

La formazione del contratto bancario: i “requisiti organizzativi” tra protezione dei “soggetti deboli” ed efficienza del mercato creditizio

- Simone Cicchinelli -

Dottorando di ricerca in Diritto ed economia dell’impresa
Università Roma La Sapienza

*"Chi non applica nuovi rimedi
si deve attendere nuovi mali:
perché il tempo è il più
grande innovatore"*

Francis Bacon

Sommario: 1. Premessa. 2. I contratti bancari e la disciplina in tema di trasparenza bancaria. 2.1. Le disposizioni di vigilanza: il Provvedimento pubblicato dalla Banca d’Italia. 2.2. Il tema dei requisiti organizzativi. 2.2.1. I requisiti organizzativi nel Provvedimento della Banca d’Italia. 2.2.2. Contratto bancario e attività bancaria. 2.2.3. I “requisiti organizzativi” nella contrattazione bancaria tra protezione dei “soggetti deboli” ed efficienza del mercato creditizio. 3. Conclusioni.

1. Premessa. Il tema in oggetto, attesi i recenti sviluppi della legislazione primaria e degli interventi regolamentari delle c.d. Autorità indipendenti, appare di cruciale importanza nello studio del rapporto banca – cliente.

Nell’analisi dell’impresa, intesa come organizzazione economica obiettivamente considerata¹ e tesa a soddisfare le esigenze del mercato, e dei suoi rapporti contrattuali occorre tenere necessariamente conto delle oggettive esigenze manifestate dallo svolgimento dell’attività imprenditoriale da essa svolta. I singoli rapporti contrattuali “pur nella loro autonomia formale, non sono economicamente che elementi di un’attività complessa e duratura: l’attività imprenditrice”².

Nell’analisi delle peculiarità sottese alla contrattazione di impresa è sempre stata avvertita dalla autorevole letteratura che si è occupata del tema la centralità della tutela del consumatore. L’affannosa ricerca della protezione del c.d. “soggetto debole”, dalla fase di formazione del contratto fino alla disciplina dei rimedi concessi ai consumatori per reagire ai soprusi dell’imprenditore, è stata condotta muovendo dalla centralità del “contratto” e dalla disciplina codicistica concretamente applicabile.

In particolare, per quanto riguarda la formazione del contratto bancario non sembrano potersi rintracciare norme peculiari che derogino alle disposizioni codicistiche, con ciò venendo enfatizzata – specialmente nelle pronunce giurisprudenziali – l’elemento della volontà a contrarre, intesa come contenuto indefettibile del negozio concluso tra la banca e il cliente. La protezione della parte debole del rapporto si concretizzerebbe: (i) nella decisione, una volta ricevuta gratuitamente copia del contratto, di non sottoscrivere la proposta contrattuale avanzata dalla banca; (ii) nell’affidamento ad un comportamento del

¹ L’espressione è di B. LIBONATI, *Corso di diritto commerciale*, op. cit.

² G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, (a cura di) C. ANGELICI – G.B. FERRI, Utet, Torino, 2011.

contraente forte che deve essere improntato a buona fede ex. art. 1337 c.c.; (iii) nella disciplina di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c.³.

Tuttavia, avuto particolare riguardo ai servizi bancari e finanziari, “l’attività <contrattuale> dell’impresa si identifica di fatto con l’attività tecnica mediante la quale essa <produce> i propri servizi”⁴ con ciò dovendosi prescindere dagli elementi tipicamente individualistici della fattispecie contrattuale considerata nella contrattazione tra privati. La natura oggettiva dei rapporti afferenti alla contrattazione bancaria si avverte con maggiore enfasi nella formazione degli stessi rapporti.

Nelle considerazioni della dottrina recente e meno recente, la subordinazione dell’efficacia del contratto alla mera conoscibilità delle condizioni generali da parte del contraente debole, l’approvazione scritta di determinate previsioni contrattuali, la prevalenza delle clausole aggiunte su quelle già predisposte nel modulo o formulario, l’interpretazione favorevole all’altro contraente delle clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o nei moduli o formulari dal proponente (cfr. l’art. 1370 c.c.) e l’invalidità delle clausole eccessivamente onerose (cfr. ad. es. l’art. 36 del codice del consumo) sono previsioni normative che mirano a rendere edotto del contenuto degli impegni assunti il consumatore dei servizi offerti dall’imprenditore.

Nella fase della formazione del contratto, la disciplina sopra elencata risente – inevitabilmente – del binomio proposta/accettazione, in quanto espressione del mitico incontro delle volontà contrattuali. Il legislatore del 1942, avvertendo la congerie di interessi sottesa alla contrattazione di impresa, nel prevedere la disciplina di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c. ha voluto dare una risposta alle esigenze di “chi”, in ragione dell’attività svolta, contratta con una serie indeterminata di soggetti.

Nell’analisi delle regole che tutelano la parte debole del rapporto reputo, però, che i ragionamenti della giurisprudenza teorica e pratica risentano eccessivamente della prospettiva “soggettiva” del rapporto banca – cliente, senza porre nella giusta luce le caratteristiche “oggettive” dell’attività bancaria⁵.

Per provare a tratteggiare una ricostruzione diversa che tuteli effettivamente il consumatore reputo opportuno muovere da premesse diverse. La presenza dell’impresa caratterizza certamente il rapporto contrattuale, specialmente nella fase della sua formazione; ciò, in considerazione del fatto che l’accordo si conclude non tanto per il già citato “incontro delle volontà”, bensì per il contatto tra due completamente differenti

³ Sul punto vedi *infra*.

⁴ C. ANGELICI, *La contrattazione d’impresa*, in AA.VV., *L’impresa*, Quaderni romani di diritto commerciale, Milano, 1985.

⁵ Non è possibile dar conto di tutte le pronunce che si sono stratificate nel corso di questi ultimi anni in tema di contratti bancari ed, in particolare, per quanto attiene al problema della formazione del rapporto contrattuale. Solo per una panoramica generale delle sentenze che si sono di recente soffermate sul problema in oggetto rinvio a: Tribunale di Mantova 13.3.2006; con riferimento alla disciplina del contratto di intermediazione finanziaria si rinvia a Tribunale Mondovì 9.11.2010 e Tribunale di Torino 5.1.2010; Altre sentenze sui contratti bancari significative per il tema dell’accordo contrattuale: Trib. Isernia 21.10.2009; Trib. Genova 14.12.2005; Cass. n. 3158/1994 e Cass. n. 2581/1990.

modalità dell'agire privato: (i) da un lato l'attività, intesa come sequenza funzionale di atti tra loro strettamente connessi, (ii) dall'altro il singolo contratto che si inserisce nella stessa attività. Giova ricordare che una spia normativa di tale aspetto si rinviene nell'art. 1327 c.c. il quale, in deroga al binomio proposta/accettazione, disciplina l'ipotesi della esecuzione del contratto prima che intervenga la risposta dell'accettante.

L'opportunità di prescindere dagli atteggiamenti soggettivi del contraente debole è avvalorata dal disposto di cui all'art. 1341 c.c. – in tema di condizioni generali di contratto – che sostituisce con tutta evidenza il requisito della <volontà> con quello della <conoscibilità>. Quest'ultima, è stato notato, non rappresenta tanto “un atteggiamento soggettivo dell'aderente [alle condizioni generali], quanto un requisito oggettivo concernente il modo in cui le condizioni generali vengono predisposte”⁶: si tratta, allora, di porsi nella prospettiva di “chi” predispone siffatte condizioni e delle modalità con cui ciò avviene.

La tutela del contraente debole, specialmente nella fase di formazione dell'accordo contrattuale, deve essere ricercata – principalmente – nel rapporto tra la situazione giuridica soggettiva del consumatore e le modalità con cui vengono predisposte le condizioni generali di un certo prodotto o servizio bancario. Quest'ultime rappresenterebbero il punto di contatto tra le due susposte differenti modalità dell'agire privato: l'atto e l'attività⁷.

