

BANCA BORSA TITOLI DI CREDITO

ISSN 0390-9522

RIVISTA BIMESTRALE DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

Vol. LXV - Nuova serie - Gennaio-Febraio 2012

1

DIREZIONE

MARIO CAMPOBASSO - ALDO A. DOLMETTA
GIUSEPPE SANTONI - RUGGERO VIGO

Giuffrè Editore



GIUFFRÈ EDITORE

SOMMARIO

PARTE PRIMA

ARTICOLI	PAG.
GIULIANA SCOGNAMIGLIO, <i>Tutela del socio e ragioni dell'impresa nel pensiero di Giorgio Oppo</i>	1
ANDREA ZOPPINI, <i>Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria</i>	26
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI-G. MUCCIARONE, <i>Il recesso del cliente dopo il d.lgs. n. 141/2010: questioni di coordinamento</i>	37
MATTEO EREDE, <i>L'esercizio del diritto di intervento e voto in assemblea di società con titoli quotati: alcune riflessioni in tema di legittimazione e titolarità in seguito all'introduzione di record date</i>	59
PROBLEMI DELLA PRATICA	
ANDREA MINTO, <i>Il nuovo documento denominato « informazioni europee di base » nell'ambito del rinnovato regime informativo dei contratti di credito ai consumatori</i>	98

PARTE SECONDA

NOTE E OSSERVAZIONI A SENTENZA

MARIA CONSIGLIA DI MARTINO, <i>Alcune questioni in tema di limiti all'autonomia privata nella predisposizione del piano di concordato: formazione obbligatoria delle classi e crediti postergati</i>	14
MANUELA NATALE, <i>Osservazioni a Cass., 30 luglio 2009, n. 17749 in tema di pagamento effettuato mediante assegno bancario</i>	35
ALBERTO ROMANO, <i>Osservazioni a Trib. Milano 23 dicembre 2008 in tema di necessaria specificità della domanda di revocatoria fallimentare delle rimesse</i> .	60
ELISABETTA PIRAS, <i>Polizze "index linked" collegate ad obbligazioni Lehman Brothers</i>	73
FRANCESCO LUKACS, <i>La (ir)responsabilità risarcitoria della banca derivante dalla segnalazione di operazioni sospette di riciclaggio</i>	86

APPUNTI IN TEMA DI RAPPORTI TRA TUTELE CIVILISTICHE E DISCIPLINA DELLA VIGILANZA BANCARIA (*)

1. Auspice Lucia Calvosa, che molto ringrazio per l'invito, siamo qui raccolti in un luogo intitolato ai cappuccini e che, nel passato, è stato un convento dedicato allo studio e alla meditazione. Nel leggere l'invito riflettevo come molti dei relatori oggi presenti sono legati a un altro luogo parimenti dedicato alla meditazione e allo studio, che è stato anch'esso un convento, seppure non dei cappuccini ma degli agostiniani, e che ha assistito a una delle prime predicazioni di Lutero, ovvero l'*Institut für Ausländisches und Internationales Privat-und Wirtschaftsrecht* dell'Università di Heidelberg.

Della notizia posso dare conto con certezza, perché mi ha raggiunto ieri un messaggio telefax di Giuseppe Portale il quale, da me consultato al riguardo, ha ricostruito — grazie a un accesso ai registri tavolari, eseguito *naturalmente* in prima persona — la sequenza cronologica di tutti i proprietari del luogo in cui si trova oggi l'*IPR-Institut* e ci teneva a farmi — e, quindi, a farVi — sapere che, prima del saccheggio francese, l'istituto apparteneva all'ordine degli agostiniani.

Con ciò, vorrei solo testimoniare la consuetudine di dialogo che, da molti anni, mi lega alle promotrici di questo convegno, segnatamente a Lucia Calvosa e a Antonella Sciarrone.

2. Il tema dei rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza potrebbe essere impostato e analizzato 'dal basso', ovvero guardando a come due istituti di recente introduzione, segnatamente l'arbitro bancario finanziario e l'azione collettiva risarcitoria, dialoghino con l'attività di vigilanza.

