari nell'ipotesi di vendita di prodotti senza un mercato secondario.

Pertanto, si ritiene che anche nelle fattispecie Fintech in cui manca un mercato secondario, il soggetto prestatore del servizio debba attenersi agli stringenti obblighi informativi previsti dalla disciplina di settore.

XIV. LA TUTELA DEL CLIENTE NELLA CIRCOLAZIONE DELLA CRIPTOVALUTA

Si è già evidenziata diffusamente l'assenza di una unanime qualificazione giuridica della criptovaluta. Già la sua etimologia, valuta nascosta, crea una contraddizione rispetto al principio di trasparenza.

⁹⁴¹ V. CUFFARO, *Dopo il codice del consumo: la disciplina della commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Contr. impr.*, 2007, vol. 23, pp. 267ss.; V. SANGIOVANNI, *Il diritto di recesso nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Contratti*, 2009, 4, pp. 411ss.

Essa è uno strumento di pagamento di per sé neutrale, non corrispondente ad una moneta legale e, pertanto, non vincolante il soggetto che la riceve ad accettarla. Essa può, pertanto, definirsi quale strumento di pagamento alternativo e non obbligatorio.

Se la neutralità era senz'altro presente al momento del suo ingresso nel mercato, lo scenario è mutato per effetto della diffusione del suo utilizzo. Infatti, come già evidenziato, la criptovaluta è stata da molti considerata come un mezzo per guadagnare denaro, secondo il classico schema finanziario “*denaro – tempo – denaro*”. Ha, pertanto, col tempo assunto maggiormente i connotati speculativi, ponendo una serie di problemi sulla sua riconducibilità alla nozione di prodotto o strumento finanziario. Tant'è che si sono diffusi i derivati indicizzati su valuta virtuale, i quali soggiacciono sicuramente alla disciplina MiFID II⁹⁴².

Pertanto, non appare azzardato ritenere che uno strumento di pagamento, sebbene alternativo, possa essere utilizzato nel mercato come investimento attraverso dei *token*.

Nel caso di mancanza di tutela dei risparmiatori, si possono porre due problematiche, l'una legata all'illegittimità di circolazione di titoli di credito atipici e l'altra in termini di meritevolezza del contratto ex art. 1322 c.c.

Si pongono, del resto, problemi di chiarezza e comprensibilità del *software* che viene trasferito ma anche di individuazione del soggetto responsabile. Nell'ipotesi di danno, nei confronti di chi può agire il cliente/investitore?

La celerità e l'agilità con cui possono essere concluse operazioni bancarie e finanziarie sono contrapposte alla complessa difficoltà di individuazione della controparte contrattuale.

L'uso non regolato dei nuovi strumenti digitali mette in pericolo la funzione della moneta e la tutela del risparmio.

La Consob ha il potere di stabilire le modalità con cui gli strumenti di investimento giungono sul mercato e ha anche il potere di vigilare sugli stessi. A prescindere se lo strumento nasca come tale. Ciò è accaduto, per esempio, con la vendita di diamanti, la cui disciplina è stata ricondotta alle fattispecie finanziarie, giungendo così a garantire una effettiva tutela agli investitori.

Nel contesto delle criptovalute, la transazione avviene tra soggetti che non si conoscono e tra cui non può esservi un rapporto fiduciario, elemento che invece è stato considerato imprescindibile e indefettibile per la disciplina finanziaria (cfr. cap. I, par. VII).

⁹⁴² M. PASSARETTA, op. cit., pp. 411 ss.

Diffusamente sono già state evidenziate la natura di prodotto finanziario della criptovaluta e la sua assoluta volatilità.

Da ciò deriva il concreto e grave rischio per l'investitore di perdere integralmente il capitale investito. Il valore della criptovaluta non è stabilito infatti da una autorità centrale, né risulta legato al relativo numero degli scambi o in base alle decisioni politiche dei governi.

Inoltre, esse sono negoziate in mercati secondari, ove possono operare anche soggetti non autorizzati a prestare servizi e attività di investimento.

L'art. 1, comma 1, lett. t) t.u.f. definisce "offerta al pubblico" «*ogni comunicazione rivolta a persone, in qualsiasi fora e con qualsiasi mezzo, che presenti sufficienti informazioni sulle condizioni dell'offerta e dei prodotti finanziari offerti così da mettere un investitore in grado di decidere di acquistare o di sottoscrivere tali prodotti finanziari, incluso il collocamento tramite soggetti abilitati*». L'art. 32 del T.u.f. disciplina la promozione e collocamento a distanza di servizi e attività di investimento e di prodotti finanziari, attribuendo, al secondo comma, la possibilità per Consob di disciplinare la regolamentazione e il collocamento mediante tecniche di comunicazione a distanza di servizi e attività di investimento. Sicché le piattaforme che negoziano le criptovalute potrebbero operare solo se autorizzate da Consob⁹⁴³.

A tal proposito Consob, con delibera del 31.10.2018 n. 20660, ha disposto la sospensione - ai sensi dell'articolo 99, comma 1, lett. b), TUF - di un'offerta al pubblico di criptovalute promossa da una società di diritto inglese in Italia. Il provvedimento conferma l'interpretazione per cui le *Initial Coin Offering* (ICO), con cui sono messe in vendita le criptovalute sono suscettibili di configurare offerte al pubblico di prodotti finanziari ex art. 1, comma 1, lett. t), del TUF. In particolare, la Consob ritiene che costituisce un'offerta al pubblico di prodotti finanziari "ogni comunicazione rivolta a persone, in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo, che presenti sufficienti informazioni sulle condizioni dell'offerta e dei prodotti finanziari offerti così da mettere un investitore in grado di decidere di acquistare o di sottoscrivere tali prodotti finanziari, incluso il collocamento tramite soggetti abilitati". A tal fine, occorre quindi analizzare se sussistono tutti gli elementi costitutivi dell'offerta al pubblico, che sono: (a) la circostanza che l'attività abbia ad oggetto "prodotti finanziari", categoria che comprende sia gli "strumenti finanziari" che "ogni altra forma di investimento di natura finanziaria"; (b) la sussistenza

⁹⁴³ F. ANNUNZIATA, *La disciplina delle trading venues nell'era delle rivoluzioni tecnologiche: dalle criptovalute alla distributed ledger technology*, op. cit., p. 8.

di una comunicazione volta a far acquistare o sottoscrivere detti prodotti finanziari e contenente, di conseguenza, quantomeno la rappresentazione delle principali caratteristiche degli stessi; (c) la circostanza che la comunicazione de qua sia rivolta al pubblico residente in Italia.

Le Autorità di vigilanza sono ben consapevoli dei pericoli⁹⁴⁴. Ma occorre un puntale e scrupoloso intervento legislativo che intervenga anche sui profili di responsabilità.

Fino a quel momento, l'interprete è chiamato ad indagare la legittimità e la regolarità delle vendite di criptovalute mediante il richiamo alle disposizioni del T.u.f., dei regolamenti Consob, laddove applicabili, nonché alle clausole generali di buona fede, diligenza e correttezza.

L'attualità del problema e la necessità di una tutela degli investitori e dell'integrità del mercato è confermata dal recentissimo scandalo della piattaforma FTX che gestiva criptovalute e il cui valore era pari a 30 miliardi di dollari.

La crisi di liquidità e la richiesta di fallimento della società hanno portato all'arresto del fondatore e ex amministratore delegato di FTX⁹⁴⁵.

Ciò dimostra la pericolosità del fenomeno per gli investitori e per il mercato, anche in termini di contagio.

Del resto, l'assenza di regolamentazione ha nella storia più volte dimostrato di essere la prima e principale causa degli assoluti effetti distorsivi (e distruttivi) che possono seguire all'uso spregiudicato della finanza.

Nello scenario di cui si tratta, primaria importanza è assolta dal Regolamento MiCA (*Markets in Crypto-Assets*), approvato il 16.5.2023 dal Consiglio Europeo⁹⁴⁶, a seguito di precedente votazione positiva (20.4.2023) da parte del Parlamento Europeo.

La proposta di Regolamento⁹⁴⁷, in precedenza, era stata approvata dal Consiglio dell'Unione europea⁹⁴⁸. Pertanto, con l'imminente pubblicazione in Gazzetta Ufficiale,

⁹⁴⁴ Consob, con delibera n. 20660 del 21.10.2018, in applicazione dell'art. 99, comma 1 lett. b t.u.f. ha sospeso l'offerta al pubblico in Italia di "token TGA", promossa da Togacoin LTD. Analogo provvedimento è contenuto nella delibera 20741 del 12.12.2018, nonché nella delibera n. 20845 del 13.3.2019, nei confronti di BitSurge Token.

⁹⁴⁵ Approfondimenti su Ilsole24ore e su milanofinanza.it.

⁹⁴⁶ Testo consultabile su www.dirittobancario.it e www.dirittodelrisparmio.it.

⁹⁴⁷ Il riferimento è al Regolamento adottato dalla Commissione europea il 24.9.2020. Per un commento F. ANNUNZIATA, *Verso una disciplina europea delle cripto-attività. Riflessioni a margine della recente proposta della Commissione UE*, in *Diritto Bancario*, ottobre, 2020; D.A. ZETZSCHE - F. ANNUNZIATA - D. W. ARNER - R. P. BUCKLEY, *The Markets in Crypto-Assets Regulation (MiCA) and the EU Digital Finance Strategy*, in *EBI*, 2020, 18; G. FERRARINI - P. GIUDICI, *Digital Offerings and Mandatory Disclosure: A Market-Based Critique to MiCA*, *ECGI Law*, 2021, 605.

⁹⁴⁸ Provvedimento del 5.10.2022, in *Dir. bancario*, 2022.

il Regolamento entrerà progressivamente in vigore verosimilmente a partire dal 1.7.2023 e nella sua interezza dopo 18 mesi dalla suddetta pubblicazione.

Rispetto alla proposta di Regolamento, il Parlamento Europeo ha eliminato i riferimenti all'impatto ambientale dei *crypto-asset* offerti ai clienti.

Il testo riguarda gli emittenti di *crypto-asset* non garantiti, le cosiddette "stablecoin", le sedi di negoziazione e i portafogli in cui sono detenuti i *crypto-asset*.

L'ambito di applicazione soggettiva è ricavabile dalle esclusioni indicate nel testo normativo, posto che in linea generale il Regolamento ex art. 2 par. 1 è applicabile a tutti i soggetti che sono "coinvolti" nell'emissione, offerta al pubblico e ammissione alla negoziazione di cripto-attività o che prestano servizi connessi alle stesse. Mentre non risultano destinatari del Regolamento, ai sensi dell'art. 2 par. 2 : a) quei soggetti che prestano servizi di cripto-attività solamente all'interno di un gruppo societario, senza offrirli a terzi; b) i curatori o amministratori che agiscono nel corso di una procedura di insolvenza; c) la BCE (motivo per cui il MiCA non è destinato a regolare l'eventuale Euro digitale), le banche centrali degli Stati membri o le altre autorità pubbliche degli Stati membri; d) la Banca europea per gli investimenti e le sue controllate; e) il fondo europeo di stabilità finanziaria; f) le organizzazioni internazionali pubbliche.

Per quanto concerne le esclusioni oggettive, l'art. 2 paragrafi 2a e 3 prevedono che le disposizioni non si applicano agli NFT (*Non Fungible -Tokens*), inseriti invece nella Proposta, agli strumenti finanziari⁹⁴⁹ (disciplinati da MiFID II e dal c.d. Regolamento Pilot), ai depositi, ai fondi (salvo che siano qualificabili come token di moneta elettronica), alle posizioni inerenti a cartolarizzazione, ai prodotti assicurativi non vita o vita, ai prodotti pensionistici di vario genere (prodotti pensionistici individuali, schemi pensionistici aziendali o professionali, regimi di sicurezza sociale).