Ciò premesso, nella contrattazione bancaria il punto di vista privilegiato attraverso il quale affrontare tale tema è quello dei requisiti organizzativi previsti dal Capo IX del Provvedimento pubblicato dalla Banca d'Italia in data 29.7.2008 sulla trasparenza bancaria e sulla loro idoneità a proteggere i soggetti deboli dalle (eventuali) scorrettezze contrattuali perpetrate dalle banche. Specificamente mi riferisco a quelle disposizioni che

⁶ C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, Quaderni romani di diritto commerciale, Milano, 1985.

⁷ La letteratura che si è dedicata al tema ha, però, posto attenzione *sic et simpliciter* al “contenuto” delle condizioni generali di contratto, senza porre nella giusta luce l'“attività” attraverso la quale le stesse condizioni vengono predisposte dall'imprenditore. Sul punto, è stato attentamente osservato, che la menzionata “attività” si pone “su un piano diverso da quello tipicamente individualistico dell'autonomia negoziale, e si pone [...] come uno degli aspetti [...] dell'autonomia di impresa”; con ciò potendo, allora, sostenere che le condizioni generali devono essere intese “come una sorta di punto di incontro tra l'attività, quale programmata dall'imprenditore, ed i singoli rapporti contrattuali mediante i quali concretamente si svolge”. Sul punto C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, Quaderni romani di diritto commerciale, Milano, 1985. L'A., in tema di condizioni generali di contratto, rimarca giustamente la circostanza per la quale la predisposizione di quest'ultime consente l'esercizio di un vero e proprio controllo (sia a livello amministrativo che giudiziario) nei confronti dell'attività imprenditoriale concretamente svolta dall'imprenditore. In altri termini, tale controllo determina “l'apposizione di limiti all'autonomia dell'imprenditore ed al suo potere di organizzare la propria attività”. Proprio la disciplina delle c.d. clausole vessatorie (oggi trasfusa nel Codice del consumo) legittima la ricostruzione prospettata, dal momento che in presenza di queste ultime l'imprenditore dovrà – necessariamente- “ricercare” l'approvazione scritta da parte del cliente, riemergendo quel tradizionale meccanismo dell' “incontro di volontà” positivamente fissato dall'art. 1326 c.c. La stessa prospettiva appare in certa misura avvalorata dalla regola interpretativa di cui all'art. 1368 c.c. per la quale “nei contratti in cui una delle parti è un imprenditore, le clausole ambigue s'interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui è la sede dell'impresa”: secondo l'Autore, con tale disposizione, viene rimarcato il carattere unitario dell'attività imprenditoriale e, in definitiva, dei singoli contratti che all'attività imprenditoriale ineriscono.

gli intermediari bancari devono rispettare sia in sede di strutturazione del prodotto sia in relazione al suo successivo collocamento presso la clientela.

Nella *ratio* della disciplina regolamentare, che si pone a complemento della normativa primaria prevista in argomento dal d. lgs. 385/1993 (c.d. "t.u.b.") agli artt. 115 s.s., appare predominante, anche sulla base delle considerazioni svolte dalla letteratura maggioritaria, l'intento di "proteggere" il ceto dei consumatori dei servizi bancari.

Ciò nonostante, ad una attenta analisi, l'imposizione di requisiti organizzativi tende non solo alla protezione dei "soggetti deboli", ma anche all'efficienza e alla stabilità del mercato (del credito). In altri termini ritengo di fondamentale importanza, nell'economia degli oramai conflittuali rapporti banca – cliente, approfondire da un lato questo apparente contrasto tra interessi che si concretizzano nella: (i) protezione dei "soggetti deboli" che usufruiscono dei servizi bancari e acquistano i relativi prodotti; (ii) garanzia dell'efficienza e della stabilità del mercato del credito attesa la disciplina dettata nel t.u.b. sulla vigilanza bancaria; dall'altro capire come la composizione di tali interessi incida sulla stessa contrattazione bancaria.

In altri e più chiari termini occorre prendere critica consapevolezza del fatto che nella formazione dell'accordo tra la banca e il cliente, la presenza del momento "organizzativo" (della c.d. "procedimentalizzazione dell'agire" delle funzioni aziendali a vario titolo coinvolte), sia nella fase di strutturazione del prodotto che in quella inerente il suo collocamento presso la clientela, legittima una ricostruzione del sistema dei contratti bancari che necessariamente incide sia sulla protezione dei "soggetti deboli" sia sull'efficienza del mercato creditizio.

2. I contratti bancari e la disciplina in tema di trasparenza bancaria.

La normativa in tema di trasparenza bancaria è dettata, a livello di legislazione primaria, dagli artt. 115 e seguenti del t.u.b.

Tradizionalmente, l'impostazione della letteratura maggioritaria che ha affrontato l'analisi delle disposizioni tese ad amministrare l'assetto negoziale concordato tra il "contraente forte" (evidentemente: la banca) e quello "debole" (il cliente), ha ravvisato nell'esigenza di "individuare correttivi idonei ad evitare o mitigare le conseguenze negative"⁸ cui possono condurre situazioni di disparità sostanziale tra i predetti contraenti, la *ratio* dell'intera normativa inerente il rapporto banca – cliente. Il termine "trasparenza" starebbe a precisare l'intento del legislatore di evitare che da un lato il cliente si trovi vincolato a condizioni a sé sfavorevoli e non pienamente comprese, dall'altro il contraente forte predisponga e imponga alla clientela un testo contrattuale particolarmente oscuro nelle sue previsioni giuridiche ed economiche.

La risposta alla summenzionata esigenza ha trovato risposta dapprima nell'intervento del legislatore comunitario il quale, oltre ad essere intervenuto con direttive settoriali afferenti (anche) al mercato bancario, ha emanato la nota direttiva 93/13 riguardante tutti i contratti

⁸ A. NERVI, *La trasparenza bancaria*, in (a cura di) A. URBANI, *L'attività delle banche*, Cedam, Padova, 2010.

sottoscritti dai consumatori. Il legislatore interno, sulla scorta dei predetti interventi comunitari, è intervenuto al fine di adeguare il nostro ordinamento alle direttive comunitarie via via intervenute: la trasparenza dei contratti bancari è stata – pertanto – regolata dalla legge 154 del 1992. Entrato in vigore il testo unico bancario la summenzionata legge è stata trasfusa negli articoli 115 e seguenti. Per completare il quadro normativo, è opportuno rammentare che l'intera disciplina è stata, di recente, novellata dagli interventi normativi per la tutela del risparmio e della concorrenza⁹. Le linee sistematiche generali che si stanno cercando di delineare per la contrattazione bancaria, trovano un puntuale riscontro in alcune disposizioni previste nel t.u.b. in tema di trasparenza bancaria, che si pongono come tutelanti il c.d. "contraente debole"¹⁰.

2.1. Le disposizioni di vigilanza: il Provvedimento pubblicato dalla Banca d'Italia.

La Banca d'Italia è intervenuta sulla materia in esame con la pubblicazione del Provvedimento pubblicato in data 29.7.2009 a seguito di un procedimento di consultazione pubblica iniziato nel marzo 2009, il quale è intitolato "*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*".

Il contenuto delle novità che sono inserite nel predetto Provvedimento non può essere ora sviscerato: preme, invece, avanzare qualche considerazione di carattere generale inerente al problema trattato nel presente lavoro. In questi anni di profonda crisi dei mercati bancari e finanziari, nazionali ed internazionali, gli interventi regolamentari proposti dalle c.d. Autorità indipendenti continuano a mirare ad un incremento del livello di trasparenza dei comportamenti delle banche nei confronti dei clienti: la principale modalità con cui sarebbe possibile determinare tale incremento viene individuata nell'aumento – quantitativo e qualitativo – delle informazioni sul mercato fornite alla clientela.

Tuttavia, il Provvedimento in commento – al pari di numerosi altri interventi recenti e meno recenti della Banca d'Italia e della Consob – non sembra tenere conto nella giusta prospettiva che ogni intervento regolamentare impone notevoli costi sia a carico degli intermediari che su quelle categorie di utenti che potrebbero non essere interessate a ricevere determinate tipologie di informazioni.