(*) Il testo, tolte le parole introduttive, è destinato agli *Studi in onore di Giovanni Gabrielli*; con talune variazioni, e con l'aggiunta delle indicazioni bibliografiche che sono parse essenziali, riproduce la relazione presentata al convegno su *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?* che si è tenuto a San Miniato il 22 e 23 ottobre 2010 ed è pubblicato negli atti del convegno.

La prospettiva che intendo prescegliere propone una differente visuale e, direi più ancora, un differente punto prospettico d'osservazione.

Provo, infatti, a riflettere sul nesso intercorrente tra tutele civilistiche, da un canto, e disciplina della vigilanza, dall'altro, prescegliendo il punto di vista dei rapporti complementari tra le tutele o, detto in altri termini, dell'architettura istituzionale della regolazione del mercato, e segnatamente del mercato bancario (1).

Si tratta d'un tema e d'una traiettoria d'indagine che, a mio modo di vedere, oggi trova un gancio particolarmente solido nella nuova formula che si legge all'articolo 127, comma 1°, del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (indicato qui, come di consueto, con l'acronimo t.u.b.), a mente del quale « [I]e Autorità creditizie esercitano i poteri previsti dal Titolo VI avendo riguardo, oltre che alle finalità indicate nell'articolo 5, *alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela* »; a questi fini, prosegue poi la nuova disposizione, possono essere dettate anche disposizioni in materia di organizzazione dei controlli interni (2).

3. Perché lo studio dei rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza deve muovere e in un certo senso *discende* dall'analisi di questa norma di vertice?

In primo luogo, perché la nuova previsione, formulata con l'obiettivo dichiarato di aggiungere alle tradizionali finalità della vigilanza anche la tutela dell'operatore economico non professionale, propone certamente più d'un problema di natura sistematica.

V'è, tuttavia, una seconda ragione: la norma in esame, infatti, esplicita un'esigenza — oggi particolarmente avvertita — di coordinamento tra sistemi di tutele tipicamente pubblicistici, da un canto, e tutele affidate ai rimedi del diritto privato, dall'altro.

Si tratta, per dirla con i lemmi presi a prestito dal vocabolario del giurista d'oltre oceano, dell'insieme di problemi oggi raccolto sotto la diade del *public and private enforcement* nella tutela del mercato (3).

Non v'è dubbio che la crisi finanziaria abbia esaltato, rendendola più

(1) Su cui v. D'ALBERTI e PAJNO (a cura di), *Gli arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2009; volendo si cfr. NAPOLITANO e ZOPPINI, *Le Autorità al tempo della crisi*, Bologna, 2009.

(2) Per una prima disamina della norma, v. BRODI, *Dal dovere di far conoscere al dovere di far « comprendere »: l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori*, in questa *Rivista*, 2011, I, 246.

(3) Sulla materia volendo MAUGERI e ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2010.

viva, l'esigenza di tutela del soggetto non professionale; se però si guarda all'operare concreto delle Autorità, l'impressione che spesso se ne ricava è la stessa che si trae quando si osservano quelle partite di calcio amatoriale nelle quali tutti i giocatori sono impegnati a correre sulla stessa palla (4). Ovvero, abbandonando la metafora sportiva, se affrontiamo il tema nella prospettiva metodologica della *public choice*, la diagnosi alla quale siamo indotti è che la tutela del consumatore costituisca oggi uno degli strumenti principali con i quali le Autorità di regolazione legittimano il loro ruolo e tentano di accrescere il proprio potere.

In proposito, in una differente occasione di studio, m'è capitato di osservare che in Italia la tutela del consumatore di servizi di telefonia mobile per quanto concerne gli SMS è affidata, nell'ordine, all'Autorità antitrust, all'Agcom, al Ministero delle Telecomunicazioni, a Mister Prezzi e ai Corecom; nondimeno, gli SMS inviati tramite operatori di telefonia italiani sono, a quanto mi è dato sapere, tra i più cari d'Europa. Il che proverebbe che non sempre la concorrenza e il concorso tra regolatori produce effetti virtuosi e genera un effetto pro-concorrenziale e/o pro-consumerist come oggi taluni dicono.