Così operando il Regolamento ha l'intento di intervenire e disciplinare la maggior parte di cripto – attività che non rientravano nell'ambito della legislazione europea e dei servizi di investimento. Tuttavia, non appare agevole stabilire quando una cripto-attività costituisca uno strumento finanziario, sicché il Regolamento MiCA ha demandato ad ESMA il compito di definire le relative condizioni e i necessari criteri identificativi.

⁹⁴⁹ Sull'arg. v. M.T. PARACAMPO, *La consulenza su cripto-attività nella proposta di regolamento europeo MiCA tra presunte equivalenze e distonie normative con Mifid 2*, in *Dir. della banca e del mercato finanziario*, 2022, 1, 229ss.

La proposta di Regolamento stabilisce requisiti uniformi per l'offerta e l'immissione sul mercato dei *crypto-asset* diverse dai *token* di riferimento e di moneta elettronica e dai *token* di moneta, nonché requisiti per i fornitori di servizi di criptovalute.

In particolare, il Regolamento MiCA prevede: obblighi di trasparenza e informativa per l'emissione, l'offerta al pubblico e l'ammissione alla negoziazione di *crypto-asset* su una piattaforma di negoziazione; l'autorizzazione e la supervisione dei fornitori di servizi di criptovalute, degli emittenti di token di riferimento e degli emittenti di *token* di moneta elettronica; il funzionamento, l'organizzazione e la governance degli emittenti di token di riferimento, degli emittenti di token di moneta elettronica e dei fornitori di servizi di *cryptoasset*; tutela dei detentori di criptovalute nell'emissione, nell'offerta al pubblico e nell'ammissione alla negoziazione; protezione dei clienti dei fornitori di servizi di criptovalute; misure per prevenire l'abuso di informazioni privilegiate, la divulgazione illecita di informazioni privilegiate e la manipolazione del mercato relative alle cripto attività, al fine di garantire l'integrità dei mercati.

La regolamentazione mira a disciplinare l'attività dei gestori delle cripto-attività e, quindi, a garantire la stabilità del mercato della criptovaluta e la tutela degli investitori.

Il Regolamento definisce il *crypto-asset* come «una rappresentazione digitale di valore o di diritti che può essere trasferita e memorizzata elettronicamente, utilizzando tecnologie che supportano la registrazione distribuita di dati criptati (DLT) o tecnologie simili»

Nell'ambito di questa categoria generale di cripto-attività il MiCA definisce poi specifiche sottocategorie destinatarie di regole peculiari.

1. *Asset-referenced token* (ART) è una cripto-attività che mira a mantenere un valore stabile facendo riferimento a un altro valore o diritto o una combinazione dei due, comprese una o più valute ufficiali.

EBA in collaborazione con ESMA dovrà prevedere le informazioni che i soggetti emittenti dovranno fornire per la procedura di autorizzazione. Inoltre, per tale sottocategoria è fondamentale costituire e mantenere una “*asset reserve*”, funzionale a sostenere e garantire un diritto di rimborso obbligatorio che gli emittenti di ART devono concedere ai detentori dei *tokens*.

L'intento è garantire una sufficiente liquidità della stessa riserva.

Gli emittenti di ART saranno soggetti a requisiti di fondi propri pari ad almeno 350.000 euro o al 2% delle attività di riserva, nonché a un insieme completo di regole

di condotta e organizzative proprie dei sistemi di governance e di controllo interno, di procedure di reclamo e di gestione dei conflitti di interesse.

2. *Electronic Money token* (o *e-money token*, EMT) sono delle cripto – attività, come le *stable coin*, che hanno l’obiettivo di mantenere un valore stabile facendo riferimento al valore di una valuta ufficiale.

L’EMT può essere offerto solo da istituti di credito e istituti di moneta elettronica autorizzati ai sensi della legislazione europea, salvo che i destinatari dell’offerta non siano esclusivamente gli investitori qualificati e che l’importo medio in circolazione non superi i 5.000.000 di euro. Anche in questo caso, deve essere garantito il diritto di rimborso a tutti i titolari di EMT.

3. *Utility token* sono cripto attività destinate unicamente a fornire l’accesso a un bene o un servizio prestato dal loro emittente.

Nel Regolamento sono poi previste peculiari regole per i fornitori di servizi di *crypto-assets* (CASP). Sul punto, l’impianto normativo si fonda sugli stessi principi e sulle medesime tecniche di regolazione propri di MiFID.

Pertanto, il prestatore di servizi è una persona giuridica o altra impresa che svolge professionalmente, previa apposita autorizzazione, uno o più dei seguenti servizi: la custodia e l’amministrazione di cripto-attività per conto di clienti; la gestione delle piattaforme di trading per cripto-attività; i servizi di cambio valuta virtuale; lo scambio tra cripto-attività; la ricezione, trasmissione ed esecuzione di ordini su cripto-attività per conto di clienti; il collocamento; la gestione di portafogli di cripto-attività; servizi di trasferimento di cripto-attività per conto dei clienti; la fornitura di consulenza su cripto-attività.

Ai fini dello svolgimento delle richiamate attività verso clienti collocati nel territorio dell’Unione Europea i prestatori sono tenuti a richiedere l’autorizzazione all’autorità nazionale competente dello Stato membro in cui sono stabiliti.

È altresì prevista la creazione di un registro centrale gestito dall’ESMA. Una volta autorizzati, i CASP saranno in grado di fornire servizi di *crypto-assets* in tutti gli Stati membri dell’UE sulla base di una procedura di “*passporting*” che consente di fornire servizi in tutta l’UE.

L’impresa non europea potrà svolgere detti servizi esclusivamente nelle ipotesi in cui abbia una direzione effettiva in uno Stato UE (e un amministratore sia residente in UE).

Ai sensi della nuova disciplina le cripto-attività non potranno essere svolte direttamente da Paesi esteri, salva l’eccezione di cui all’art. 61 (comune per i servizi finanziari) della

prestazione su iniziativa esclusiva per il cliente. L'ipotesi riguarda il caso di un soggetto residente in UE che attivamente richieda all'impresa extra-UE la prestazione del servizio. L'eccezione però non opera qualora sia stata l'impresa extra-UE a promuovere i propri servizi verso il soggetto stabilito in UE. A tal proposito elementi utili per stabilire tale distinzione potranno essere la lingua utilizzata nel sito internet o nelle comunicazioni o l'eventuale individuazione di insiemi di utenti specifici in alcuni Paesi.

Il Regolamento MiCA introduce altresì regole procedurali e di condotta in tema di offerta e ammissione alla negoziazione su una piattaforma di *crypto-assets*, prevedendo obblighi più stringenti, per la tutela degli investitori e della stabilità finanziaria, nelle ipotesi di ART o EMT.

In generale è previsto l'obbligo di pubblicare un "*white paper*" (art. 5 Regolamento), in conformità all'allegato che integra il MiCA, contenente informazioni sull'emittente, sul progetto, sull'offerta di *crypto-assets*, sui rischi derivanti dall'investimento e sulla tecnologia.

La pubblicazione del *white paper* deve avvenire entro il giorno di inizio dell'offerta ed è preceduta, di almeno 20 giorni, da una preventiva notifica all'autorità competente, alla quale ai sensi dell'art. 7 del Regolamento dovranno essere altresì notificate le comunicazioni di marketing. L'Autorità non deve approvare il documento, ma può richiedere modifiche o sospendere l'offerta o l'ammissione alla negoziazione qualora ritenga che non siano rispettati i requisiti regolamentari.

Tale procedura non è obbligatoria nelle ipotesi in cui l'offerta sia rivolta solo a investitori qualificati e in cui l'importo dell'offerta non superi determinate soglie.

L'emittente è l'unico responsabile del contenuto del *white paper*, sicché nell'ipotesi di informazioni incomplete e fuorvianti del *white paper*, l'investitore potrà richiedere direttamente all'offerente il relativo risarcimento dei danni (art. 14). Vi è poi una disposizione di chiusura dell'art. 14, il par. 4, secondo cui la disposizione non pregiudica l'ulteriore responsabilità civile secondo le leggi degli Stati membri.

Per gli investitori non professionali è altresì previsto un diritto di recesso, che consente di richiedere, entro 14 giorni dall'acquisto, il relativo rimborso di tutti i pagamenti.

La disciplina degli *Asset-referenced token* e degli *e-money token* è invece più stringente. Come già evidenziato in precedenza, per l'emissione di ART è necessaria un'apposita autorizzazione da parte dell'Autorità di controllo, salvo che il valore medio dei token nei 12 mesi precedenti sia inferiore a 5.000.000 di euro oppure l'offerta sia rivolta solamente a investitori qualificati. Gli emittenti devono essere persone giuridiche stabilite in UE e

rispettare una serie di requisiti organizzativi, tra cui un capitale minimo, nonché regole di governance e di condotta.

Le Banche non devono ottenere l'autorizzazione ma sono tenute a predisporre un *white paper* da notificare all'Autorità almeno 90 giorni prima dell'emissione del token.

Oltre alla disciplina delle riserve sopra richiamata, è previsto un diritto di riscatto in favore degli investitori, che può essere esercitato in qualsiasi momento.

Gli emittenti sono tenuti ad effettuare trimestralmente delle comunicazioni all'Autorità di controllo, in quanto al verificarsi di alcune condizioni, tra cui il superamento di determinati limiti (1 milione di transazioni e 200 milioni all'interno di una valuta unica), è previsto l'obbligo di interrompere l'emissione del token e di predisporre un piano per la riduzione dei volumi che deve essere approvato dall'Autorità di controllo.

Infine, il Regolamento MiCA attribuisce la possibilità di emettere token di moneta elettronica, *stable coin*, esclusivamente alle banche e agli istituti di moneta elettronica (art. 15a).

Anche in tal caso è prevista la redazione di un *white paper* e la notifica all'Autorità di controllo. I fondi ottenuti con l'emissione di tali *token* seguono le regole di vigilanza prudenziale ed almeno il 30% del totale deve essere depositato in conti separati, mentre la parte rimanente potrà essere investita in strumenti a basso rischio ed altamente liquidi. Anche in tal caso deve essere garantito all'investitore il diritto di riscatto.

Per gli ART e gli EMT è previsto, infine, che qualora la diffusione degli stessi raggiunga volumi che potrebbero determinare problematiche in termini di stabilità finanziaria o monetaria, l'EBA, per i poteri di vigilanza attribuiti, potrà valutare eventuali pericoli in termini di liquidità e di disponibilità da parte degli emittenti dei fondi.

L'esame del contenuto del Regolamento MiCA consente di poter affermare che il cliente ha diritto ad una serie di obblighi informativi relativi ai rischi, ai costi e agli oneri legati alle operazioni. Occorre che in concreto tali informazioni, comprese quelle relative alla spiccata volatilità dello strumento, all'eventuale assenza di un *rating* e di un mercato secondario ove scambiare il bene, siano effettivamente fornite al cliente.

Invero, il Regolamento disciplina tutte le fasi di trasparenza, divulgazione, autorizzazione e supervisione delle transazioni, al fine ultimo di garantire l'integrità del mercato e la stabilità finanziaria. L'obiettivo del legislatore europeo è introdurre regole di condotta che contrastino la manipolazione del mercato, il riciclaggio di denaro, il finanziamento del terrorismo e di altre attività criminali.

In tale direzione, infatti, sono previste nel Regolamento apposite misure. In particolare, per contrastare i rischi di riciclaggio di denaro, l'ESMA è tenuta ad istituire un registro pubblico per i fornitori di servizi di *crypto-assets* non conformi che operano nell'UE senza necessaria autorizzazione.