È stato chiaramente evidenziato, infatti, che da un lato "il corretto sviluppo delle dinamiche concorrenziali" richiede interventi normativi che impongono "con sufficiente dettaglio la diffusione di un adeguato livello di informazioni da parte delle imprese in modo da promuovere la mobilità della clientela, che si fonda pur sempre sul

⁹ Solo per ragioni di completezza espositiva si richiamano la l. 262/2005, la l. 248/2006 e, infine, la l. 244/2007.

¹⁰ Mi riferisco in particolare alle disposizioni dell'art. 117, comma 1 e 3, art. 116, art. 118 e 119 del t.u.b.

meccanismo della comparazione fra prodotti e fra prezzi”; dall’altro gli interventi regolamentari devono mirare “ad impedire che le banche sfruttino indebitamente il potere contrattuale in corso di rapporto “ anche perché ove tali condotte dovessero essere percepite dalla stessa clientela come inevitabili finirebbero “per minare la credibilità delle offerte commerciali presentate sul mercato”¹¹.

Pertanto, in ottica concorrenziale, le prescrizioni introdotte dagli interventi regolamentari possono creare alternativamente due diversi tipologie di effetti: (i) avvantaggiare o meno alcune categorie di soggetti a svantaggio di altre (si pensi ai recenti e tumultuosi interventi sulla c.d. “commissione di massimo scoperto”); (ii) ridurre o meno la dinamicità del mercato¹².

2.2. Il tema dei requisiti organizzativi.

La previsione delle regole che governano la predisposizione delle condizioni generali del servizio offerto dalla banca aiutano a porre il rapporto banca – cliente su un piano profondamente diverso da quello marcatamente individualistico proprio dell’autonomia negoziale, con ciò legittimando una tutela giuridicamente diversa da quella ricostruibile attraverso i principi codicistici applicabili alla materia *de qua*.

Con la previsione di puntuali requisiti organizzativi, il cui contenuto verrà dettagliato in appresso, il legislatore ha voluto inquadrare quella fase in cui l’intermediario assume la determinazione a contrarre; ciò a dire quella fase in cui sono predeterminati gli scopi, i criteri, i contenuti e le modalità dell’ attività che la banca dovrà porre in essere in vista della formazione dell’obbligazione contrattuale. Tali requisiti fungono, nell’ambito di interessi pubblici di più vasta portata, da parametri di riferimento per le Autorità di controllo per la valutazione complessiva dell’attività contrattuale realizzata dal soggetto vigilato: se la predetta analisi – nell’ambito dell’esercizio delle funzioni ispettive previste dal t.u.b. - avrà esito positivo, la Banca d’Italia approverà le modalità utilizzate dall’intermediario per contrarre con la clientela in un controllo che sembra essere non

¹¹ Si riportano le condivise osservazioni di A. MIRONE, *Il diritto dei contratti bancari di fronte alla crisi: affinamento della regolamentazione di trasparenza o indebita ingerenza nelle dinamiche di mercato?*, discussion paper pubblicato sul sito www.orizzontideldirittocommerciale.it, 2010.

¹² Sul punto, ai fini che ci interessano, ritengo che uno degli aspetti fra i quali emerge con maggiore incisività il problema della efficacia dell’intervento regolamentare sulle dinamiche di mercato sia rappresentato dal modulo informativo unitario predisposto dal Provvedimento della Banca d’Italia e afferente sia alla fase di pubblicità delle informazioni al pubblico, sia alla fase precontrattuale in senso stretto e sia all’informativa resa in corso di rapporto. È osservazione comune in dottrina, che il nuovo sistema delineato dalla Banca d’Italia metta al centro dell’informativa da fornire alla clientela i c.d. “fogli informativi”, il cui contenuto è minuziosamente definito dalla disciplina regolamentare. Pertanto, attesa la creazione di siffatto sistema pubblicitario “forzoso” a carico degli intermediari bancari, si è ritenuto di precisare che è “oramai acquisita la valutazione per cui gli eccessi di trasparenza sul mercato, unitamente alla standardizzazione dei comportamenti delle imprese, genera normalmente un incentivo all’adozione di condotte collusive, o comunque il determinarsi di assetti di mercato collettivamente convenienti per le imprese, a danno dei consumatori”. In altre parole, gli interventi di natura regolamentare possono portare ad una maggiore protezione dei soggetti deboli, ma determinare effetti anticoncorrenziali che si pongono in netto contrasto con le finalità – fissate dall’art. 5 t.u.b. – perseguite dalle Autorità creditizie nell’esercizio dei loro poteri.

solo di legittimità, ma anche di merito. L'attenzione, da parte dell'Autorità di vigilanza, verrà posta non solo alla conformità delle varie operazioni contrattuali alla normativa vigente, ma anche alla convenienza economica e – più in generale – all'opportunità di predisporre un certa tipologia di contrattazione.

2.2.1. I requisiti organizzativi nel Provvedimento della Banca d'Italia.

Il Capo IX¹³ disciplina, come viene dettagliato in apertura di paragrafo, le procedure e le iniziative organizzative che le banche devono porre in essere in relazione alle operazioni ed ai servizi disciplinati ai sensi del summenzionato titolo VI del t.u.b. (ciò a dire le norme in tema di trasparenza bancaria)¹⁴. Viene, altresì, evidenziato che le procedure interne che

¹³ Per quanto concerne l'ambito soggettivo di applicazione il Provvedimento della Banca d'Italia ha modo di precisare che *"Il paragrafo 2 della presente sezione si applica alle banche autorizzate in Italia, alle succursali italiane di banche comunitarie, agli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale previsto dall'articolo 107 del T.U. (ivi inclusi i confidi iscritti in tale elenco), a Poste Italiane S.p.A. per le attività di bancoposta, agli Imel italiani e alle succursali italiane di Imel comunitari, agli istituti di pagamento autorizzati in Italia; i paragrafi 2-bis e 3 si applicano anche agli intermediari finanziari iscritti nell'elenco generale previsto dall'articolo 106. T.U.(ivi inclusi i confidi iscritti nell'apposita sezione di tale elenco)"*. Solo per fini di completezza, non essendo questa la sede per addentrarci nell'analisi delle singole disposizioni novellate, si fa notare che l'ambito soggettivo di applicazione appena riportato dovrà, molto probabilmente, essere rimodellato a seguito della recente riforma che ha provveduto a modificare il Titolo V del t.u.b. il quale ha – principalmente – soppresso la distinzione tra soggetti di cui all'art. 106 t.u.b. e soggetti di cui all'art. 107 t.u.b.: ulteriori e rilevanti novità sono state introdotte per i Confidi e per il microcredito.

¹⁴ Conviene fin da ora precisare che il presente paragrafo, attinente alle procedure interne adottate dalla banche per i contratti con la clientela, attiene alle operazioni bancarie pure e semplici, senza che ad esse sia accompagnato un finanziamento. Tuttavia, pur non essendo possibile entrare eccessivamente nel dettaglio dell'analisi del Capo IX in commento, si riporta anche il paragrafo 2-bis avente ad oggetto l'"Offerta contestuale di altri contratti insieme a un finanziamento". Specificamente è previsto che: *"La scelta di porre in essere politiche commerciali che prevedano l'offerta contestuale, accanto a un contratto di finanziamento, di altri contratti, anche attraverso soggetti terzi, deve essere accompagnata da una serie di cautele particolari, adottando procedure organizzative e di controllo interno che assicurino*

nel continuo:

a) una valutazione dei rischi (anche legali e reputazionali) connessi con l'offerta contestuale di più contratti (2), con particolare attenzione ai casi in cui il contratto offerto congiuntamente al finanziamento non sia funzionale rispetto alle caratteristiche del finanziamento proposto, a esigenze di presidio del rischio di credito o di conservazione della garanzia;

b) la comprensibilità per i clienti della struttura, delle caratteristiche e dei rischi tipicamente connessi con la combinazione dei prodotti offerti contestualmente;

c) la corretta inclusione nel TAEG dei costi dei servizi accessori connessi con il contratto di credito (3);

d) che le procedure di commercializzazione siano improntate a canoni di trasparenza e correttezza e, in particolare, che:

- il cliente sia avvertito in modo chiaro ed evidenziato dell'esistenza di altri contratti offerti in via obbligatoria contestualmente al finanziamento, anche attraverso un'illustrazione della corrispondente voce della rilevante documentazione precontrattuale (foglio informativo, documento di sintesi, "Informazioni europee di base sul credito ai consumatori").