Non a caso, l'esigenza di tracciare una linea di dislivello tra le competenze orizzontali assegnate all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e le competenze, per così dire verticali, che sono riconosciute alle autorità di settore ha generato un regolamento di confini, arbitrato sempre più spesso dalla giurisprudenza pratica.

Un recente parere del Consiglio di Stato, richiesto di esprimersi sulle competenze dell'Agcm nel settore dei servizi finanziari per dirimere il conflitto di competenze tra la disciplina generale in materia di pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette e quella specificamente dettata per il settore finanziario dal d.lgs. n. 58 del 1998 (il t.u.f.), ha risolto il conflitto di competenze individuando due autonomi ordinamenti di settore tra loro paralleli suscettibili d'essere ordinati alla stregua del principio di specialità. Ne consegue, pertanto, che la normativa di settore contenuta nel t.u.f. prevale su quella generale contenuta nel Codice del Consumo "anche ai fini della identificazione dell'Autorità competente ad intervenire" (5).

La risposta non ha, tuttavia, sopito l'interrogativo di fondo sia in termini di diritto positivo sia sul piano della politica del diritto, e che emerge con

(4) Talune considerazioni in V. MELI, *Le pratiche commerciali scorrette nella relazione banca-cliente*, negli atti di questo stesso convegno ed ora in *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Torino, 2011, 104 ss.

(5) Mi riferisco al Parere della I Sez. del Consiglio di Stato, 3 dicembre 2008, n. 3999.

particolare chiarezza per quanto concerne la materia della pubblicità ingannevole e delle pratiche commerciali scorrette, se la regola positiva dell'ordinamento e poi quella preferibile sia la *double compliance*, ovvero se esista un principio di specialità che assorbe integralmente la competenza del regolatore generale (6).

4. A maggior ragione, allora, il nuovo art. 127, comma 1°, t.u.b. (mi) pare meritare una particolare attenzione, proprio per le implicazioni sistematiche che la norma sottende.

Giova intanto sottolineare e avere memoria della traiettoria che si è disegnata nell'evoluzione storica dell'ordinamento creditizio.

In un sistema ordinato da norme imperative poste a tutela di interessi pubblici — qual era nell'ispirazione quello della legge bancaria del '36 — un problema di chiarezza e trasparenza del regolamento contrattuale e/o d'un suo riequilibrio non si poneva, perché tale assetto di mercato non produce incentivi a contendere ai concorrenti la clientela. In tale contesto, le istanze di tutela del cliente si esauriscono nella stabilità dell'intermediario e la tutela (soggettiva) del risparmiatore è integralmente assorbita dalla tutela (oggettiva) del risparmio (7).

Oggi che si è pienamente compiuto il passaggio dall'impresa bancaria investita d'una missione pubblicistica all'impresa regolata nella dimensione del mercato comunitario, in un sistema bancario caratterizzato dalla concorrenza nel mercato è senz'altro centrale il tema del trattamento giuridico