Tali obiettivi si collocano in un pacchetto più ampio sulla finanza digitale, tra cui rientra, senza alcun dubbio, anche il Regolamento riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e determinate cripto-attività "*Transfer of funds*"⁹⁵⁰, di cui è altresì imminente la pubblicazione a seguito dell'approvazione del testo da parte del Parlamento Europeo nella medesima seduta di approvazione del MiCA. Il Regolamento UE sul trasferimento di fondi prevede che i prestatori di servizi di pagamento (PSP) conservino e condividano i dati informativi relativi all'ordinante e al beneficiario, sospendano o rifiutino una transazione quando questi dati sono errati, mancanti o incompleti. Obiettivo primario di tale regolamento è di individuare, prevenire e segnalare il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo (AML).

L'intervento si pone sulla medesima lunghezza d'onda della Raccomandazione n. 16 del 2019 del Gruppo d'azione finanziaria internazionale (GAFI) sui bonifici bancari, che mira a "*garantire che le informazioni di base sull'ordinante e sul beneficiario dei bonifici siano immediatamente disponibili*"⁹⁵¹. Tali informazioni possono essere utilizzate dalle forze dell'ordine, dalle Unità di Informazione Finanziaria (UIF) nelle loro indagini e dalle istituzioni finanziarie (IF) per identificare e segnalare transazioni sospette.

Pertanto, le regole già utilizzate nella finanza tradizionale sono destinate a trovare applicazione anche per i trasferimenti di *crypto-asset*, sicché devono essere rese note - e conosciute da entrambe le parti - le informazioni sulla fonte dell'*asset* e del suo beneficiario ("*KYC*" – *Know Your Customer*)⁹⁵². Tali informazioni devono "viaggiare" con la transazione e devono essere conservate da entrambe le parti. La "*Travel Rule*", quindi, si aggiunge alla procedura KYC, identificando chi invia e chi riceve gli *asset*.

La regolamentazione appena esaminata ha senza alcun dubbio il merito di regolamentare le cripto-attività, mediante l'introduzione di un sistema di regole procedurali e di condotta che hanno l'obiettivo di disciplinare la relativa emissione e la relativa negoziazione,

⁹⁵⁰ Il cui testo è consultabile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL>.

⁹⁵¹ Raccomandazione per i prestatori di servizi in *virtual asset* (*Virtual Asset Service Providers – VASP*).

⁹⁵² Il KYC è un processo di compliance AML utilizzato per identificare e verificare i potenziali clienti, oltre che per monitorare il loro comportamento. Si tratta di un processo interno all'azienda, dispendioso in termini di tempo e di costi, sicché gli operatori hanno adottato un approccio basato sul rischio - *risk-based approach* (RBA) - che lascia una certa flessibilità nel decidere quali misure siano necessarie per minimizzare in modo soddisfacente l'esposizione al rischio stesso

attribuendo altresì alle Autorità poteri di vigilanza, supervisione e controllo. In tal modo si perseguono le finalità di tutela e di stabilità del mercato, in contrasto altresì ai fenomeni di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

La già citata disposizione, art. 14, in tema di responsabilità per le errate, incomplete o fuorvianti informazioni contenute nel *white paper* evidenzia l'attenzione del legislatore verso la correttezza degli obblighi informativi nei confronti del cliente. Tuttavia, ciò non risolve il problema, a più riprese sottolineato nel presente lavoro di ricerca, circa l'effettività e la comprensibilità da parte del soggetto *retail* delle informazioni contenute nel *white paper*, la cui agevole fruibilità e accessibilità, in ogni caso, deve essere garantita a tutti i clienti.

XIV.1. (segue) e degli Nft

Le piattaforme digitali e la diffusione dell'IA artificiale hanno consentito al contempo lo sviluppo dei *non – fungible token*. L'argomento non sarà in questa sede trattato in maniera approfondita e sistematica⁹⁵³, limitandosi a evidenziare la potenziale configurabilità degli NFT come strumento di investimento. Si tratta di uno strumento che si presta ad essere utilizzato in svariati settori, professionali, intrattenimento, gaming, lusso e arte.

Anche tali strumenti sono contenuti in *smart contract* che circolano mediante DLT e blockchain, mediante dei *market place*. Al di là dei profili legati al diritto di proprietà, di licenza d'uso e di proprietà intellettuale⁹⁵⁴, anche gli NFT, al pari delle criptovalute, sono visti dagli utenti come mezzi per guadagnare.

Come già anticipato, nella Proposta di Regolamento, era prevista anche la disciplina degli NFT, ma essa è stata eliminata dal Parlamento Europeo al momento dell'approvazione. La scelta non appare condivisibile, in quanto gli NFT non rientrano nella nozione di strumenti finanziari e, al contempo, essi possano nella prassi essere utilizzati come forme di investimento. Il fenomeno è destinato ad essere disciplinato da ulteriori interventi normativi, a discapito dell'organicità della disciplina.

XV. NATURA E PROFILI DI RESPONSABILITÀ

In attesa di un necessario intervento del legislatore sia nazionale sia unionale, occorre interrogarsi sulla disciplina della responsabilità⁹⁵⁵ del soggetto digitale.

⁹⁵³ Si rinvia per un completo esame a G. NAVA, *I non – fungible token*, in (a cura di) R. GIORDANO et AL., *Il Diritto nell'era digitale*, op. cit., pp. 237ss.; A. GUACERO – G. SANDULLI, *Non-fungible tokens (NFTs)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, 6, p. 824.

⁹⁵⁴ P. CARRIERE, *La “cripto-arte” e i non fungible tokens (NFTs): tentativi di inquadramento giuridico*, in www.dirittobancario.it, 2.8.2021; G. NAVA, op. cit., p. 267; D. FINZER, *The Non-Fungible Toen Bible: Everything You need you know about NFT's*, in www.opensea.io/blog, 10.1.2020;

⁹⁵⁵ A. AMIDEI, *Intelligenza artificiale e responsabilità del prodotto*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale – il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, pp. 125ss.

In termini generali in merito alla responsabilità derivante dall'utilizzo di intelligenza artificiale, i soggetti coinvolti sono sia l'ideatore dell'algoritmo di *machine learning* sia l'utilizzatore o l'incorporante.

In via interpretativa, è stata ipotizzata una "responsabilità da algoritmo"⁹⁵⁶.

Non sembra utile il richiamo all'art. 2050 c.c., in quanto i servizi bancari e finanziari, anche se svolti per il mezzo delle tecnologie, non costituiscono attività pericolose.

Sembra piuttosto doversi affermare la responsabilità diretta dell'utilizzatore, il quale poi può agire nei confronti del produttore dell'algoritmo o del soggetto effettivamente responsabile del fatto illecito. Sarebbe infatti gravoso per comprendere e individuare il fatto colposo o doloso e agire nei confronti del soggetto effettivamente responsabile.

Al momento a livello europeo, la responsabilità civile derivante dall'utilizzo e dalla produzione di *device* intelligenti non è disciplinata. Men che meno è regolamentata la responsabilità dei soggetti bancari e finanziari.

Le istituzioni dell'Ue hanno emanato esclusivamente atti non vincolanti. La Risoluzione del Parlamento europeo del 16.2.2018 «recante raccomandazioni alla Commissione europea per l'adozione di una proposta di direttiva in materia di responsabilità civile e robotica» evidenzia la necessità di un intervento legislativo in materia e invita la Commissione europea a individuare il regime di responsabilità più adatto, offrendo due alternative.

Una prima soluzione è di *strict liability*, ossia di un regime di responsabilità oggettiva, che consente un più facile accesso al risarcimento da parte del soggetto leso. La seconda, invece, mirerebbe a un approccio di responsabilizzazione dei soggetti che possono minimizzare il rischio connesso all'utilizzo dei dispositivi intelligenti. Sul piano probatorio, per il primo modello basterebbe la prova del danno e il rapporto eziologico mentre, nel secondo, la gestione dei rischi richiederebbe di verificare quale sia il soggetto che «è in grado di minimizzare i rischi e affrontare l'impatto negativo».

In ogni caso, quindi, è previsto un alleggerimento dell'onere probatorio.

Il 21 aprile 2021 la Commissione Europea, con il provvedimento COM/2021/206 *final*, ha reso nota una proposta di Regolamento (*Regulation on a European approach for Artificial Intelligence*) sull'AI⁹⁵⁷. La Commissione propone un approccio basato sul

⁹⁵⁶ A. NATALE, op. cit., p. 51.

⁹⁵⁷ G. FINOCCHIARO, *La proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello basato sulla gestione del rischio*, in *Dir. inf.*, n. 2, 2022, pp. 303 ss.; G. RESTA, *Cosa c'è di 'europeo' nella proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale*, in *Dir. inf.*, pp. 323 ss. Per alcune riflessioni precedenti al citato provvedimento si rinvia a U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 6, 1246ss.

rischio che si può suddividere in diversi livelli, in base alle ripercussioni che l'AI potrebbe avere sulla sicurezza delle persone e dei diritti fondamentali⁹⁵⁸.

Sul tema si registra altresì la proposta di Direttiva (UE) relativa all'adeguamento all'intelligenza artificiale delle norme in materia di responsabilità extracontrattuale del 28 settembre 2022, COM(2022) 496 final. L'intento perseguito per il tramite della citata proposta di Direttiva è di riconoscere una responsabilità per i danni cagionati dai sistemi di AI non soltanto nelle ipotesi in cui non siano state date abbastanza informazioni agli utenti sul funzionamento del sistema di AI o in presenza di un difetto del sistema di AI, ma altresì qualora l'algoritmo sia così complesso da non consentire al programmatore di comprendere i motivi delle sue decisioni⁹⁵⁹.

Nei rapporti bancari e finanziari, l'utilizzo di *blockchain* e *smart contract*, come anticipato, rischia di implementare il *gap* informativo – conoscitivo tra cliente e operatore professionale. Lo squilibrio contrattuale sarebbe amplificato, in quanto oltre ai problemi già presenti nella contrattazione tradizionale ed esaminati nel corso dei primi due capitoli, vi sarebbe il concreto rischio di difficoltà di utilizzo e di padronanza degli strumenti informatici⁹⁶⁰.

I possibili approcci di politica legislativa si differenziano in una scelta attendista – assolutamente non condivisibile – e in una interventista più o meno restrittiva.

A prescindere dalla scelta di politica legislativa che sarà effettuata, si ritiene opportuno prevedere una responsabilità diretta del gestore della piattaforma, dell'emittente e dell'utilizzatore nei confronti del cliente.

Al gestore deve essere assicurato il diritto di agire nei confronti del soggetto effettivamente responsabile, quale ad esempio l'ideatore del *software*.

La responsabilità del gestore deve essere configurata sia nelle ipotesi di violazione degli obblighi informativi precontrattuali, sia nelle fattispecie di inadempimento contrattuale. Inoltre, è configurabile la sua responsabilità per ogni difetto di organizzazione e del funzionamento della piattaforma.

⁹⁵⁸ Per un approfondimento v. F. DI GREGORIO, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile: quale paradigma per le nuove tecnologie?*, in *Danno e resp.*, 2022, 1, p. 51.

⁹⁵⁹ In questo senso A. LONGO, *Il robot che rompe paga. Stretta europea sui produttori*, in *la Repubblica*, 2 ottobre 2022, p. 28; G. PROIETTI, *Sistemi di Intelligenza Artificiale e Responsabilità: la proposta di AI Liability Directive*, in *dirittobancario.it*, 6 ottobre 2022.

⁹⁶⁰ Emblematica è l'espressione di M. DUROVIC – F. LECH, *The Enforceability of Smart Contracts*, in *Italian Law Journal*, 2019, 2, pp. 509ss, secondo cui *prima facie* gli smart contract assumono connotati "antidemocratici", attagliandosi maggiormente ai rapporti "business to business".

XVI. SINTESI FINALE DEI RISULTATI RAGGIUNTI

Il lavoro di ricerca ha dimostrato che la tutela del cliente nei suoi rapporti con la banca è strettamente connessa al contesto sociale ed economico in cui è inserita.