L'informazione va resa sin dal primo contatto con l'intermediario o con il soggetto incaricato dell'offerta e, comunque, non appena emerge la necessità di stipulare il contratto avente ad oggetto il servizio accessorio connesso con il contratto di credito (es. in connessione con la valutazione del merito di credito del cliente);

- sia illustrato chiaramente e correttamente al cliente se la validità dell'offerta è condizionata alla conclusione congiunta di altri contratti (1);

- al cliente siano illustrati gli effetti complessivi, in termini di obblighi e vantaggi, derivanti dalla combinazione dei contratti offerti; in caso di servizi accessori connessi con il contratto di credito qualificati come facoltativi, al cliente va illustrato chiaramente e correttamente il costo complessivo da sostenere sia

devono essere adottate dagli intermediari bancari si applicano solo ed esclusivamente quando l'attività sia svolta nei confronti della c.d. clientela *retail*.

Ad ulteriormente rimarcare la circostanza per cui le regole sui contratti bancari sono totalmente assimilate a quelle disciplinanti l'organizzazione aziendale interna della banca, il paragrafo 1 del Capo IX precisa che *“le disposizioni [in oggetto] sono complementari alle discipline concernenti la funzione di conformità nonché l'organizzazione e i controlli interni”*. In particolare, in tema di controlli interni, la funzione di *internal audit* deve considerare il rispetto delle procedure previste per i contratti strutturati e conclusi con la clientela nell'ambito delle valutazioni sul presidio dei rischi operativi e reputazionali richieste dalla disciplina prudenziale di vigilanza. La saldatura tra quello che possiamo definire il momento *“organizzativo”* (per l'appunto: di strutturazione e [successivo] collocamento al mercato dei prodotti bancari) ed il momento *“contrattuale”* (dove avviene l'effettiva sottoscrizione del prodotto da parte della clientela) giustifica il perché l'Autorità di vigilanza debba prendere in considerazione il rispetto delle procedure previste in tema di trasparenza *“anche ai fini dei controlli sull'adeguatezza patrimoniale a fronte dei rischi legali e di reputazione”*¹⁵.

Il suesposto contrasto di interessi emerge in tutta la sua forza quando viene evidenziato che il puntuale rispetto della disciplina sulla trasparenza bancaria costituisce *“un efficace presidio dei rischi di natura legale e reputazionale connessi ai rapporti con la clientela”*; il che richiede che le banche *“pongano in essere accorgimenti di carattere organizzativo idonei ad assicurare che in ogni fase dell'attività di intermediazione sia prestata costante e specifica attenzione”* ai summenzionati profili.

La disciplina regolamentare impone alle banche di adottare procedure interne volte – principalmente – ad assicurare:

nel caso in cui sottoscriva il contratto relativo al servizio accessorio offerto sia in quello in cui non lo sottoscriva;
e) che per ciascuno dei contratti offerti contestualmente sia fornita la specifica documentazione precontrattuale eventualmente prevista e le sottoscrizioni del cliente siano acquisite su documenti distinti;
f) che, qualora il contratto offerto congiuntamente al finanziamento sia facoltativo, le forme di remunerazione e valutazione della rete vendita non siano tali da costituire un forte incentivo alla vendita del contratto facoltativo accanto al finanziamento rispetto alla vendita del solo finanziamento;
g) il rispetto della disciplina di settore in cui il servizio accessorio eventualmente ricade.
Nell'ambito della verifica periodica sull'adeguatezza e sull'efficacia delle procedure, prevista dal paragrafo 2, le competenti funzioni dell'intermediario tengono tra l'altro conto, con riguardo a quanto previsto dal presente paragrafo, dei reclami pervenuti. Ai fini del controllo sulla corretta qualificazione dei servizi accessori come obbligatori o facoltativi esse prendono altresì in considerazione: le politiche di sviluppo che fissano obiettivi di budget; la struttura delle deleghe; l'iter di concessione del credito; i sistemi premianti che favoriscono significativamente la vendita di servizi accessori assieme a finanziamenti; l'incidenza dei finanziamenti commercializzati assieme a servizi accessori sul volume complessivo di ciascuna tipologia di contratti, con riferimento all'intera azienda ovvero a singoli sportelli o soggetti incaricati dell'offerta”.

¹⁵ Ma sul punto avrò modo di tornare successivamente al paragrafo 2.2.3.

- una valutazione della struttura dei prodotti offerti al cliente avuto particolare riguardo alla i) comprensibilità della loro struttura, delle loro caratteristiche e dei rischi tipicamente connessi ai medesimi; ii) previsione, nei contratti destinati alla clientela al dettaglio, di forme complesse di remunerazione degli affidamenti o degli sconfinamenti, quali la commissione di massimo scoperto o altre che prevedono una pluralità di voci di costo¹⁶; iii) conformità a prescrizioni imperative di legge;
- la trasparenza e la correttezza nella commercializzazione dei prodotti. Sul punto le procedure devono in particolar modo prevedere che: i) la documentazione informativa sia completa, chiara, accessibile da parte della clientela, utilizzata attivamente da parte degli addetti alla rete di vendita e adeguatamente pubblicizzata sul sito internet; ii) il cliente non sia indirizzato verso prodotti evidentemente inadatti rispetto alle proprie esigenze finanziarie. Sul punto gioca un ruolo sensibilmente importante la dotazione di software informatici che consentano alle banche di verificare la coerenza tra il profilo del cliente e i prodotti allo stesso offerti; iii) gli addetti alla rete di vendita devono: 1) essere adeguatamente informati sulla normativa, di legislazione primaria e secondaria, oltre al fatto che devono conoscere perfettamente le procedure adottate dalla banca per la quale collocano sul mercato i prodotti; 2) essere in grado di fornire chiarimenti sulle caratteristiche dei servizi e sui diritti dei clienti, sulla base della documentazione informativa prevista dalle presenti disposizioni e, se necessario, di ulteriori documenti; 3) accertarsi che la clientela abbia, prima di rimanere vincolata da un contratto o da una proposta, avuto modo di valutare in modo adeguato la documentazione informativa. Da ultimo, occorre sottolineare che le banche hanno l'obbligo di adottare forme di remunerazione e valutazione degli addetti alla propria rete di vendita che non costituiscano un incentivo a commercializzare prodotti non adeguati rispetto alle esigenze finanziarie dei clienti.
- che la quantificazione dei corrispettivi richiesti alla clientela ogni qualvolta la normativa vigente richieda che essi non possano superare le spese sostenute sia attestata per iscritto e formalmente approvata;

¹⁶ In particolare è previsto espressamente che *“Se gli intermediari includono comunque queste previsioni nei contratti, essi:*

- *adottano specifiche procedure volte a prestare assistenza al cliente, al fine di agevolarlo nel comprendere l'effettiva portata della previsione prima della stipula del contratto o in tempo utile per l'esercizio del diritto di recesso;*
- *pubblicano sul sito internet un algoritmo che consente al cliente un agevole calcolo dei costi complessivi dell'utilizzo delle somme secondo le proprie esigenze e ne segnalano l'esistenza al cliente nell'ambito delle procedure di cui al punto precedente;*
- *offrono al cliente, qualora il contratto preveda l'applicazione della commissione di massimo scoperto, la possibilità di scegliere un altro contratto che – per lo stesso servizio – prevede altre forme di remunerazione, quali la commissione per la messa a disposizione di fondi”.*

- la possibilità per il cliente di ottenere in qualsiasi momento e in tempi ragionevoli il testo aggiornato del contratto, a sua scelta in formato elettronico o cartaceo, qualora siano state apportate modifiche unilaterali;
- la tempestiva restituzione delle spese indebitamente addebitate al cliente.