(6) Ad esempio la sentenza del Cons. Stato, sez. VI, 16 ottobre 2002, n. 5640 ha affermato la competenza dell'Agcm ad applicare la disciplina *antitrust* nel caso in cui in un mercato non riservato operino, oltre ad istituti creditizi, anche altri soggetti, nonché nel caso in cui l'intesa anticoncorrenziale produca effetti anche su mercati diversi da quello bancario; è riservato all'intervento alla Banca d'Italia qualora le imprese coinvolte siano esclusivamente aziende od istituti creditizi e le attività svolte siano riservate per legge alle banche. Ad avviso del Consiglio di Stato, non appare dunque sufficiente, in casi del genere, il ricorso al criterio della "competenza per soggetti" o "per mercati". In materia di comunicazioni elettroniche si v. no le sentenze del Tar Lazio, sez. I, 11 maggio 2005, n. 3655, e del Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2006, e poi n. 1271; con Cass., sez. un., 28 febbraio 2007, n. 4630, le Sezioni Unite hanno risolto la controversia affermando che "solo quando l'applicazione degli artt. 2, 3, 4 e 6 della legge n. 287/1990 sia riservata in via esclusiva ad autorità diversa da quella garante della concorrenza e del mercato (ad es. art. 20, commi 2 e 3, della legge 287/90), può desumersi dal quadro normativo di riferimento una assoluta carenza di potere di quest'ultima nel comminare sanzioni per abuso di posizione dominante, dovendosi altrimenti applicare il comma 7° dello stesso art. 20 della indicata legge, per il quale, quando i comportamenti richiamati sono tenuti da imprese operanti in settori sottoposti alla vigilanza".

(7) Per molti utili spunti GIORDANO, *Storia del sistema bancario italiano*, Roma, 2007.

riservato all'operatore non professionale che conclude contratti bancari e finanziari (8).

Ci si deve allora chiedere, in particolare, se e in che misura la finalità della trasparenza delle condizioni contrattuali e della correttezza dei rapporti con la clientela introduca un elemento di discontinuità e di cesura — o, addirittura, di contrapposizione — rispetto alle finalità tipiche e storicamente caratteristiche della vigilanza prudenziale sugli intermediari finanziari, individuate dall'articolo 5 del t.u.b., che sono la stabilità macroeconomica, l'efficienza e l'assetto concorrenziale del mercato.

È evidente che per rispondere a tale quesito occorre preliminarmente svolgere una riflessione rispetto a un problema, per così dire, 'a monte', inerente alla ragione, al fondamento, della tutela del consumatore.

In ragione della risposta che si intenda dare, ne discendono significative implicazioni di carattere sistematico, prima, e di natura pratica e applicativa, poi.

Si tratta d'una riflessione che oggi investe la stessa teoria generale del contratto, come ben dimostra la dottrina di una delle voci più autorevoli della civilistica italiana, quella di Vincenzo Roppo, le cui tesi sul contratto con asimmetria del potere contrattuale, e poi sulla "consumerizzazione" del diritto generale dei contratti, nascono proprio dal coordinamento sistematico tra la disciplina della tutela del diritto dei consumatori e la disciplina del contratto in generale (9).

Così come pure appaiono centrali gli interrogativi inerenti al rapporto sussistente tra le finalità perseguite dal diritto della concorrenza e quelle che animano la normativa che trova il suo perno e il presupposto applicativo nella tutela della persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale (art. 3 cod. cons.) (10).

(8) V. in part. MIRONI, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in questa *Rivista*, 2010, I, 557 ss.

(9) In proposito, cfr. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore e contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Id.*, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005, 23 ss.; da ultimo, *Id.*, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico*, in *Corriere giur.*, 2009, 267 ss.; *Id.*, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 19 ss.

(10) Per una discussione sia consentito rinviare al mio *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in OLIVIERI e ZOPPINI (a cura di), *Contratto e Antitrust*, Roma-Bari, 2008, 3 ss., pubblicato anche, con talune modifiche in RABBITTI BEDOGNI e BARUCCI (a cura di), *20 Anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, II, Torino, 2010, 1095 ss.; cfr. anche, seppure in una diversa prospettiva, NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010.

È evidente, tuttavia, che qualora si ritenga che nella protezione del consumatore si debba leggere la tutela del soggetto debole, si porrebbe a fondamento della tutela quella che George Priest ha definito, anni fa, la teoria dello sfruttamento (11). Alla stregua di tale prospettiva, il consumatore deve essere difeso, proprio perché ‘debole’, dall’allora inevitabile sfruttamento al quale è esposto quando si pone in relazione con l’impresa (12).