Si è dimostrato che l'attenzione del legislatore ad una puntuale e diretta tutela del cliente risale all'ultimo decennio del secolo scorso. Il legislatore, specialmente su sollecitazione sovranazionale, ha introdotto una serie di disposizioni fondate sui principi di trasparenza e degli obblighi informativi, al fine di riequilibrare il fisiologico rapporto asimmetrico sussistente tra le parti.

Tali rimedi non sono però risolutivi. Numerose sono state le crisi del settore che hanno causato una perdita di fiducia dei clienti verso i sistemi tradizionali.

Il lavoro di ricerca ha messo in luce attraverso l'esame di alcune disposizioni e l'indagine della *ratio* dei vari interventi legislativi, le gravi lacune e contraddizioni della normativa di settore. Inoltre, si è evidenziata un'eccessiva proliferazione legislativa non accompagnata da un adeguato coordinamento tra le disposizioni e da una visione sistematica.

Occorre, quindi, inquadrare il rapporto nei termini fiduciari e procedimentalizzare l'operato dei soggetti professionali, al fine di tutelare il risparmio e l'integrità del mercato (art. 47 Cost. e 21 T.u.f.).

In tal guisa, un ruolo decisivo può essere assunto dalla responsabilità civile, nella sua chiave polifunzionale. Alcune disposizioni proprie dell'esperienza bancaria e finanziaria assolvono, infatti, a funzioni di deterrenza e sanzionatorie, proprio al fine di conformare il comportamento del soggetto professionale.

La perdita della fiducia verso i sistemi tradizionali e lo sviluppo dell'intelligenza artificiale hanno alimentato la diffusione del fenomeno Fintech, anche nel settore bancario e finanziario, imponendo un ripensamento degli istituti giuridici già esistenti. Decentralizzazione e disintermediazione sono due delle caratteristiche principali del fenomeno. La regolamentazione sull'argomento è esigua, così come la letteratura, la quale si è soffermata in particolar modo sulla qualificazione giuridica delle varie fattispecie.

Il compito dell'interprete è di incoraggiare il passaggio tecnologico e digitale, ma in maniera prudente e accurata. La tutela del cliente e dell'investitore deve assumere centralità nelle riflessioni della dottrina e negli interventi del legislatore.

Il lavoro di ricerca ha tentato di individuare le disposizioni del T.u.b., del T.u.f., del codice del consumo e del codice civile che possono essere applicate ai nuovi servizi del Fintech, caratterizzati da una derubricazione e da una despecializzazione delle discipline.

Si ritiene quanto mai urgente una regolamentazione puntuale e sistematica del legislatore. Al momento, si assiste ad una serie di interventi, non coordinati e non completi, da parte dei vari soggetti coinvolti, sia in senso orizzontale, sia in senso verticale. Un simile *modus operandi* non è condivisibile, in quanto genera confusione, lacune e contraddizioni, alcune delle quali sono state messe in luce nei capitoli II e III.

È necessario procedere ad una raccolta sistematica del materiale già presente e all'introduzione di specifiche tutele per i clienti.

I contratti digitali, al pari di quelli bancari e finanziari, sono caratterizzati dalla circostanza per cui un soggetto predispone lo schema negoziale, a cui il cliente può esclusivamente aderirvi o meno. Il contratto non è il risultato di trattative tra le parti. Pertanto, la disciplina di tutela del cliente, non per forza qualificabile come consumatore, può essere trasversale ai rapporti conclusi dal cliente non solo con i soggetti professionali tradizionali, ma anche e soprattutto con gli operatori digitali.

In assenza dell'intervento legislativo, l'interprete è tenuto a garantire la tutela del cliente attraverso la riconduzione delle nuove fattispecie agli istituti tradizionali tra cui, *in primis*, alle disposizioni contenute nel codice civile.

BIBLIOGRAFIA

AL MUREDEN E., *L'apertura delle Sezioni Unite ai punitive damages tra limiti del diritto interno e nuove prospettive di armonizzazione*, in *Giur. Comm.* 2018, 6, p. 995.

ALBANESE L., *Credito in valuta estera: sindacato di vessatorietà e incidenza del rischio di cambio*, in *Resp. Civ. prev.*, 2020, 3, pp. 760ss.

ALPA G., *La "trasparenza" del contratto nel settore bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur. it.*, 1992, IV, p. 10.

ALPA G., *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Corr. Giur.*, 1993, p. 639ss.

ALPA G. – CAPRIGLIONE F., *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, Padova, Cedam, 1998

ALPA G., *La trasparenza delle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore*, in Associazione per lo sviluppo degli studi di borsa e Univ. Cattolica del sacro cuore, Quaderno n. 210, raccolta dell'intervento tenuto a Perugia, il 19.3.2004.

ALPA G., *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma – Bari, 2006.

ALPA G. – GAGGERO P., *Art. 123. Pubblicità*, in (a cura di) F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, III, Torino, 2018, pp. 123ss

ALPA G., *Fintech: un laboratorio per i giuristi*, in *Contr. Impr.*, 2019, 2, pp. 377ss.

AMATO C., *La "computerizzazione" del contratto (Smart, data oriented, computable self-driving contracts. Una panoramica)*, in *Europa e Diritto Privato*, 2020, 4, p. 1259.

AMBROSINI S. – DEMARCHI P.G., *Banche, consumatori e tutela del risparmio*, Milano, 2009.

ANNUNZIATA F., *Il recepimento di MiFID II: uno sguardo di insieme tra continuità e discontinuità*, in *Rivista delle Società*, 2018, 4, p. 1100.

ANNUNZIATA F., *Distributed Ledger Technology e mercato finanziario: dalle prime posizioni ESMA alle ultime proposte*, in M.T. PARACAMPO (a cura di), *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi digitali*, Torino, 2019, p. 332.

ANNUNZIATA F., *La disciplina delle trading venues nell'era delle rivoluzioni tecnologiche: dalle criptovalute alla distributed ledger technology*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2018, 3, pp. 8 ss.

ANNUNZIATA F., *Verso una disciplina europea delle cripto-attività. Riflessioni a margine della recente proposta della Commissione UE*, in *Diritto Bancario*, ottobre, 2020.

ARANGUENA G. – JEGERSON D., *I pagamenti elettronici dal baratto ai portafogli digitali*, Firenze, 2016.

ARIOLLI G., *La tutela del risparmio*, in *Quadri di sintesi della giurisprudenza costituzionale*, 2008.

ARNER D.W.– CASTELLANO G. – SELGA E.K., *The datafication of finance, the rise of open banking and the end of the data centralization paradigm*, in *Financial data governance*, February, 2022

ASTONE M., *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 1, 1ss

AZZARI F., *Ricodificazione del diritto dei contratti: il ruolo della parte generale e l'influenza delle discipline di settore*, in *Contr. impr.*, 2019, 2, p. 571.

BACCAGLIA L., *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, in *Riv. dir. bancario*, 2023, 1, 57ss.

BAGNI F., *La gestione del rapporto banca-cliente: un'analisi (anche) empirica del contenzioso bancario fra modalità di gestione e competenze*, in *Judicium*, Settembre, 2019.

BAKER T., *Transforming Punishment into Compensation: In the Shadow of Punitive Damages*, in *Wis. L. Rev.*, 1998, pp. 211 – 212.

BANI E., V. DE STASIO V. e SCIARRONE ALIBRANDI A., *L'attuazione della seconda direttiva sui servizi di pagamento e "open banking"*, Bergamo, 2021.

BARBA NAVARETTI G., CALZOLARI G., POZZOLO A.F., *Banche e Fintech. Amici o nemici?*, in FIMMANÒ F. – FALCONE G. (a cura di), *Fintech*, 2019, PP. 25ss.

BARBAGALLO C., *Fintech: ruolo dell'autorità di vigilanza in un mercato che cambia*, in www.bancaditalia.it, 2019.

BARENGHI A., *Note sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, 2, pp. 377ss.

BARCELLONA E., *Note sui derivati creditizi: market failure regulation failure?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, 6, p. 652.

BARONCELLI S., *Art. 47 voce*, in *Commentario alla Costituzione*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), Padova, I, 2006.

BATTELLI E., *Epistemologia dei beni immateriali: inquadramento sistematico e spunti critici*, in *Giust. Civ.*, 2022, 1, p. 49.

BENATTI F., *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, 2, pp. 679 ss.

BENATTI F., *Benvenuti danni punitivi ... o forse no!*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2017, 5, p. 575.

BENEDETTI A.M., *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 3, pp. 411ss.

BERTI C., *La figura del consumatore e la sua soggettività giuridica*, in *Resp. Civ. prev.*, 2018, 5, p. 1684.

BIANCA C.M., *Diritto civile, 5, La responsabilità*, Milano, 2012, II, p. 140.

BIANCA M., *Le politiche di remunerazione ed incentivazione nella prestazione dei servizi di investimento (dopo il completamento della MiFID II)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, 3, pp. 342ss.

BIFERALI G., *Il credito ai consumatori*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Padova, 2018, pp. 1839 ss.

BOCCHINI R., *Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di un inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, in *Dir. informazione e inf.*, 2017, 1, p. 28.

BONFANTI, *La stipulazione dei contratti bancari via e-mail. A proposito dell'art. 4 del decreto liquidità*, in *diritto.bancario.it*, 7.5.2020.

BORK R., *Coercing virtue: The worldwide Rule of Judge*, 2002, trad. it., R. BORK, *Il giudice sovrano*, in (a cura di) S. SILEONI, Macerata, 2004.

BRANZOLI N., SUPINO I., *Fintech Credit: A critical review of the empirical literature*, in *Occasional Paper*, n. 459. Banca d'Italia, Marzo, 2020.

BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, Bologna, 2012, pp. 81ss

BRUNO S., *La raccolta del risparmio mediante emissione di cripto-attività: le initial coin offerings*, in G. CASSANO, F. DI CIOMMO, M. RUBINO DE RITIS (a cura di), *Banche, intermediari e fintech. Nuovi strumenti digitali in ambito finanziario*, Milano, 2020, p. 61.

BUONOCORE V., *La direttiva comunitaria del 5 aprile 1993 sulle "clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori" e la disciplina della trasparenza nelle operazioni*

di intermediazione finanziaria (leasing, factoring e credito al consumo), in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, 4, pp. 449ss.

BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000.

BUONOCORE V., *Contratto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2007, 4, p. 379.

BUSCH D., *Product Governance and Product Intervention under MiFID II/MiFIR*, in D. BUSCH - G. FERRARINI, (eds.), *Regulation of the EU Financial Markets. MiFID II and MiFIR*, Oxford, 2017, pp. 123ss.

BUSCH D., *MiFID II: Stricter conduct of business rules for investment firms*, in *Capital Markets Law Journal*, 2017, 3, pp. 340 ss.

BUSNELLI F.D., *Deterrenza, responsabilità civile. Fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 4, pp. 909 ss.

CALABRESI G., *The Complexity of Torts - The Case of Punitive Damages*, M. S. MADDEN (edited by), *Exploring Tort Law*, Cambridge, Cup, 2005, p. 333

CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici*, Firenze, 1959.

CALONI A., *Bitcoin: profili civilistici e tutela dell'investitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1, pp. 168ss

CALONI A., *Deposito di criptoattività presso una piattaforma exchange: disciplina e attività riservate*, in *Giur. comm.*, 2020, I, pp. 1073ss.

CAMEDDA A., *L'«abbinamento» di polizze assicurative ai contratti di credito: il sottile confine tra facoltà ed obbligo*, in *Resp. Civ. prev.*, 2022, 3, pp. 782ss.

CAMPAGNA M.F., *Criptovalute e obbligazioni pecuniarie*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1, pp. 183ss.

CAMPOBASSO G.F., *Testo Unico della Finanza*, Commentario in 3 volumi, Torino, 2002.

CAMPOBASSO G.F., *Servizi bancari e tutela del contraente debole: l'esperienza italiana*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, 5, pp. 568-569.