La normativa in commento, per tutte le fasi in cui articolano le procedure interne adottate dagli intermediari bancari, prevede una espressa procedimentalizzazione dell'agire delle varie funzioni aziendali dal momento che appare necessario anche il coinvolgimento di quelle di controllo e, per le banche di maggiori dimensioni (o per i gruppi creditizi), la costituzione di veri e propri comitati interfunzionali che avranno precisi compiti individuati dalle stesse procedure interne.

A completamento del quadro si fa notare che siffatte procedure devono essere improntate al principio di proporzionalità, in considerazione della complessità dei prodotti, delle tecniche di commercializzazione impiegate e delle diverse tipologie di clienti ai quali i servizi sono resi.

L'adozione di procedure interne volte a governare il rapporto banca – cliente comportano precise assegnazioni di ruoli e (conseguenti) regimi di responsabilità per gli organi aziendali della banca. Infatti esse, oltre ad essere adeguatamente formalizzate tramite delibera dell'organo amministrativo, sono sottoposte a periodica valutazione per verificarne l'adeguatezza e l'efficacia e per rimediare alle carenze eventualmente riscontrate. A tal fine, come è prescritto all'interno dello stesso Capo IX, *"è previsto un coinvolgimento della funzione di conformità o, in sua assenza, dell'internal audit, che svolgono gli opportuni accertamenti e riferiscono agli organi aziendali con periodicità almeno annuale e, comunque, ogni qual volta siano state accertate gravi carenze"*.

Da ultimo, il Capo IX prevede espressamente che le banche si dotino di procedure per la trattazione dei reclami *"che garantiscano ai clienti risposte sollecite ed esaustive"*. Nel dettaglio, le procedure prevedono principalmente: i) l'individuazione di un responsabile e/o di un ufficio, indipendenti rispetto alle funzioni aziendali preposte alla commercializzazione dei servizi; ii) le forme di inoltro dei reclami da parte della clientela e di risposta da parte degli intermediari, che includono, in ogni caso, la posta ordinaria e la posta elettronica; iii) la formazione del personale preposto alla gestione dei reclami e agli eventuali *call center*, adeguata in relazione ai rispettivi compiti; iv) la modalità di trattazione dei reclami; v) i tempi massimi di risposta, comunque non superiori a 30 giorni dalla ricezione del reclamo; vi) la registrazione degli elementi essenziali di ogni reclamo pervenuto, nonché delle eventuali misure adottate a favore del cliente per risolvere il problema sollevato; vii) la pubblicazione annuale, sul sito internet dell'intermediario, o - in mancanza - in altra forma adeguata, di un rendiconto sull'attività di gestione dei reclami con i relativi dati.

Le risposte contengono almeno:

- se il reclamo è ritenuto fondato, le iniziative che l'intermediario si impegna ad assumere e i tempi entro i quali le stesse verranno realizzate;
 - se il reclamo è ritenuto infondato, un'illustrazione chiara ed esauriente delle motivazioni del rigetto, nonché le necessarie indicazioni circa la possibilità di adire l'Arbitro Bancario Finanziario o altre forme di soluzione stragiudiziale delle controversie.
- La funzione di conformità o, in sua assenza, dell'internal audit, riferiscono agli organi aziendali, con periodicità almeno annuale, sulla situazione complessiva dei reclami ricevuti nonché sull'adeguatezza delle procedure e delle soluzioni organizzative adottate.

2.2.2. Contratto bancario e attività bancaria. Sotto la vigenza della legge bancaria del 1936 sorse un vivacissimo dibattito dottrinale in ordine alla possibilità che la disciplina sui contratti bancari di cui agli artt. 1834 – 1860 c.c. potesse applicarsi solo ed esclusivamente a fattispecie contrattuali di cui una delle parti è banca¹⁷.

Stante le numerose e autorevoli tesi proposte dalla letteratura, non sempre è stata sottolineata la giusta prevalenza degli elementi oggettivi su quelli soggettivi nell'analisi della disciplina codicistica dei contratti posti in essere dalle banche. Puntualmente, illustre e condivisa dottrina, ha evidenziato che "il richiamo alla "banca" assumerebbe [...] un significato profondo: sarebbe [...] la estrinsecazione, o il riflesso soggettivo di un elemento intrinseco che costituisce, anzi, il dato tipologico comune – o uno, e (forse) il più notevole, fra i dati tipologici comuni – ai contratti bancari, utile a riunirli in categoria giuridicamente ben definibile"¹⁸. Pertanto, il legislatore – nel dettare le disposizioni di cui agli artt. 1834 – 1860 c.c. – ha certamente tenuto conto dell'elemento "massa" o "serie" in quanto calato nel contesto dell'attività bancaria intesa, nel senso precisato, come serie di atti funzionalmente collegati fra di loro¹⁹.

¹⁷ Tale dibattito dottrinale, alla luce della vigente legislazione primaria e secondaria, è decisamente inutile. Tuttavia, si ritiene di dover partire da siffatta disputa dottrinale in considerazione del fatto che numerosi sono gli spunti di riflessioni provenienti dalle osservazioni avanzate dagli Autori che si occuparono di tale problematica. Sia consentito brevemente ripercorrere le tesi prospettate: da un lato c'era chi (G. MINERVINI, *Banca, attività bancaria, contratti bancari*, in Banca borsa e titoli di credito, 1962, I, p.313 s.s.) riteneva che la disciplina di cui agli artt. 1834 – 1860 potesse applicarsi solamente quando una delle possibili operazioni contrattuali veniva posta in essere dalla banca con possibilità di estensione analogica anche ad altre ipotesi; dall'altro vi era chi dubitava seriamente che la presenza della banca, nell'applicazione della disciplina sui contratti bancari, potesse avere una sua specifica rilevanza (mi riferisco alle considerazioni svolte da PAVONE LA ROSA, *nota a sentenza della Corte di Cassazione n. 109 del 1961*, in Banca borsa e titoli di credito, 1961, II, p. 330). Per ulteriori approfondimenti sul tema: DE BIASE, *I contratti bancari*, Roma, 1957; SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1953; VALERI, *Manuale di diritto commerciale*, II, Firenze, 1950; MESSINEO, *Caratteri giuridici comuni, concetto e classificazione dei contratti bancari*, in Banca borsa e titoli di credito, 1960, I, p. 340. Quest'ultimo Autore nel criticare la tesi del Minervini ha chiarito che il ricorso alla nozione di banca potrebbe celare un vero e proprio circolo vizioso atteso che vi sarebbero contratti bancari allorquando sia esercitata attività bancari; tuttavia, dal momento che l'attività bancaria si identifica con la raccolta del risparmio e l'esercizio del credito, essa si realizza esattamente con quei contratti la cui disciplina – in principio – si vuole dettagliare. Solamente per dare un quadro dell'importanza che assunse siffatto dibattito si nota che la critica avanzata dal Messineo è stata ulteriormente criticata da PORZIO, *L'anticipazione bancaria*, Napoli, 1964.

¹⁸ Mi riferisco alla profonde e ancora attuali pagine di B. LIBONATI, *Contratto bancario e attività bancaria*, Milano, 1965.

¹⁹ Per la definizione dell'attività come "atti [...] coordinati e unificati sul piano funzionale della unicità dello scopo" si rinvia necessariamente a AULETTA, voce *Attività*, in Enciclopedia del diritto, III, Milano, 1958.