Si tratta d’una prospettiva di natura sia teorica sia interpretativa, che Mario Libertini ha lucidamente diagnosticato nella dottrina civilistica italiana, quando ha constatato che essa si fonda sulla precomprensione della disciplina del rapporto di consumo nel prisma teorico elaborato dal diritto sindacale (13). L’aver utilizzato il medesimo paradigma conoscitivo offerto dal diritto sindacale ha portato a identificare nei consumatori una “classe sociologica”, che dev’essere, proprio nella sua dimensione di classe, tutelata nei confronti dell’impresa.

A questa scelta interpretativa si aggiunge e si sovrappone la prospettiva che ravvisa nella disparità del potere contrattuale l’architrate sistemato che consente di argomentare una tutela all’impresa debole nell’integrazione produttiva, segnatamente in quella verticale.

Nella personale prospettiva di chi scrive — e qui intreccio un dialogo discorde con la tesi prospettata da Vincenzo Roppo, che su questo punto rappresenta sicuramente la dottrina più coerente e meglio argomentata — è tuttavia improprio il coordinamento sistematico tra la ‘debolezza’ che è antecedente della disciplina prevista per i rapporti contrattuali tra impresa e consumatore e lo squilibrio che, nei contratti tra imprese, si può desumere da tutte le norme che a tutta prima sembrano tutelare l’impresa cosiddetta debole, a iniziare, ad esempio, da quelle in materia di abuso di dipendenza economica.

Gli è che le disposizioni che riguardano il consumatore e quelle che hanno il proprio perno sistematico nella dipendenza economica perseguono finalità diverse: sì che da esse non è possibile desumere un principio o una regola generale (che è poi quella che autorizzerebbe il giudice, sul presup-

(11) PRIEST, *A Theory of the Consumer Product Warranty*, in *Yale Law Journal*, 90 (1981), 1297 ss.

(12) Su questo ultimo punto si v. HERRESTHAL, *Consumer Law in DCFR*, in WAGNER (a cura di), *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, Munich, 2009, 163 ss.

(13) Cfr. LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari* (paper presentato al Convegno « Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela », Roma, 29 gennaio 2010, in www.agcm.it).

posto dell'asimmetria del potere contrattuale, a intervenire ortopedicamente sul regolamento contrattuale) (14).

5. Allo stesso tempo, la lettura sistematica del diritto dei consumatori non autorizza a pervenire alla conclusione che l'ordinamento miri a tutelare o ad affermare la prevalenza dell'interesse del consumatore sull'impresa, ovvero a favorire o preordinare un determinato esito nel funzionamento del mercato (15).

La tutela del consumatore, infatti, non si traduce affatto nella protezione d'un interesse finale; essa costituisce sempre la difesa di un interesse *funzionale*, strumentale, che mira ad un più efficiente funzionamento, inteso in senso dinamico, del mercato (16).

Lo dimostra il fatto che non sempre l'intervento protettivo del consumatore/parte debole affidato alla norma imperativa incrementa, nel medio periodo, il benessere dei consumatori (17).

Si ponga mente esemplarmente alle regole che hanno imposto la portabilità dei mutui o fatto divieto d'imporre una penale nel caso di estinzione anticipata del mutuo acceso per l'acquisto di un immobile adibito ad abitazione principale (introdotta dal d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito con modificazioni dalla legge 2 aprile 2007, n. 40 e attualmente contenute, rispettivamente, negli articoli 120-ter e 120-quater del t.u.b.).

Non v'è dubbio, in termini generali, che un'analisi degli effetti della norma imperativa esiga una valutazione dell'assetto del mercato su cui essa è destinata a incidere: segnatamente, in un mercato caratterizzato da rile-

(14) Rinvio a quanto argomentato in ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 529 ss.

(15) Mi pare utile richiamare, nella prospettiva ordoliberalistica costitutiva del mercato unico, GRUNDMANN, *Europa- und wirtschaftsrechtliche Grundlagen der Privatrechtsgesellschaft*, in RIESENHUBER (a cura di), *Privatrechtsgesellschaft. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, Tübingen, 2009, 105 ss.