CAPOBIANCO E. (cur.), *I contratti bancari*, in *Trattato Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2016.

CAPOBIANCO E., *I contratti bancari*, Milano, 2021.

CAPOBIANCO E., *Profili generali della contrattazione bancaria*, in ID. (a cura di), *I contratti bancari*, Milano, 2021, pp. 5ss.

CAPRIGLIONE F., *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, 2015.

CAPRIGLIONE F. ET AL., Milano, Padova, 2018, IV.

CARATELLI M. ET AL., *Valore della consulenza finanziaria e roboadvice nella percezione degli investitori. Evidenze da un'analisi qualitativa*, in *Quaderno FinTech*, 2019, 6.

CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, rist. Camerino-Napoli, 1998.

CARRIERO R., *Nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee d'indirizzo, questioni irrisolte problemi applicativi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 2, pp. 509 ss.

CASTRONOVO C., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, c.d. danno esistenziale*, in *Europa e diritto privato*, 2008, 2, pp. 315 ss.

CASTRONOVO C., *Responsabilità civile*, Milano, 2018.

CATALANO R., *L'adempimento dell'obbligazione con monete elettroniche e virtuali*, in G. CASSANO, F. DI CIOMMO, M. RUBINO DE RITIS (a cura di), *Banche, intermediari e fintech*, Milano, 2020, pp. 362ss.

CATENACCI M. – FORNASARO C., *PSD2: i prestatori di servizi di informazione sui conti (AISPS)*, in *Dir. Bancario*, Aprile, 2018.

CATERINI E. – MURGOLO G., *La trasparenza bancaria*, in E. CAPOBIANCO (a cura di) *Contratti bancari*, Milano, pp. 145ss.

CIVALE F., *La trasparenza bancaria. Rapporto banca – cliente e forme di tutela*, in P. CENDON (a cura di), collana *Il Diritto privato oggi*, Milano, 2013.

CENDON P., *Persone fragili, diritti civili*, in *Nuova giur. civ.*, 2021, 1, p. 167.

CHIRONI M., *Illegittima segnalazione alla centrale rischi tra polifunzionalità della responsabilità civile e sanzioni punitive*, in *Resp. Civ. prev.* 2019, 6, pp. 1963ss.

CHIRONI M., *Le garanzie bancarie*, in G. CRICENTI – F. GRECO (a cura di), *Il nuovo diritto bancario*, Milano, 2020, pp. 652ss.

CHIRONI M., *Obblighi informativi e riparto dell'onere probatorio: il punto di partenza per la tutela del risparmio e per l'integrità del mercato*, in *Resp. Civ. prev.*, 2020, 3, pp. 918ss.

CHIRONI M., *Il formalismo nei contratti bancari*, in F. GRECO (a cura di), *Manuale di diritto del risparmio*, Brescia-Lecce, 2021, II, pp. 25ss.

CHIRONI M., *L'accesso alla documentazione bancaria quale diritto soggettivo*, in A.M. SERAFIN – G. CRICENTI (a cura di), *Dei danni bagatellari*, Milano, 2021, pp. 237ss.

CHERTI S.– FOLLIERI L., VERDI C., *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori* – in F. PIRAINO - S. CHERTI (a cura di), *I contratti bancari*, Torino, pp. 197ss.

CIAN M., *La dematerializzazione degli strumenti finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, 1, pp. 241 ss.

CINQUE A., *Gli smart contract nell'ambito del FinTech e dell'IsurTech*, in *Jus civile*, 2021, 1, p. 188.

CIRAOLO F., "*Open Banking, Open Problems*". *Aspetti controversi del nuovo modello dei "sistemi bancari aperti"*, in *Riv. dir. bancario*, 2020, 4, pp. 611ss.

CLARICH M., *La disciplina del settore bancario in Italia: dalla legge bancaria del 1936 all'Unione bancaria europea*, in *Giur. Comm.*, 2019, 1, p. 32.

COLOMBO C., *Gli interessi nei contratti bancari*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, Milano, 2021, pp. 460ss.

CONSULICH F., MAUGERI M., MILIA C., POLI T.N., TROVATORE G., *Ai e abusi di mercato: le leggi della robotica si applicano alle operazioni finanziarie?* in *Quaderni Consob*, 29 maggio 2023.

CORRIAS P., *Le aree di interferenza delle attività bancaria e assicurativa tra tutela dell'utente e esigenze di armonizzazione del mercato finanziario*, in *Giust. Civ.*, 2015, 3, pp. 617ss.

CORRIAS P., *Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle polizze linked: la riproposizione di un tema*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, 4, pp. 46ss.

CORRIAS P., *Le polizze collegate ai mutui: spunti di riflessione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, 1, pp. 135ss

CORTESE F.– SARTORI F., *Finanza derivata, mercati e investitori*, Pisa, 2010.

COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Bologna, IV ed., 2007.

CUCCURU P., *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1, pp. 107ss.

DAVOLA A., *Distributed Ledger Technology, blockchain e mercati finanziari*, in G. CASSANO, F. DI CIOMMO, M. RUBINO DE RITIS (a cura di), *Banche, intermediari e fintech. Nuovi strumenti digitali in ambito finanziario*, Milano, 2020, p. 61.

DAVOLA A., *Algoritmi decisionali e trasparenza bancaria*, Torino, 2020.

DE CRISTOFARO G., *Verso la riforma della disciplina del credito al consumo*, in *Contratti*, 2009, 12, p. 1151.

DE LEO F., *Le polizze assicurative Unit e Index linked: la controversa natura giuridica e i riflessi applicati*, in F. GRECO (a cura di), *Manuale di diritto del risparmio*, Brescia – Lecce, pp. 443ss.

DE LUCA N., LUNCIANO FURNARI S., GENTILE A., *Il Crowdfunding*, in G. CASSANO, F. DI CIOMMO, M. RUBINO DE RITIS (a cura di), *Banche, intermediari e fintech. Nuovi strumenti digitali in ambito finanziario*, Milano, 2020, p. 61.

DE NOVA G., *The alien contract*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 1, p. 487

DE NOVA G., *La nuova trasparenza bancaria: le principali discontinuità*, in *Riv. Dir. priv.*, 2015, 3, pp. 327-334.

DE POLI M., *Le regole di comportamento dei “creditori” nella direttiva 2008/48/CE in materia di credito al consumo*, in *Riv. banca e mercato fin*, 2009, 1, pp. 33ss.

DE POLI M., *Contrattazione bancaria e “dorsale informativa”*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, 2, p. 378ss

DE POLI M., *I Contratti delle banche nel diritto comunitario e internazionale*, in (a cura di) E. CAPOBIANCO, *I Contratti Bancari*, Milano, 2021, pp. 61ss.

DE STASIO V., *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, Milano, 2016.

DE STASIO V., *Le monete virtuali: natura giuridica e disciplina dei prestatori di servizi connessi*, in AA. VV. (a cura di) M. CIAN – C. SANDEI, *Diritto del Fintech*, Padova, 2020, pp. 240ss.

DE STASIO V., *Prestazione di servizi di portafoglio digitali relativi alla valuta virtuale “Nanocoin” e qualificazione del rapporto tra prestatore e utente*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, 3, pp. 385ss.

DE STASIO V., *Riparto di responsabilità e restituzioni nei pagamenti non autorizzati*, in M.C. PAGLIETTI, M. I. VANGELISTI (a cura di), *Innovazione e regole nei pagamenti digitali. Il bilanciamento degli interessi nella PSD2*, Milano, 2020.

DI CIOMMO F., *La conclusione e l’esecuzione automatizzata dei contratti (smart contract)*, in G. CASSANO, F. DI CIOMMO, M. RUBINO DE RITIS (a cura di), *Banche, intermediari e fintech. Nuovi strumenti digitali in ambito finanziario*, Milano, 2020, 85.

DI GREGORIO F., *Intelligenza artificiale e responsabilità civile: quale paradigma per le nuove tecnologie?*, in *Danno e resp.*, 2022, 1, p. 51.

DI MAJO A., *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, I, p. 294.

DI MAJO A., *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010.

DI MAJO A., *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 2017, 8-9, pp. 1792 ss.

DI PIETROPAOLO M., *Ambito e fondamento del diritto alla documentazione bancaria (art. 119 T.u.b.)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, 2, pp. 750ss

DI RAIMO R., *Autonomie e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003.

DI RAIMO R., *Fisiologia e patologie della finanza derivata. Qualificazione giuridica e profili di sistema*, in F. CORTESE – F. SARTORI, *Finanza derivata, mercati e investitori*, Pisa, 2010, pp. 33ss.

DI RAIMO R., *Ufficio di diritto privato, natura del potere dispositivo e fondamento variabile dell'iniziativa negoziale*, in S. CICCARIELLO – A. GORASSINI – R. TOMMASINI (a cura di), *I Maestri del Diritto Civile. Salvatore Pugliatti*, Napoli, 2016.

DI RAIMO R., *Ufficio di diritto privato e carattere delle parti professionali quali criteri ordinanti delle negoziazioni bancaria e finanziaria (e assicurativa)*, in *Gius. Civ.*, 2020, 2, p. 320.

DOLMETTA A.A., *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla l. n. 154/1992*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1992, 1, p. 386.

DOLMETTA A.A., *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013.

DOLMETTA A.A. –MALVAGNA U., *Vicinanza della prova in materia di contenzioso bancario. Spunti (Il saldo zero)*, in *Riv. dir. banc.*, 2014, 15, p. 7.

DOLMETTA A.A., *Efficienza del mercato e «favor naturalis» per le imprese bancarie*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 5, pp. 1237ss.

DOLMETTA A.A., *Operazioni bancarie e sopravvenienze legislative*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, Milano, 2021, pp. 865ss.

DONTHU N. - KUMAR S. – MUKHERJEE D. – PANDEY N. – Lim W., *How to conduct a bibliometric analysis: An overview and guidelines*, in *Journal of Business Research*, 2021, 133, 285-296.

ERZEGOVESI L., *I prodotti derivati nei mercati finanziari*, in F. CORTESE – F. SARTORI (a cura di), *Finanza derivata, mercati e investitori*, Pisa, 2010, pp. 13ss.

FALCONE G., *Tre idee intorno al c.d. "Fintech"*, in *Riv. dir. bancario*, 2018, 2, p. 353.

FALCONE G., *Il cloud computing e le attività finanziarie: aspetti di governance e profili contrattuali alla luce degli orientamenti delle autorità di vigilanza*, in M.T. PARACAMPO (a cura di), *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Torino, 2021, pp. 95ss.

FALCONE G., *Contratti bancari e fintech*, in (a cura di) E. CAPOBIANCO, *Contratti bancari*, Milano, 2021, pp. 616ss.

FARO S. – PERUGINELLI G., *La dottrina giuridica e la sua diffusione*, Torino, 2017, pp. 229-310.

FERRO – LUZZI P. – CASTALDI G., *La nuova legge bancaria*, Milano, 1995.

FRANZONI M., *La compensatio lucri cum damno secondo il Consiglio di Stato*, in *Danno resp.*, 2018, 2, pp. 163 ss.

FUSARO A., *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, in *Nuova, giur. civ. comm.*, 2020, 6, p. 1344.

GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

GAMBACORTA L., HUANG Y., QIU H., WANG J., *How do machine learning and non-traditional data effect credit scoring? New evidence from Chinese fintech firm*, in *BIS Working Papers*, n. 834, Dicembre, 2019

GAMBINO A., *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Rist. Napoli, Esi, 2015.

GARACI I., *Il dieselgate. Riflessioni sul private e public enforcement nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette.*, in *Riv. Di Diritto industriale*, 2018, 2, p.61.

GARFIELD E., *Is citation analysis a legitimate evaluation tool?.* in *Scientometrics*, 1979, 1(4), pp. 359-375.