È stato precisato, per quanto interessa ai nostri fini, che “le operazioni attive e passive sono condizionate fra loro, e che anzi il loro intrecciarsi non è lineare, ma funzionale invece alla costituzione di una certa massa, di composizione dinamica e suscettibile alle vicende dei singoli atti, sì che sono necessarie – per un efficace operare del sistema – la coerente predisposizione di un programma e la sua puntuale esecuzione”²⁰. In altre parole, attese le attuali previsioni normative che avvalorano ancor di più tali riflessioni, il legislatore ha apprestato un vero e proprio regolamento pubblicistico che si manifesta – in prima battuta – negli interventi che le Autorità di controllo del settore possono effettuare a livello regolamentare, ispettivo ed informativo. Non si può, con tutta evidenza, scendere nell’analisi dell’architettura – nazionale e, oggi, anche [se non soprattutto] europea – del sistema di vigilanza prudenziale che disciplina il settore del credito: preme, invece, rimarcare che gli obiettivi prefissati dal menzionato sistema di vigilanza possono essere perseguiti solo prevedendo schemi negoziali “strumentali, cioè, al perseguimento degli scopi [...] tipici dell’attività bancaria”²¹.

L’inerenza dell’atto all’attività appare in tutta la sua forza nel perseguimento – a livello pubblicistico – degli interessi propri della disciplina di settore e – a livello privatistico – nell’esecuzione del programma di attività, presentato dalla banca in sede di autorizzazione per lo svolgimento dell’attività ex. art. 14 t.u.b., dove sono rappresentate le operazioni che si intendono sottoscrivere con la clientela.

Ciò premesso, valutata la necessità che vi sia una banca perché la fattispecie concreta possa essere effettivamente coerente con la disciplina codicistica dettata in tema di contratti bancari, occorre capire se il cliente possa – e se sì, in che misura – pretendere nella conclusione di un certo rapporto contrattuale l’intervento *sic et simpliciter* dell’intermediario creditizio (ciò a dire di una banca organizzata per svolgere attività bancaria) oppure che tale intervento avvenga secondo il rispetto di puntuali requisiti tecnici. Ritengo, infatti, che le condizioni contrattuali del servizio o del prodotto offerto predisposte, nel rispetto dei suddetti requisiti organizzativi interni, dalle funzioni aziendali competenti siano – come anticipato – il punto di contatto tra due diverse modalità dell’agire privato: (i) da un lato l’attività, intesa come sequenza funzionale di atti tra loro strettamente connessi, (ii) dall’altro il singolo contratto che si inserisce nella stessa attività. Pertanto, la tutela del consumatore nella fase di formazione dell’accordo contrattuale, deve essere ricercata nel rendere edotto quest’ultimo non tanto del contenuto delle clausole contrattuali (che, il più delle volte, riproducono senza alcuna spiegazione aggiuntiva il mero testo della norma) bensì delle modalità con cui queste sono state progettate.

²⁰ B. LIBONATI, *Contratto bancario e attività bancaria*, op. cit.

²¹ B. LIBONATI, *Contratto bancario e attività bancaria*, op. cit.

2.2.3. I “requisiti organizzativi” nella contrattazione bancaria tra protezione dei “soggetti deboli” ed efficienza del mercato creditizio.

La dotazione di requisiti organizzativi tesi sia alla strutturazione che al collocamento dei prodotti bancari appare, pertanto, rilevante sotto (almeno) due profili: da un lato per “dimostrare” alle Autorità di controllo - che nell’esercizio delle loro funzioni di vigilanza guardano alla stabilità ed efficienza del sistema finanziario - lo svolgimento di un’attività improntata ai canoni della sana e prudente gestione; dall’altro per instaurare rapporti con la clientela trasparenti e corretti.

Tale duplicità di piani non è priva di conseguenze nell’analisi che stiamo conducendo. Si ritiene che, stante il rapporto sopra delineato tra contratto bancario e attività bancaria, il novero delle pretese che, da un punto di vista squisitamente contrattuale, possono essere avanzate dalla clientela nei confronti delle banche sia notevolmente aumentato.

La letteratura²² che si è occupata della problematica ha fissato nel seguente modo i termini della questione:

- (i). il cliente ha diritto a che la controparte del suo rapporto sia organizzata, abbia apprestato i mezzi tecnici necessari, per lo svolgimento dell’attività bancaria;
- (ii). il cliente non è legittimato a pretendere l’adozione di determinati criteri tecnici in ordine alla gestione dell’impresa bancaria. La giustificazione ad una affermazione del tipo descritta risiede nella circostanza per la quale l’atto e l’attività sono collocati su piani completamente separati, distinti: i risultati a cui tende l’attività trascendono o, comunque, non si identificano completamente nei risultati dell’atto pur essendo, quest’ultimo, funzionalmente collegato alla stessa attività.

Di certo, l’esercizio dell’attività bancaria coinvolge interessi che trascendono i singoli rapporti con i privati ed è altrettanto vero che, tradizionalmente, la *ratio* della legislazione bancaria recente e meno recente ha – da sempre – privilegiato la protezione degli interessi del mercato creditizio piuttosto che le singole e non sempre giustificate richieste di tutela avanzate dalla clientela. Senza alcun dubbio le regole tecniche (ci si riferisce ai c.d. “elementi tecnici” richiamati sopra al punto [ii]) che incidono sull’attività bancaria non possono essere piegate alle esigenze dei singoli contratti conclusi con i clienti, in quanto esse sono funzionali ad interessi di più vasta portata.

Tuttavia, per il tema che è stato affrontato nelle pagine che precedono, ritengo opportuno chiarire se i requisiti organizzativi fissati dal Capo IX delle disposizioni di vigilanza sulla trasparenza bancaria rientrano nella categoria sub (i) o sub (ii). In altre parole, serve comprendere se siffatti requisiti si collocano sul piano dell’atto o sul piano dell’attività.

²² B. LIBONATI, op. cit. In particolare l’A. ha rilevato che “l’inerenza dell’atto all’attività concerne il rilievo assunto da un’attività organizzata nell’ambito dell’economia dell’atto, per il profilo strutturale o per il profilo teleologico o per entrambi i profili”. Tali considerazioni saranno calate, nel proseguo del discorso, nel contesto attuale della vigente legislazione primaria e regolamentare.

Se, come è stato proposto da attenta dottrina²³, si giungesse ad affermare la pretesa del cliente a che l'intermediario, per proporre il collocamento di determinati prodotti, sia dotato di una puntuale ed efficace organizzazione interna, il risultato sarebbe nel senso di ritenere quest'ultima tutelante i soggetti deboli. In altri termini, la banca che abbia predisposto i mezzi tecnici necessari per svolgere l'attività di raccolta del risparmio ed esercizio del credito²⁴, tutelerebbe non solo le ragioni di mercato (efficienza e stabilità del sistema creditizio), ma anche la trasparenza e la correttezza dei rapporti con la clientela. In tal caso l'organizzazione interna, almeno quella volta a definire i compiti delle funzioni aziendali coinvolte nella strutturazione e nel collocamento dei servizi bancari, entrerebbe in modo preponderante nel tessuto contrattuale: si configurerebbe un diritto soggettivo del cliente a pretendere che la sua controparte sia organizzata in modo tale da poter offrire un certo tipo di servizio al mercato. Più complesso sarebbe prospettare una vera e propria sindacabilità da parte del soggetto debole circa le modalità con cui l'intermediario ha effettivamente articolato l'azienda in funzione, non solo di interessi *lato sensu* pubblicitici, ma anche strettamente privatistici (la concreta contrattazione avvenuta con i "soggetti deboli").

Tale complessità è, tuttavia, solo apparente dal momento che il risultato a cui tende l'atto sottoscritto tra banca e cliente si comprende solamente nella prospettiva dell'attività: l'organizzazione a impresa, secondo le prescrizioni oggi scolpite dalla disciplina regolamentare, rappresenta un valore essenziale e – al tempo stesso – mediato rispetto al risultato a cui tende il contratto concluso con la clientela.

La summenzionata pretesa del cliente a che la banca sia organizzata per proporre al mercato la sottoscrizione di specifici prodotti o servizi è, ad avviso di chi scrive, la

²³ Sul punto rinvio alle osservazioni svolte da G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi*, Banca Borsa Titoli di credito, 2010, II, p. 152. L'A. giunge a configurare siffatto obbligo, nell'ambito della disciplina sui servizi di investimento, sulla scorta del dato letterale di cui all'art. 21, comma 1, lettera d) del t.u.f. che "*obbliga i soggetti abilitati alla prestazione di servizi di investimento a disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi*".