(16) In termini generali si v. no gli spunti offerti da DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, Relazione al Convegno "Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela", Roma, 29 gennaio 2010, in www.agcm.it; più specificamente si v. SCHÄFER, *Grenze des Verbraucherschutzes und adverse Effekte des Europäischen Verbraucherrechts*, in GRUNDMANN (a cura di), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts*, Tübingen, 2000, 559 ss.

(17) Per una diversa valutazione di politica del diritto si v. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 601 ss. La crisi ha generato una rinnovata attenzione alle norme proibitive cfr. G. GABRIELLI, *Operazioni su derivati: contratti o scommesse?*, in *Contr. e impr.*, 2009, 1133 ss.; MERUSI, *Per un divieto di cartolarizzazione del rischio di credito*, in questa *Rivista*, 2009, I, 253 ss. Per una critica G. ROSSI, *Crisi del capitalismo e nuove regole*, in *Riv. soc.*, 2009, 929 ss.

vante concentrazione, anelasticità della domanda e forti asimmetrie informative possono vedersi con favore gli interventi che attenuano gli ostacoli alla mobilità della clientela (18).

Può, tuttavia, ragionevolmente dubitarsi che avere vietato d'introdurre una penale nel caso di estinzione anticipata del mutuo abbia effetti migliorativi della dinamica concorrenziale — *i.e.* favorendo un maggiore dinamismo, una diversificazione dell'offerta e prezzi più convenienti per i consumatori — (19).

Al contrario, la nuova previsione ha comportato un mero effetto redistributivo, una diversa distribuzione di ricchezza all'interno della classe dei consumatori: segnatamente, un travaso di ricchezza dai consumatori più abbienti — che possono estinguere anticipatamente il mutuo — ai consumatori meno ricchi, che debbono necessariamente estinguere il mutuo a scadenza (20).

Se si guarda al diritto dei consumatori — e segnatamente alla tutela della trasparenza delle condizioni contrattuali e della correttezza dei rapporti con la clientela — come a un elemento del corretto funzionamento del mercato, si delinea una situazione giuridica che io propongo di definire, con un sintagma che compare nel testo unico della finanza, nei termini della tutela dell'*integrità del mercato*.

L'integrità del mercato deve concettualmente scomporsi e risolversi in due differenti momenti, entrambi necessari ed essenziali: *i*) da un lato, che esista e sia preservata una struttura del mercato concorrenziale, regolata, efficiente; *ii*) dall'altro, che sia data al consumatore finale una reale possibilità di scelta, operata in modo volontario, informato, scevro da inganni e costrizioni (21).

Il nuovo art. 127, comma 1°, t.u.b., almeno nella lettura che mi sento

(18) MIRONE (nt. 8), 559 ss.

(19) Cfr. sempre MIRONE (nt. 8), *ivi*.

(20) P. FERRO-LUZZI, "Aberratio ictus" (*Legislatore e Autorità Garante vs. Banche e Abi*), in *Giur. comm.*, 2006, II, 290 ss. Per un'analisi critica, seppure non coincidente, si v. GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario*, in *Contr.*, 2007, I, 464 ss. ed in particolare 471; FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007)*, n. 40, in questa *Rivista*, 2007, suppl. al n. 5, 23 ss.; *Id.*, *La « rinegoziazione » dei mutui*, *ivi*, 2008, I, 760.

(21) Si cfr. AVERITT e LANDE, *Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer*, in *Antitrust Law J.*, 65 (1997), 713 ss. e, degli stessi A., *Using the "Consumer Choice Approach" to Antitrust Law*, in *Antitrust Law Journal*, 74 (2007), 175 ss.; cfr. anche per taluni spunti LIBERTINI (nt. 13); GENOVESE, *Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti antitrust nella protezione (diretta e indiretta della libertà di scelta) del consumatore*, in *AIDA*, 2008, 297 ss.

di promuovere, ben incarna un momento di sintesi tra l'obiettivo della vigilanza sulla stabilità macroeconomica del mercato — affidato tradizionalmente all'azione della Banca centrale — con l'esigenza, dotata di pari dignità, che il soggetto che opera nel mercato sia posto nella condizione di confrontare le offerte di prodotti tra loro concorrenti, attuando la propria scelta di consumo in modo volontario e informato.