GATTI S., *Polifunzionalità della responsabilità civile e scostamenti dal danno effettivo: un primo bilancio a tre anni dalle Sezioni Unite sui cc.dd. danni punitivi*, in *Juscivile*, 2021, 1, pp. 156ss.

GAUR A. – KUMAR M., *A systematic approach to conducting review studies: An assessment of content analysis in 25 years of IB research*, in *Journal of World Business*, 2018, 53(2), pp. 280-289.

GENOVESE A. – FALCE V., *La portabilità dei dati in ambito finanziario*, in *Quaderni Fintech*, Consob, Aprile, 2021.

GENTILI A., *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. privato*, 2010, p. 37ss.

GINEVRA E., *La fiducia: il fenomeno e le tipologie. Fiducia romanistica, germanistica, anglosassone*, in AA.VV., *La fiducia e i rapporti fiduciari. Tra diritto privato e regole del mercato finanziario*, Milano, 2012.

GINEVRA E., *Efficienza del mercato e nuova intermediazione*, Torino, 2019.

GINEVRA E., *Il problema della responsabilità fiduciaria degli intermediari finanziari*, in ID. (a cura di) *Efficienza del mercato e nuova intermediazione*, Torino, 2019, pp. 99ss.

GIORGIANNI F. – TARDIVO C.M., *Manuale di diritto bancario*, Milano, 2005.

GIORGIANNI M., *Forma degli atti*, in *Enc. Dir.*, XVII, 1968, pp. 988ss

GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, Milano, 1968.

GIULIANO M., *Le risorse digitali nel paradigma dell'art. 810 cod. civile ai tempi della "blockchain". Parte seconda*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2021, 5, pp. 1214ss.

GOLDBERG C.P., SEBOK A.J., ZIPURSKY B.C., *Responsibilities and Redress*, in *Aspen Law & Business; Har/Cdr edition*, New York, 2004.

GORGONI M., *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino, 2005.

GORGONI M., *Sui contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al capo II Titolo VI TUB, novellato dal Titolo I del D. Lgs. 141 del 2010*, in *Giur. mer.*, 2011, 2, p. 328.

GORGONI M., *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, in *Resp. Civ. prev.*, 2011, 4, pp. 755ss..

GORGONI M., *Contratto di credito al consumatore*, in *Dig. Disc. Priv., sez. comm.*, Aggiornamento *****, Torino, 2012, pp. 225ss.

GORGONI M., *I contratti di credito ai consumatori*, in G. CRICENTI – F. GRECO (a cura di) *Il nuovo diritto bancario*, Milano, 2020, pp. 535ss.

GRECO F., *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005.

GRECO F., *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, in *Quaderni di Banca, borsa e tit. cred.*, Milano, 2010.

GRECO F., *Obbligazioni Cirio e la violazione dell'obbligo di informazione: un ulteriore tassello sul tavolo della roulette della giurisprudenza*, in *Resp. Civ. prev.*, 2010, 2, pp. 428 ss.

GRECO F., *Il «quid novi» dell'informazione al risparmiatore nell'attenta valutazione della Corte di cassazione*, in *Resp. Civ. prev.*, 6, pp. 1856ss.

GRECO F., *L'onere/obbligo informativo: dalla formazione paternalistica all'information overload(ing)* in *Resp. Civ. prev.*, 2017, 2, pp. 398 ss.

GRECO F., *L'esercizio selettivo della nullità tra protezione dell'investitore e sfruttamento opportunistico della normativa di tutela*, in *Resp. civ. prev.*, 1, 2019, pp. 151-162.

GRECO F. – LECCI M., *La trasparenza bancaria, tra regole di disclosure, product governance, consumer behaviour e digitalizzazione del mercato*, Pisa, 2020.

GRECO F. – CRICENTI G., *Il nuovo diritto bancario*, Milano, 2020.

GRECO F., *Gli smart contract nel settore bancario e finanziario*, in (a cura di) R. GIORDANO E AL., *Il diritto nell'era digitale*, Milano, 2022, pp. 189ss.

GRISI G., *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990.

GRONDONA M., *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e punitive damages*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 10, pp. 1392ss

GRONDONA M., *L'auspicabile 'via libera' ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti giudiziari)* in *Dir. Civ. Cont.*, 31 luglio 2016.

GUARINO G. – TONIOLO G., *La Banca d'Italia e il sistema bancario 1919 – 1936*, in *Collana Storia della Banca d'Italia*, Roma – Bari, 1993.

GUIZZI G., *Attualità e prospettive nel sistema della tutela del risparmio*, in *Corr. Giur.*, 2016, 6, p. 746.

HOWELL S.T., NIESSNER M., YERMACK D., *Initial Coin Offerings: Financing growth with cryptocurrency token sales*, in *NBER Working Paper*, n. 24774, June, 2018.

INCUTTI E.M., «Home banking»: *profili di sicurezza e responsabilità nei sistemi di autenticazione forte*, in *giustiziacivile.com*, 2019, 9, p. 16.

INZITARI B., *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, 1, p. 137.

INZITARI B., *BRRD, bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d. lgs. 180/2015)*, in *Riv. dir. bancario*, 2016, 1, p. 55ss.

IRTI N., *Idola libertatis, tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985.

IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 2, 1986, pp. 25ss.

IRTI N., *Del falso principio delle libertà delle forme*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Studi in onore di Giorgianni* (449ss.), Napoli, 1998.

JANSENN A.U., PATTI F., *Demistificare gli smart contracts*, in *Oss. Dir. civ. comm.*, 2020, 1, pp. 33ss.

LANDINI S., *Art. 1923 c.c. e polizze index e unit linked*, in *Riv. giur. sarda*, 2011, 394ss.

LENER R., *Dalla formazione alla forma dei contratti sui valori mobiliari (prime note sul formalismo negoziale)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1990, 1, p. 781.

LENER R., *Trasparenza delle condizioni contrattuali e modelli di tutela del cliente nel Testo Unico del credito*, in G. ALPA – M. BESSONE (a cura di), *Giur. sist. Dir. civ. e comm., I contatti in generale II*, Torino, 1999, p. 1166.

LENER R., *La digitalizzazione della consulenza finanziaria. I robo advise e le regole della MiFID*, in *FCHUB*, 2018, 6, pp. 1ss.

LIACE G., *I contratti bancari*, Padova, 2002.

LIACE G., *La nozione di chiarezza nel diritto bancario e dei mercati finanziari*, in *Giur. comm.*, 2017, 6, pp. 967ss

LIACE G., *Robo advisor e finanza comportamentale*, in (a cura di) F. FIMMANÒ – G. FALCONE, *Fintech*, Napoli, 2019, pp. 195.

LIPARI N., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, pp. 34ss.

LIPARI N., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, pp. 27ss.

LIPARI N., *Il diritto civile tra passato e futuro*, in *Riv. Trim. di dir. e proc. Civ.*, 2021, 2, pp. 317ss.

MACCHIA L., *Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*, in G. CRICENTI – F. GRECO (a cura di), *Il nuovo diritto bancario*, Giuffrè, 2020, pp. 219ss.

MACCHIAVELLO E., *La problematica regolazione del lending-based crowdfunding in Italia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, 1, p. 67.

MAFFEIS D., *Forme informative, cura dell'interesse ed organizzazione dell'attività nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 6, pp. 575 ss.

MAFFEIS D., *Le stagioni dell'orrore in Europa: da Frankenstein ai derivati*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2012, 3, p. 280.

MAFFEIS D., *Alea razionale nei contratti di finanziamento: l'ordinanza di rimessione 8603 del 2022 sui derivati come clausole*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, 4, pp. 441ss.

MARINAI E.– PERUGINELLI G., *La banca dati DoGi e la condivisione dei dati giuridici: nuovi orizzonti*, in O. BONORA e AL. (a cura di), *Ecosistemi per la ricerca Atti Convegno ACNP/NILDE. Trieste, 22-23 maggio 2014*, Trieste, 2015, pp. 57-74.

MARIOTTI P., MASINI P., CAMINITI R., *Profili giuridici ed assicurativi dopo la sent. 16601/2017 delle SS.UU. della Corte di Cassazione*, Bologna, 2018.

MAGGIOLO M., *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1, p. 115.

MALVAGNA U., *Clausola di «riaddebito» e servizi di pagamento*, Milano, 2018.

MANCINI A., *La tutela del risparmiatore nel mercato finanziario tra culpa in contrahendo e vizi del consenso*, in *Rass. Dir. civ.*, 2007, 1, p. 69.

MANCINI R., *L'intelligenza artificiale nel credit scoring finanziario ed assicurativo*, in (a cura di) U. RUFFOLO, *XXVI lezioni di diritto nell'intelligenza artificiale*, Torino, 2021, p. 706

MATTASSOGLIO F., *La valutazione del merito creditizio e l'innovazione tecnologica*, in M.T. PARACAMPO, *Fintech, Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi digitali*, Torino, 2019, pp.197ss.

MATTEI U., *Il nuovo diritto europeo dei contratti, tra efficienza ed eguaglianza. Regole dispositive, inderogabili e coercitive*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1999, pp. 611ss.

MATTEI U., *I rimedi, La parte generale del diritto civile, 2*, in *Il diritto soggettivo*, a cura di G. ALPA - M. GRAZIADEI - A. GUARNERI - U. MATTEI - P.G. MONATERI - R. SACCO, Torino, 2001.

MAUGERI M., *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impianto sistematico della Direttiva 2005/29/CE*, in (a cura di) A. GENOVESE, Padova, 2008, p. 272ss

MAUGERI M., *Smart Contracts e disciplina dei contratti*, Bologna, 2021.

MAZZAMUTO S., *I contratti bancari: un'introduzione*, in F- PIRAINO - S. CHERTI (a cura di), *I contratti bancari*, Torino, 2016, pp. XIIIss.

MCKENDRICK E., *Punitive damages in contract law: text, cases and materials*, Oxford, 2008.

MECATTI I., *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, in M. MANCINI, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *Commento all'art. 114-sexies*, Torino, p. 404.

MESSINEO F., *Caratteri giuridici comuni, concetto e classificazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1960, I, p. 321.

MESSORE A., *I servizi di pagamento dopo le innovazioni della PSD 2*, in in G. CASSANO, F. Di CIOMMO, M. RUBINO DE RITIS (a cura di), *Banche, intermediari e fintech. Nuovi strumenti digitali in ambito finanziario*, Milano, 2020 pp. 439ss.

MINERVINI E., *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, 1, p. 98.

MIOTTO M. – SPERANZIN I., *I pagamenti elettronici*, in M. CIAN – U. SANDEI (a cura di), *Diritto del Fintech*, Milano, 2020, pp. 163ss.

MIRONE A., *Le “fonti” private del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, 3, pp. 264ss.

MIRONE A., *Sistema e sottosistemi nella nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, 1, pp. 377 ss.

MIRONE A., *La «rilevanza del tempo» nella disciplina dei rapporti bancari di durata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, pp. 442ss

MOLLE G. – DESIDERIO L., *Manuale di diritto bancario e dell’intermediazione finanziaria*, Milano, 2005.

MONATERI P.G., *I danni punitivi al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2017, 9, pp. 2648 ss.

MONTANARI A., *Del «risarcimento punitivo» ovvero dell’ossimoro*, in *Eur. Dir. priv.*, 2019, 2, pp. 377 ss.

MUCCIARONE G., *La trasparenza bancaria*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato dei contratti*, V, Mercati regolati, Milano, 2014, 663 ss.

NAKAMOTO S., *Bitcoin: A Peer-to Peer Electronic Cash System*, in www.bitcoin.org, 2008.

NASSETTI F.C., *Le clausole di indicizzazione nei finanziamenti e nei leasing*, in *Giur. comm.*, 2016, 3 pp. 352ss.