²⁴ Sul punto sia consentito ancora rinviare alle osservazioni prospettate da B. LIBONATI, op. cit. In particolare l'A. ha affermato che "la pretesa da parte del cliente dell'organizzazione idonea a permettere un'effettiva intermediazione nel credito è, dunque, consequenziale allo schema tipico delle operazioni bancarie" e ancora che "se il diritto del cliente a che la controparte sia organizzata a impresa fosse fatto discendere dalla connessione dell'atto all'attività per il profilo strutturale, difficilmente potrebbe concludersi per un diritto del cliente a che, nella specie, la controparte effettui realmente un'attività di intermediazione nel credito. In base al fenomeno dell'inerenza per il profilo strutturale può dirsi infatti che la fattispecie è congrua all'applicazione della disciplina prevista in quanto l'atto sia compiuto nell'ambito di una serie. Ne consegue che il cliente può tutt'al più pretendere che la controparte compia o si prepari a compiere realmente una serie di quegli atti, non invece che la serie sia funzionale a certi risultati economici e perciò organizzata allo scopo di raggiungerlo, mancando quindi l'elemento dinamico – organizzativo perché, nella specie, possa parlarsi di impresa. In base al fenomeno dell'inerenza per il profilo teleologico, invece, venendo l'atto regolato entro termini particolari perché deve risultare funzionale a certi risultati di impresa, ne consegue che il cliente può logicamente pretendere che la controparte realmente persegua quei risultati; e quindi si organizzi ad impresa ed operi al fine di raggiungerli". Spunti particolarmente interessanti in ordine a tale problematica si rinvencono nelle pagine di G. FERRI, *L'impresa nella struttura del contratto di assicurazione*, in Studi sulle assicurazioni, Roma, 1963; F. SANTORO – PASSARELLI, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in Saggi di diritto civile, Napoli, 1961.

conseguenza naturale dello schema contrattuale dei contratti bancari come delineati nel codice civile ex. artt. 1834 s.s.²⁵. Il singolo contratto non deve essere tanto funzionale all'interesse individuale del consumatore quanto rispondente ai risultati economici dell'attività di impresa; da ciò sembra logico inferire che, nella fase di formazione dell'accordo negoziale, si concretizzi la pretesa in capo al cliente di vedere la sua controparte organizzata di modo tale che possa concretamente raggiungere i risultati prefissati in sede di autorizzazione ex. art. 14 t.u.b.

Sul punto credo sia opportuno fornire un esempio. Un signore, noto correntista della banca presso cui ha depositato i propri risparmi, decide di recarsi allo sportello per ottenere informazioni circa la possibilità di ottenere un apertura di credito necessaria per ristrutturare la propria attività commerciale. La banca adempie ai propri obblighi precontrattuali, fornendo al suo cliente copia del contratto riportante tutte le clausole economiche e giuridiche applicabili al rapporto. Nella prospettiva che stiamo delineando, se la disciplina del contratto di apertura di credito si attegga in modo da permettere l'inserzione di tale operazione contrattuale nell'attività bancaria per far sì che l'assunzione del rischio di concedere una certa somma al signore divenga strumentale a far sopportare da un punto di vista squisitamente economico il rischio dall'intera massa degli affidati, appare naturale concedere al correntista oggetto del nostro esempio la pretesa a che la banca sia organizzata per raggiungere quel certo risultato economico.

Una conclusione di questo tipo troverebbe, inoltre, una sua puntuale giustificazione nella già analizzata disciplina regolamentare pubblicata dalla Banca d'Italia. Non ci si deve dimenticare, infatti, che gli obblighi posti in capo alla banca dalle richiamate disposizioni sono, in una ipotetica scala di valori, prioritariamente funzionali alla trasparenza e correttezza dei rapporti contrattuali con la clientela. E sembra logico ricostruire, da tali considerazioni, una puntuale pretesa – cristallizzata in capo ai consumatori – ad una efficiente organizzazione di mezzi e risorse da parte dell'imprenditore bancario che voglia offrire prodotti e servizi al mercato.

Da ciò non si deve, tenendo bene a mente l'insegnamento dell'illustre letteratura che ha precisato la distinzione dei piani dell'atto e dell'attività, inferire che il cliente possa pretendere che l'attività di intermediazione nel credito avvenga tramite determinati criteri tecnici: l'articolazione dei requisiti organizzativi non è intesa, almeno nell'ambito del ragionamento svolto nel presente discorso, come "criterio tecnico in senso stretto".

Pertanto, alla domanda iniziale se i requisiti organizzati siano idonei a tutelare l'efficienza del mercato e i bisogni di protezione della clientela occorre dare risposta affermativa, ma con una importantissima precisazione.

Nelle considerazioni della giurisprudenza teorica e pratica, scarsa attenzione viene posta allo studio dei requisiti organizzativi. Ancor di più: la circostanza per cui la presenza dell'impresa, di una impresa molto particolare soggetta a pervasivi controlli di carattere pubblicistico, legittima una alterazione – rispetto al tradizionale sistema privatistico – delle

²⁵ Per quanto concerne la distinzione delle operazioni contrattuali banca – cliente sulla base dei profili strutturale e teleologico si rinvia alle puntualizzazioni già riportate nella precedente nota n. 31.

regole concretamente applicabili al rapporto banca – cliente è fenomeno non sempre analizzato nella giusta prospettiva. È possibile valutare come legittima la pretesa del cliente a che la banca abbia un'organizzazione improntata a determinati criteri; purché si prenda critica consapevolezza del fatto che il piano sul quale analizzare siffatto rapporto è profondamente diverso non solo rispetto allo studio dei tipici rapporti contrattuali tra privati, ma anche riguardo ai contratti commerciali stipulati dai consumatori con le imprese non sottoposte al suesposto regolamento pubblicistico.

Ad avviso di chi scrive, se l'indagine viene condotta in tale contesto potrà schiudersi uno strumentario particolarmente tutelante per il cliente pur tenendo ferma la considerazione per cui il fenomeno dell'attività e quello dell'atto sono profondamente diversi tra di loro in quanto l'inerenza dell'atto alla stessa attività difficilmente può portare ad una concordanza di risultati. Ciò che non può essere ignorata, invece, è la direzione che sta prendendo il legislatore nell'emanazione della normativa bancaria (e finanziaria): il piano della tutela di interessi di carattere pubblico e quello di tutela di interessi marcatamente privati si stanno – pericolosamente – avvicinando. Tale avvicinamento, purché non diventi una caotica sovrapposizione, può trasformarsi in una opportunità per i consumatori dei servizi bancari; tuttavia, gli istituti, autorevolmente intesi come schemi riassuntivi di norme²⁶, tipici della materia bancaria dovranno essere studiati tenendo conto delle loro peculiarità rispetto a quelli utilizzati dalla letteratura civilistica per analizzare i rapporti tra privati.

A conclusione del discorso sia consentito avanzare una ulteriore osservazione. È stato già enfatizzato che il Capo IX del Provvedimento della Banca d'Italia prevede che l'Autorità di vigilanza debba prendere in considerazione il rispetto delle procedure interne previste in tema di trasparenza bancaria *“anche ai fini dei controlli sull'adeguatezza patrimoniale a fronte dei rischi legali e di reputazione”*. In altri e più chiari termini, la normativa sull'adeguatezza patrimoniale (c.d. “Basilea 2” oggi trasfusa, a livello regolamentare, nella Circolare 263/2006 pubblicata dalla Banca d'Italia) impone che le banche debbano accantonare una certa percentuale del loro patrimonio di vigilanza a fronte di specifici rischi legali e reputazionali. Pertanto, appare condivisibile la scelta di utilizzare le prescrizioni contenute nelle procedure interne di cui al Capo IX per valutare l'adeguatezza patrimoniale dell'intermediario bancario a fronte dei suddetti rischi.