6. Se si accoglie questa prospettiva, la domanda che si delinea in linea logica successiva — svolgendo queste riflessioni in maniera sintetica e procedendo quasi per assiomi — riguarda il perimetro, e la concreta modalità e misura, della tutela dell'operatore non professionale (22).

Con la dottrina giuseconomica, occorre interrogarsi se ci si muove entro il quadro teorico di riferimento disegnato dalla teoria dell'informazione, in ragione della quale, a fronte d'un fallimento del mercato, il rimedio garantito dalla norma imperativa deve essenzialmente colmare il *gap* informativo che separa le parti impegnate nella negoziazione. Aspetto, questo, che potrebbe, ad esempio, spiegare che la standardizzazione dei contratti bancari non costituisce un elemento anticoncorrenziale ma, al contrario, favorisce la comparazione delle opzioni presenti sul mercato, agevolando un effettivo confronto dei dati rilevanti, come ad esempio quelli inerenti al prezzo.

Oppure, ancora, è necessario chiedersi se il fondamento della disciplina a tutela del consumatore debba essere decodificato entro la prospettiva di economia neo-istituzionale ovvero, e allora alternativamente, di economia comportamentale, di *behavioral economics*.

In tale ultima proposta analitica, si assume che l'*Idealtypus* di cliente attivo nel mercato non è rappresentato da un soggetto razionale, in grado di scegliere in un'ottica di massimizzazione del proprio benessere ma, viceversa, da un soggetto che agisce sulla base di spinte emotive e compulsive (23). Ne consegue, a tale stregua, che anche i fattori legati alla sfera emozionale dell'individuo potrebbero, in taluni casi, essere trattati dal legislatore alla stregua di fallimenti del mercato e giustificare, quindi una norma imperativa e/o una misura di regolazione del mercato.

(22) Per una discussione sui presupposti si v. RISCHOKOWSKY e DÖRING, *Consumer Policy in a Market Economy: Considerations from the Perspective of the Economics of Information, the New Institutional Economy as well as Behavioural Economics*, in *J. Consum. Policy*, 31 (2008), 285 ss.

(23) Sul punto si v., ad es., JOLLS, SUNSTEIN, THALER, *A Behavioural Approach to Law and Economics*, in *Stan. Law. Rev.*, 1998, 1471 ss. Nella letteratura italiana, cfr. CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto*, Milano, 2008.

7. Provo, a questo punto, a segnalare qualche indizio normativo, che può confermare come quest'ultima prospettiva sia stata di recente posta dal legislatore a fondamento della disciplina bancaria.

Mi riferisco, ad esempio, alla nuova disciplina in materia di credito al consumo, che, ai sensi dell'art. 125-*bis* t.u.b., impone all'operatore professionale di trasmettere al proprio interlocutore l'informazione in maniera *concisa*, il che rivela come sia assodato che il numero di informazioni che il consumatore può realisticamente comprendere, elaborare e recepire sia naturalmente esiguo.

Aspetto, questo, che evidenzia con chiarezza che è compito dell'Autorità di regolazione individuare quali siano le informazioni sulle quali deve appuntarsi l'attenzione del consumatore, al fine di garantire l'adozione di scelta di consumo autenticamente libera.

Parimenti, possono essere lette entro la medesima prospettiva le norme in punto di standardizzazione dell'informativa precontrattuale e di recesso.

8. Pervengo, ancora chiedendo venia per la schematicità della mia analisi, a talune (certamente) sommarie conclusioni che potevano, forse, a mo' di esemplificazione essere poste quali interrogativi già nell'*incipit* della mia relazione; e torno, allora, ai temi dell'arbitro bancario e finanziario e all'azione collettiva risarcitoria.