NATALE A., *Intelligenza artificiale e fintech: profili di responsabilità*, in (a cura di) ID., *Fintech*, Milano, 2022, pp. 39.

NATALE M., *Il diritto del cliente alla consegna della documentazione bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, 6, pp. 889ss.

- NAVA G., *I non – fungible token*, in R. GIORDANO ET AL. (a cura di), *Il Diritto nell'era digitale*, Milano, 2022, pp. 237ss.
- NAZZARO A.C., *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, p. 294
- NERVI A., *Il conto corrente bancario*, in F. GRECO - G. CRICENTI (a cura di), *Il nuovo diritto bancario*, Milano, 2020, pp. 359 ss.
- NERVI A., *Informazione e contratto in ambito bancario e finanziario. Un itinerario ancora in fieri nell'esperienza italiana*, in *Riv. dir. bancario*, 2022, 2, pp. 289ss.
- NIGRO A., *Presente e futuro della trasparenza bancaria: spunti di riflessione*, in *Diritto, Banca, merc. Fin.*, 2018, 3, pp. 351-364.
- NIGRO M., *Profili pubblicitari del credito*, Giuffrè, 1969.
- NUCCIO M.R., *Merito creditizio e tutela del consumatore*, Napoli, 2020.
- ONZA M., *La “trasparenza” dei “servizi di pagamento” in Italia (un itinerario conoscitivo)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, 1, pp. 578ss
- ORIANI R., *Opportunità e rischi per l'industria finanziaria nell'era digitale*, in .CASSANO, F. DI CIOMMO, M. RUBINO DE RITIS (a cura di), *Banche, intermediari e fintech. Nuovi strumenti digitali in ambito finanziario*, Milano, 2020 pp. 5ss.
- PAGLIANTINI S., *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. Dir. Annali*, V, Milano, 2012, pp. 1280 ss.
- PAGLIANTINI S., *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. Dir., Ann.*, Milano 2012, pp. 772ss
- PAGLIANTINI S., *Mutuo fondiario solutorio e l'ambaradan delle categorie civilistiche*, in *Corriere giur.*, 2016, 7, pp. 952ss.
- PAGLIANTINI S., *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l'interpretazione autentica della Corte di Giustizia*, in *Contratti*, 2017, 1, p. 15 ss.
- PAGLIANTINI S., *Forma e modalità di un'informazione materializzata? Le SS.UU. ed un'interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.u.f.*, in *Contr.*, 2018, 1, pp. 143ss.
- PALAZZO A. – RUFFOLO U., *La tutela del navigatore in internet*, Milano, 2002.
- PALAZZO M., *Blockchain e cripto-attività*, in R. GIORDANO - A. POLICE – S. PREZIOSI – M. PROTO (a cura di), *Il Diritto dell'era digitale, Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, 2022, p. 212.
- PALMIERI A. – PARDOLESI R., *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, *Foro it.*, 2017, 1, pp. 2630 ss.

- PALMIERI N.W., *Finanza strutturata e fiducia tradita, I gatti e le volpi*, Padova, 2007.
- PANCALLO A.M., *Le criptovalute*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, pp. 591ss.
- PARACAMPO M.T., *Robo-advisor, consulenza finanziaria e profili regolamentari*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, 4, p. 256.
- PARACAMPO M.T., *FinTech e il mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, in ID. (a cura di), *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Torino, 2019, pp. 3-4.
- PARDOLESI R., *Danni punitivi: frustrazione da “vorrei ma non posso”?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 5, pp. 341 ss.
- PARDOLESI R., *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no*, in *Corr. giur.*, 2012, 8-9, pp. 1070 ss.;
- PARDOLESI R. – DAVOLA A., *Smart contract: lusinghe ed equivoci dell’innovazione purchessia*, in *Il Foro Italiano*, 2019, 3, p. 197.
- PASSARETTA M., *“Bitcoin”: il “leading case” italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, 4, pp. 471ss.
- PASSARETTA M., *Valute virtuali: prodotti e strumenti finanziari*, in G. CASSANO, F. DI CIOMMO, M. RUBINO DE RITIS (a cura di), *Banche, intermediari e fintech. Nuovi strumenti digitali in ambito finanziario*, Milano, 2020, pp. 401ss.
- PATTI F., *L’educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contratto e impresa*, 2015, 6, pp. 1423ss.
- PELLECCHIA E., *L’obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla “contrattazione con l’insolvente”*, in *Nuova giur. comm.*, 2014, 5, p. 1112.
- PELLECCHIA E., *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, 1, pp. 206ss.
- PELLECCHIA E., *Le fonti del diritto bancario e finanziario*, in G. CRICENTI – F. GRECO (a cura di), *Il nuovo diritto bancario*, Milano, 2020, p. 1ss.
- PERLINGIERI G., *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell’art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003.

PERLINGIERI P., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. Dir. civ.*, 1980, 95ss.

PERLINGIERI P., *Forma e formalismo interpreti*, in ID. (a cura di), *Pubblicazioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino*, Napoli, 1986, pp. 145 ss.

PERLINGIERI P., *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 2, pp. 327 ss.

PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. Dir. civ.*, 2001, 2, pp. 334ss.

PERRAZZELLI A., *Le iniziative regolamentari per il fintech; a che punto siamo?*, in www.bancaditalia.it, 2021.

PERRONE A., *Gli obblighi di informazione nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, 1, pp. 372ss..

PERRONE, *La responsabilità degli intermediari*, in *Banca impr. soc.*, 2008, 3, p. 401.

PERRONE A., MUSITELLI M., *La giurisprudenza milanese sul “risparmio tradito”:* un'analisi quantitativa, in *Giur. comm.*, 2014, 1, p. 158.

PERRONE A., *Il diritto dei mercati dei capitali*, Milano, 2018.

PERRONE A., *Oltre la trasparenza. Product Governance e product intervention e le “nuove” regole di comportamento*, in E. GINEVRA (a cura di), *Efficienza del mercato e nuova intermediazione*, Torino, 2019, pp.75ss.

PICCININI V., *Regole di comportamento degli intermediari autorizzati*, in S. AMBROSINI – P.G. DEMARCHI (a cura di), *Banche, consumatori e tutela del risparmio*, Milano, p. 107.

PIRAINO F. – CHERTI S. (a cura di), *I contratti bancari*, Torino, 2016.

PIRAS E., *Polizze “index linked” collegate ad obbligazioni Lehman Brothers*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, 2, pp. 73ss.

PITRUZZELLA G., *Fintech e i nuovi scenari competitivi nel settore finanziario-credizio e assicurativo*, in G. FINOCCHIARO, V. FALCE (a cura di), *Fintech: diritti, concorrenza, regole*, Bologna, 2019, pp. 1ss

PONZANELLI G., *Danni punitivi: no, grazie*, in *Foro.it.*, 2007, 5, I, p. 1461.

POLA M., *La disintermediazione nei finanziamenti: il crowdfunding*, in A. NATALE (a cura di), *L'informazione come bene giuridico*, pp. 263ss..

- POLIDORI S., *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016.
- POLINSKY M. – SHAVELL S., *Punitive damages: an economic analysis*, in 111 *Harv. L. Rev.*, 1998, pp. 951 ss.
- PONZANELLI G., *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 2, p. 25.
- PONZANELLI G., *Danni punitivi? No grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, 1461.
- PONZANELLI G., *Novità per i danni esemplari?*, in *Contr. e impr.*, 2015, 6, p. 1195ss.
- PONZANELLI G., *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Danno resp.*, 2017, 4, pp. 435 ss.
- PORTA V., *Obiettivi e strumenti della PSD2*, in F. MAIMERI – M. MANCINI (a cura di), *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD 2, criptovalute e rivoluzione digitale*, in *Quad. Ric. Giur. della Banca d'Italia*, n. 87, settembre 2019, pp. 34ss.
- PORTONERA G., *Punitive damages, cosiddetti danni punitivi e risarcimento. Un approccio comparatistico allo statuto della responsabilità civile*, in *Eur. Dir. priv.*, 2021, 4, pp. 708ss.
- PORZIO M., *Testo unico bancario: commentario*, Milano, 2010.
- POTENZA G., *La digitalizzazione dei servizi finanziari: gli scenari competitivi*, in A. NATALE, Milano, 2022, p., 5.
- PROTO M., *Questioni in tema di intelligenza artificiale e disciplina del mercato*, in (a cura di) R. GIORDANO - A. POLICE – S. PREZIOSI – M. PROTO, *Il Diritto dell'era digitale, Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, 2022, pp. 175ss.
- PUCELLA R., *Causalità di fatto e causalità giuridica*, in U. CARNEVALI (a cura di), *Commentario del codice civile, dei fatti illeciti. Art. 2043 – art. 96 c.p.c.*, Torino, 2011, pp. 405ss.
- PUCELLA R., *Tutela della persona e sistema tabellare*, in *Riv. resp. Med.*, 2017, 2, p.193
- PURPURA L., *L'evoluzione "fiduciaria" dei doveri di comportamento dell'intermediario nella prestazione dei servizi di investimento alla clientela al dettaglio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, 1, p. 222
- QUARTA F., *Assicurazione e costo totale del credito, Rilevanza della payment protection insurance nel computo del TAEG*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, 1, pp- 17ss.
- QUINTAIS J.P., BODÒ B., GIANNOPOULOU A., FERRARI V., *Blockchain and the Law: A Critical Evaluation*, in *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*, 2019, 2, p. 1

RAZZANTE R., *La «trasparenza bancaria» entra nell'ordinamento*, in *Le società*, 2014, 1, pp. 37ss.

RESCIGNO P., *Trasparenza bancaria e diritto comune dei contratti in Banca, Borsa, tit. cred.*, 1990, I, p. 301.

RIET L., *Blockchain-Based Smart Contracts for beginners*, in *Riv. di Diritto del Risparmio*, 2020, 2, p. 1ss.

RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

ROPPO V., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. Giur.*, 2009, 2, pp. 279-280.

ROPPO V., *L'utenza dei servizi di pagamento: Consumatori? Professionisti? Clienti?*, in M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, O. TROIANO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, pp. 292ss.

ROPPO V., *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 3, pp. 19ss

ROPPO V., *Una parte generale, o due parti generali?*, in *Pactum*, 2022, 2, pp. 173ss.

RORDORF R., *La tutela del risparmiatore: norme nuove, problemi vecchi*, in *Le società*, 2008, 3, pp. 269ss..

RUFFOLO U., *Le responsabilità della produzione e gestione di intelligenza artificiale self learning*, in (a cura di) ID., *XXVI lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, Torino, 121.

RUSSO T.V., *Credito immobiliare ai consumatori*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, Milano, 2021, pp.1899ss.

SALANITRO N., *Prodotti finanziari assicurativi collegati ad obbligazioni Lehman Brothers*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, 1, pp. 491ss.

SALANITRO N., *Obblighi informativi e oneri probatori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 4, p. 417.

SALANITRO U., *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle Sezioni Unite*, in *NGCC*, 2008, 4, I, p. 445ss.

SALANITRO U., *Dal rigetto dell'usura sopravvenuta all'affermazione del principio di simmetria: la strategia delle Sezioni Unite*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, 6, p. 666.

SALANITRO U., *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 6, 1246ss.

SALANITRO U., *Rischio contrattuale*, in voce *Enc. del diritto I tematici Contratto*, Milano, 2021, 1050.

SANTANGELO A., *Art. 118 – Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali*, in (a cura di) F. CAPRIGLIONE *Commentario T.u.b.*, t. III, (artt. 98-126), Padova, 2012, pp. 1711ss

SANTONI G., *I costi organizzativi ed economici delle discipline di trasparenza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, 5, pp. 719 ss.;

SANTORO V. - SCIARRONE ALIBRANDI A., *La nuova disciplina dei servizi di pagamento dopo il recepimento della direttiva 2007/64/CE (D. Lgs. 27 gennaio 2010, n.11)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, 1, pp. 377ss

SANTORO V., *I servizi di pagamento*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, Milano, 2021, pp. 2131ss.