Per quanto ora interessa, a me sembra che nella suesposta previsione i piani dell'atto e quello dell'attività sono stati marcatamente sovrapposti. Il rispetto delle previsioni inerenti l'adeguatezza patrimoniale rientrano – con tutta evidenza – nel novero delle regole tecniche di cui al punto *sub ii)* e, pertanto, si pongono al di fuori delle pretese che possono essere avanzate dalla clientela. Quest'ultima non potrebbe di certo sindacare le modalità – per l'appunto: tecniche – con cui la banca decide di misurare e gestire le tipologie di rischio fisiologicamente immanenti l'attività da essa svolta. Tuttavia, le procedure interne

²⁶ Mi permetto di richiamare l'autorevole insegnamento di R. Orestano.

in esame, che legittimano un sindacato sull'articolazione interna delle funzioni aziendali coinvolte nella strutturazione e collocazione dei prodotti e dei servizi offerti, fungono altresì da strumento attraverso il quale valutare l'adeguatezza patrimoniale della banca. Ciò consente di affermare, a conferma del ragionamento che si è prospettato nelle pagine che precedono, che l'atto – inteso come operazione contrattuale singolarmente conclusa tra banca e cliente – riceve dall'attività – intesa come sequenza di atti governati dall'articolazione aziendale interna alla medesima banca – una valutazione sistematica nuova tesa a ripensare gli istituti privatistici nell'ottica di interessi non più solo privati.

3. Conclusioni.

La normativa sui contratti bancari è in profonda evoluzione. La recente crisi che ha attraversato e sta ancora attraversando i mercati finanziari nazionali ed internazionali ha imposto in capo sia al legislatore europeo che quello interno la necessità di predisporre disposizioni che tutelino da un lato l'efficienza e la stabilità del mercato, dall'altro la trasparenza e la correttezza dei rapporti con la clientela.

Da un punto di vista squisitamente giuridico, siffatta scelta obbliga ad un ripensamento dei tradizionali istituti privatistici, al fine di valorizzare le peculiarità degli strumenti di tutela che la legislazione primaria e regolamentare in materia ha concesso ai soggetti deboli del rapporto contrattuale. Tuttavia, la contestuale protezione degli interessi di mercato determina un'analisi della normativa del tutto nuova rispetto a quella tradizionalmente condotta dalla letteratura in argomento; un'analisi che dovrà muovere, prima di tutto, dalla constatazione e [della successiva] composizione degli interessi di carattere privato e pubblico sottesi al rapporto banca – cliente. Una volta inquadrati gli effettivi interessi tutelati dalla legislazione bancaria, occorre studiare l'intero quadro normativo (sia le norme di fonte primarie che quelle di natura regolamentare) per estrapolare i principi generali che amministrano la materia *de qua*.

L'analisi della dotazione dei summenzionati requisiti organizzativi si pone alla base della predetta opera di ricostruzione. Sia nella fase precontrattuale che nel momento dell'effettiva sottoscrizione dell'operazione contrattuale (ciò a dire: la fase di formazione dell'accordo contrattuale) il cliente deve essere a conoscenza del fatto che la decisione della banca di strutturare e collocare un prodotto con determinate caratteristiche e condizioni, economiche prima ancora che giuridiche, è frutto di un procedimento organizzato che ha coinvolte numerose funzioni aziendali interne e che è stato oggetto di controllo da parte degli organi a ciò deputati. Tale circostanza suggerisce che in capo al cliente sia posta la pretesa a vedere la controparte del suo rapporto organizzata per svolgere, in conformità alla normativa di settore, l'attività bancaria.

Una conclusione del tipo delineata, che avvicina di molto quelli che ho chiamato i piani dell'atto e dell'attività, crea le condizioni per rivedere - quantomeno - l'applicazione delle norme contrattuali attinenti alla formazione del rapporto. Non credo che si possa essere

considerare completamente protetto quel consumatore: (i) al quale è semplicemente rimessa la possibilità, dopo averne preso visione, di non sottoscrivere il contratto proposto dalla banca; (ii) al quale vengono fatte specificamente approvare per iscritto clausole il più delle volte riportanti *sic et simpliciter* la normativa senza scendere in una effettiva precisazione del loro precipuo significato; (iii) che fa semplicemente affidamento sulla buona fede della banca imposta dall'art. 1337 c.c.

Pertanto se è vero che il binomio proposta/accettazione è, di fatto, sostituito dal binomio messa a disposizione/effettiva utilizzazione del servizio e se gli elementi oggettivi dell'impresa arricchiscono l'atto che inerisce l'attività fino al punto di vedere sempre più sfumati i connotati individualistici del rapporto, allora anche la tutela del contraente debole deve spostarsi su un diverso piano.

Nella prassi i contratti bancari vengono generalmente firmati dal cliente sulla base di un modello predisposto dalla banca: si tratterà solo di riempire alcuni spazi lasciati vuoti. Il contratto-quadro sottoscritto dal cliente non deve essere inteso tanto come fattispecie quanto come mera determinazione preventiva delle regole che disciplineranno il rapporto fra le parti in relazione al futuro compimento di operazioni bancarie. In ipotesi, una banca e un consumatore potrebbero sottoscrivere un contratto-quadro avente ad oggetto operazioni di pagamento senza che poi quest'ultime vengano effettivamente realizzate. In tal senso è stato autorevolmente precisato che i contratti d'impresa e specificamente quelli bancari determinano un diverso modo di manifestazione dell'autonomia privata in quanto la realizzazione degli interessi sottesi alla conclusione del contratto impone *"il riferimento della disciplina [non del contratto come fattispecie, ma] del rapporto contrattuale che si è attuato"*. Ciò determina la necessità di elaborare *"nuove figure sistematiche le quali prescindano dai connotati individualistici ad essa tradizionalmente assegnati"*²⁷. Sulla scia di siffatto insegnamento la protezione del consumatore deve attuarsi – principalmente – nel diritto a vedere la banca dotata di una organizzazione idonea a poter strutturare, in modo conforme alla normativa, e collocare – previa una effettiva selezione della clientela – determinati prodotti sul mercato. In tal senso il legislatore dovrebbe intervenire con maggiore enfasi, prevedendo che l'intermediario nella fase di formazione del rapporto renda edotto il cliente del "percorso" che un certo servizio o prodotto ha effettuato all'interno dell'organizzazione aziendale: ciò rendendo esplicito se quest'ultimi sono coerenti con il programma di attività presentato in sede di autorizzazione alla Banca d'Italia ex. art. 14 t.u.b., se e da quali funzioni aziendali sono stati valutati e se è stato effettivamente realizzato il controllo su tale processo dai soggetti a ciò deputati secondo le vigenti disposizioni regolamentari, recentemente aggiornate dalla Banca d'Italia.

Come appare evidente, al termine della presente indagine, si ritiene di aver gettato le basi per sostenere che: (i) la sovrapposizione di interessi pubblici e privati rende profondamente diversa la contrattazione bancaria rispetto a quella tradizionale; (ii) nella fase di formazione dell'accordo il punto di contatto tra le due diverse modalità dell'agire privato (*rectius*: l'atto e l'attività) trovano il loro punto di contatto nelle condizioni giuridiche ed economiche che amministrano lo svolgimento del servizio o il

²⁷ C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, op. cit.

funzionamento del prodotto offerti; (iii) la predetta circostanza giustifica l'opportunità di staccarsi dalle regole civilistiche che tutelano la parte debole del rapporto, in quanto inidonee a salvaguardare effettivamente le ragioni del consumatore; (iv) l'analisi della disciplina regolamentare consente di delineare un vero e proprio "diritto all'organizzazione della banca" cristallizzato in capo al cliente che se da un lato permette a quest'ultimo di avere un quadro migliore della sua controparte dall'altro provvede a "saldare" l'azione dell'Autorità di vigilanza (che controlla, tra le altre, le procedure interne tese a fissare la procedimentalizzazione della strutturazione/collocazione dei prodotti bancari) con gli interessi squisitamente privati di coloro che contrattano con gli stessi intermediari bancari.