Quali le ricadute possibili dell'impostazione — da me ritenuta preferibile — che legge l'art. 127, comma 1°, t.u.b. quale momento sintesi tra due differenti finalità di vigilanza, ambedue necessarie alla tutela dell'integrità del mercato?

Una può essere già rintracciata e chiaramente letta in maniera nitida nelle Disposizioni recentemente adottate da Banca d'Italia "sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari", ove si precisa che gli esiti dei ricorsi presentati presso l'Arbitro bancario finanziario sono valutati da Banca d'Italia per i profili di rilievo che essi possono presentare per l'attività di vigilanza.

Mi rendo conto che per taluni potrebbe essere disagevole, intendo concettualmente, accettare che oggi sussiste una stretta connessione tra tutele pubblicistiche, da un canto, e tutele privatistiche, dall'altro. Comprendo pure che tale impostazione può, per così dire, spiazzare alcuni interpreti, i quali potrebbero essere spinti a pensare a una sorta di "travaso" dell'attività di vigilanza sul piano della tutela dei diritti sogget-

tivi. (Si tratta, per il vero, di timori e argomenti destituiti di fondamento almeno per come li ho letti in un contributo recente) (24).

La scelta compiuta nelle Istruzioni di vigilanza è, invece, coerente con l'obiettivo dell'*effettività* delle tutele, cioè con la necessaria attenzione al modo in cui i diritti soggettivi sono concretamente protetti; aspetto, questo, che costituisce il cuore di un'attività di vigilanza che voglia realmente garantire gli interessi delle parti e assicurare, al contempo, l'esistenza di strumenti non onerosi per la composizione dei conflitti. Si tratta, dunque, di vicende — quella giudiziale privata e quella regolamentare pubblica — che conservano la loro piena autonomia, avendo piani d'incidenza del tutto separati, pur potendo la seconda dare rilievo alla prima quale fonte di cognizione privilegiata (25).

Quanto all'azione collettiva risarcitoria — oggi ribattezzata dal legislatore "azione di classe", come si legge nell'epigrafe dell'art. 140-*bis*, cod. cons. — le riflessioni sino a qui svolte possono avallare una lettura riduttiva dell'ambito di applicazione dell'istituto, almeno in questa area (26).

È, infatti, evidente che un'interpretazione nel senso della natura tassativa delle fattispecie, che il legislatore ha dettato quale antecedente dell'esercizio dell'azione di classe, si giustifica nel settore in esame proprio per la peculiare compresenza di strumenti di regolazione di natura pubblicistica e privatistica. Detto in altri termini, l'inapplicabilità dell'azione di classe non è solo avallata da una interpretazione strettamente letterale dell'art. 140-*bis* cod. cons., quanto più ancora dal fatto che l'azione collettiva risarcitoria è uno strumento che tipicamente mira a risolvere un problema di regolazione indiretta, il quale, evidentemente, non si pone in un mercato altamente regolato e disciplinato, com'è quello bancario (27).

ANDREA ZOPPINI

*Professore ordinario di Istituzioni di diritto privato
nell'Università di Roma Tre*

(24) Mi riferisco a quanto scritto da CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, in questa *Rivista*, 2010, I, 261 ss.; e alle condivisibili critiche di GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF? (una breve risposta a "La giustizia nei rapporti bancari finanziari. La prospettiva ADR")*, *ivi*, 664.

(25) Diversamente v. invece F. AULETTA, *Arbitro bancario e finanziario e « sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie »*, in *Società*, 2011, 83 ss.

(26) Per una diversa impostazione ad es. P. STELLA, *L'Enforcement nei mercati finanziari*, Milano, 2008.

(27) Cfr. infatti *Stoneridge Investment Partners, LLC v. Scientific Atlanta Inc.*, in 128 S.Ct., 761 (2008), che ha negato il diritto degli investitori a ricorrere a una azione collettiva, ritenendo gli strumenti pubblicistici, e in particolare i poteri sanzionatori attribuiti alla SEC, più che sufficienti ad assolvere una funzione di deterrenza.