SARTORI F., *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, 2004.

SARTORI F., *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa: tecniche normative, tutele e prospettive Mifid*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 1, pp. 25ss.

SARTORI F., *Deviazioni del bancario e dissociazione dei formanti: a proposito del diritto al credito*, in *Giust. Civ. Trimestrale*, 2015, 3, p. 569ss

SARTORI F., *La consulenza finanziaria automatizzata: problematiche e prospettive*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 2018, 3, p. 269.

SASSMANNSHAUSEN S.P. – VOLKMANN C., *The scientometrics of social entrepreneurship and its establishment as an academic field*, in *Journal of Small Business Management*, 2018, 56(2), pp. 251- 273

SCHLUETER L., *Punitive Damages* 6, II, New Providence (NJ), LexisNexis, 2010, p. 31

SCIARRONE ALIBRANDI, *Le regole contrattuali*, in M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, O. TROIANO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, (a cura di) *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 95.

SCIARRONE ALIBRANDI A., *Contratti bancari: nozioni e fonti*, in *Tratt. Roppo*, V, *Mercati regolati*, Milano, 2014, pp. 639ss.

SCIARRONE ALIBRANDI A., *Il diritto del sistema finanziario*, in M. CIAN, (a cura di), *Diritto commerciale*, vol. II, Torino, 2014, pp. 786ss.

SCIARRONE ALIBRANDI A., *Il tempo e il denaro. Riflessioni di un giurista*, in U. MORERA – M. DE POLI (a cura di), *La rilevanza del tempo nel diritto bancario e finanziario*, Torino, 2017, pp. 4ss.

SCIARRONE ALIBRANDI A. – MALVAGNA U., *Collocamento dei titoli bancari e “responsabilità” del sistema*, in E. GINEVRA (a cura di), *Efficienza del mercato e nuova intermediazione*, Torino, 2019, pp. 85ss.

SCIARRONE ALIBRANDI A., *Lending marketplace e piattaforme digitali*, in A.A., *Marketplace lending. Verso nuove forme di intermediazione finanziaria?*, in Quaderni fintech Consob, 2019, p.11.

SCIPIONE L., *Le distorsioni strutturali dei credit default swap e il rischio di controparte. Ripercussioni sulla stabilità dei mercati e spunti per una revisione normativa*, in *Dir. banca e mercato fin.*, 2016, 1, pp. 279 ss.

SCIUTO M., *Il costo dell'informazione bancaria*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2011, 4, pp. 599 ss.

SCODITTI E., *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Il Foro Italiano*, 2006, 1, p. 1107.

SCODITTI E., *Patologie, responsabilità e rimedi nella contrattazione bancaria*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, 2021, pp. 897ss.

SCODITTI E., *Perché non possiamo rinunciare alla parte sui contratti in generale nel codice civile*, in *Il Foro Italiano*, 2022, 5, pp. 106ss

SCOGNAMIGLIO C., *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2016, 7, pp. 920ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Le Sezioni Unite e la compensatio lucri cum damno: un altro tassello nella costruzione del sistema della responsabilità civile e delle sue funzioni*, in *NGCM*, , 2018, 10, pp.1492.

SCOTTI A., *I codici di condotta tra mercato, impresa e contratto*, Milano, 2019.

SEMERARO M., *Rischio d'impresa bancaria e discipline recenti*, in *Giust. Civ.*, 2016, 4, pp. 851ss.

SEMERARO M. – TUCCI A., *Il credito ai consumatori*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), Milano, 2021, pp. 1823ss

SHARKEY C.M., *Punitive damages as societal damages*, in 113 *Yale Law Journal*, 2003, 347

SICA S. – SABATINO B.M., *Disintermediazione finanziaria e tutela del cliente e dell'utilizzatore*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2021, 1, 1ss.

SIRENA P., *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Milano, 2011.

SIRENA P. (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo: commentario alla Direttiva 2014/17/UE*, in *Fondazione Italiana del Notariato*, 2015, 1, pp. 1ss.

SIRENA P. – FARACE D., *I contratti bancari del consumatore*, in E. CAPOBIANCO (a cura di) *I Contratti bancari*, Milano, 2021, pp. 270ss.

STELLA M., *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, in *Giur. it.*, 2022, 2126

STELLA RICHTER G., *Dei contratti in generale*, Milano, 2016.

TAROLLI R., *I derivati o.t.c. tra funzione di copertura e problemi di asimmetria*, in (a cura di) F. CORTESE – F. SARTORI, *Finanza derivata, mercati e investitori*, Pisa, 2010, pp. 111ss.

THAKOR A.V., *Fintech and banking: What do we know*, in *Journal of Financial Intermediation*, 2020, 41..

TINA A., *Contratti di finanziamento personale e copertura assicurativa*, in *Giur. comm.*, 2018, 5, pp. 789ss

TRIMARCHI P., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

TRIMARCHI P., *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p.108

TROIANO O., *La disciplina uniforme dei servizi di pagamento: aspetti critici e risposte ricostruttive*, in M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, O. TROIANO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, (a cura di) *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 38.

URBANI A., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in (a cura di) F. CAPRIGLIONE, Padova, 2018, Quarta Edizione, Tomo Terzo, p. 19.

VALENTINO D., *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999.

VALZER A., *La disciplina del credito ai consumatori per l'acquisto di immobili residenziali. Un approccio critico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, 6, pp. 894ss

VAN ECK N.J. – WALTMAN L., *Appropriate similarity measures for author co-citation analysis*, in *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, 2008, 59(10), pp. 1653-1661.

VAN ECK N.J. – WALTMAN L., *How to normalize cooccurrence data? An analysis of some well-known similarity measures*, in *Journal of the American society for information science and technology*, 2009, 60(8), pp. 1635-1651.

VISCO I., *Anni difficili*, Bologna 2018.

VITERBO F.G., *Le clausole vessatorie*, in *I Contratti bancari* (a cura di) E. CAPOBIANCO, *I contratti bancari*, Milano, 2021, 376ss.

WALTMAN L. – VAN ECK, N. J., - NOYONS E.C., *A unified approach to mapping and clustering of bibliometric networks*, in *Journal of Informetrics*, 2010, 4(4), pp. 629-635.

WATT G., *Trust and equity*, Oxford, 2016.

ZOPPINI A., *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, 1, pp. 26 ss.

ZOPPINI A., *Gli effetti della sentenza Lexitor nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, 1, p.1ss

ZURLO A., *L'autonomia degli oneri informativi rispetto all'adeguatezza della singola operazione*, in *Resp. Civ. prev.*, 2019, 4, p. 1199.

Indice delle pronunce

Giurisprudenza di legittimità

S.U. Cass. civ. 6.4.2023, n. 9479

S.U. Cass. civ. 23.2.2023, n. 5657

Cass. civ. 16.3.2022, n. 8603

Cass. civ. 1.2.2022, n. 2989

Cass. civ. 13.9.2021, n. 24641

Cass. civ., 31.8.2021, n. 23655

Cass. civ. 28.5.2021, n. 13646

Cass. civ. 12.12.2019, n. 32478

Cass. civ. 24.5.2019, n. 14231

Cass. civ., 2.5.2019, n. 11543

Cass. civ. 8.2.2019, n. 3875

Cass. civ. 28.11.2018, n. 30822

Cass. civ. 16.11.2018, n. 29607

Cass. civ. 22.5.2018, nn. 12564, 12565, 12566 e 12567

Cass. civ. 28.2.2018, n. 4727

Cass. civ., 16.2.2018, n. 3914
Cass. civ. 19.10.2017, n. 24675
Cass. civ. 5.7.2017, n. 16601
Cass. civ. 16.5.2016, n. 9978
Cass. civ., 26.1.2016, n. 1376
Cass. civ. 19.1.2016, n. 810
Cass. civ., 26.10.2015, n. 21711
Cass. civ. 15.4.2015, n. 7613
Cass. civ. 11.4.2014, n. 8598
Cass. civ. 5.2.2013, n. 2736
Cass. civ. 17.2.2009, n. 3773
Cass. civ., 19.1.2007, n. 1183
Cass. civ. 29.9.2005, n. 19024
Cass. civ. 19.10.1999, n. 11773
Cass. civ., 16.12.1998, n. 6856
Cass. civ., 22.5.1997, n. 4598

Giurisprudenza UE e amministrativa

Corte Giust. UE 17.5.2022, C- 693/19, C-831/19, C-600/19, C-869/19
Corte Giust. UE 3.3.2020, C-125/18
Corte di Giust. UE, 19.9.2019, C-290/19
Corte di Giust. UE, 11.9.2019, C-383/18
Corte di Giust. UE, 20.9.2018, C-448/17.
Corte Giust. UE, 19,11,2015, C-74/15
Cons. Stato Ad Plen. 23 febbraio 2018, n. 1
Cons. Stato, sez. V, 14.4.2020, n. 2414
Tar Roma, sez. I, 2.4.2019, n. 4295, in Foro amm., 2019, p. 626

Giurisprudenza di merito

Trib. Taranto 23.6.2022, n. 1769
Trib. Roma 15.2.2022
Trib. di Pisa 7.12.2021
Trib. L'Aquila 16.6.2021, n. 423
Trib. Lecce 27.7.2021
Trib. L'Aquila 16.6.2021, n. 423

Trib. Siena 7.6.2021
Trib. Taranto 12.4.2021, n. 864
Trib. Milano 3.4.2021
Trib. Bologna 5.3.2021, n. 498
Trib. Napoli 12.2.2021
Trib. Catania 31.1.2021
Trib. Torino 21.1.2021
Trib. Torino 4.12.2020, n. 4345
Trib. di Torino 21.9.2020, n.3213
Trib. Catania 5.3.2020, n. 899
Trib. Bari 26.2.2020, n. 845
App. Torino 28.1.2020
Trib. Bari 7.10.2020
Trib. Salerno 5.2.2020, n. 505
Trib. Roma 23.9.2019, n. 17990
App. Palermo 10.6.2019, n. 1175,
Trib. Roma 27.5.2019
App. Palermo, 26.3.2019.
Trib. Napoli. 31.1.2019
Trib. Firenze, 21.1.2019
Trib. Torino 14.11.2018, n. 5233
App. Brescia 30.10.2018
Trib. Brescia 25.7.2018
Trib. Verona 21.6.2018, n. 1743
Trib. Taranto, 4.6.2018
Trib. Torino, 18.1.2018
Trib. Roma 3.1.2018, n. 121
Trib. Verona 25.3.2017
Trib. Verona, 21.3.2017
Trib. Verona 24.1.2017, n. 175
Trib. Milano 26.10.2017, n. 10832
Trib. Lecce, 16.12.2009, n. 407.

Decisioni ABF e ACF

ABF, Coll. di Bari 15.12.2021 n. 25276
ABF, Coll. di Coordinamento 11.10.2021 n. 21285
ABF, Coll. di Coordinamento, 22.6.2021 n. 15404
ABF, Coll. di Napoli, 12.05.2021 n. 12261
ABF, Coll. di Roma n. 22.1.2020 n. 1045
ABF, Coll. di Roma n. 28.2.2020 n. 3274
ABF Coll. Coord. 11.12.2019 n. 26525.
ABF, Coll. di Coordinamento 6.11.2019 n. 24366
ABF, Coll. di Roma 10.1.2019 n. 3009
ABF, Coll. di Milano 28.12.2018 n. 27627
ABF, Coll. di Milano 8.8.2018 n. 16904.
ABF, Coll. di Coordinamento 26.7.2018 n. 16291
ABF Coll. di Coordinamento, 8.6.2018 n. 1283
ABF, Coll. di Coordinamento 12.9.2017 nn. 10617, 10620, 10621
ACF, 7.7.2017, n. 13
ACF, 7.7.2017, n. 12.