



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

LA TUTELA DEL CONSUMATORE QUALE FUNZIONE DI VIGILANZA NEL SETTORE BANCARIO

di Pierfrancesco Bartolomucci

ABSTRACT

According to the European principles on consumer protection, and further to the discussion about the Law of 1936, the new Italian regulation has introduced a new function of the supervision by the Authorities.

Then, the “new” banking supervision has not only a prudential nature, but also affects the proper functioning of the market, in the name of transparency in contractual relations between banks and customers.

SOMMARIO: 1. L'attività di vigilanza ed il sindacato sulle clausole contrattuali nella legge bancaria del 1936 – 2. L'art. 127 t.u.b. – 3. Rapporti bancari e tutela del consumatore – 4. La “trasparenza” dei rapporti contrattuali tra intermediari bancari e clientela – 5. Le “nuove” funzioni della vigilanza in materia bancaria.

1. L'attività di vigilanza ed il sindacato sulle clausole contrattuali nella legge bancaria del 1936

Il dibattito relativo alle funzioni e agli scopi della vigilanza bancaria, con specifico riguardo alla estensione ai rapporti contrattuali tra intermediari e clientela, è molto risalente e si è andato sviluppando già intorno alle norme contenute nella legge bancaria del 1936¹.

In particolare, le disposizioni di cui all'art. 32, lett. *b*) e *c*), avevano suscitato un interessante confronto tra coloro che sostenevano che queste avessero sancito in qualche misura il potere in capo alla Banca d'Italia di sindacare anche le condizioni contrattuali² e coloro i quali, di

¹ MAIMERI, *Il controllo amministrativo delle clausole dei contratti bancari: vecchie questioni e nuove prospettive*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2013, p. 565 ss.

² GABRIELLI, *Controllo pubblico e norme bancarie uniformi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1977, I, p. 271, il quale riteneva che tale ulteriore *ratio legis* fosse invero non immediatamente percepibile dal dato obiettivo, ma che dovesse ricavarsi alla luce di una lettura sistematica di dette disposizioni; PORZIO, *Il controllo amministrativo sulle condizioni dei contratti bancari*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, I, p. 148, il quale peraltro sottolineava la necessità di siffatto sindacato, anche in ragione dell'inadeguatezza della disciplina codicistica in materia di clausole vessatorie *ex art.* 1341, comma 2 c.c.; favorevoli ad una interpretazione estensiva del termine “condizioni” contenuto nel citato art. 32 erano pure CLARIZIA, *La legge bancaria: rassegna di problemi di dottrina e giurisprudenza*, IV, in *Tremisse*, 1977, p. 29; CAPRIGLIONE, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Milano, 1978, p. 105; DI MAIO, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, p. 69; PISANI MASSAMORMILE, *Norme bancarie uniformi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1984,

contro, ritenevano che proprio l'espressione "commissioni di banca" di cui all'art. 32 facesse invece riferimento semplicemente alla definizione dei costi connessi allo svolgimento delle operazioni e dei servizi bancari, come peraltro testimoniato dai lavori preparatori della legge bancaria³.

In altri termini, la discussione tra le opposte interpretazioni si giocava tutta intorno alla possibilità di intravedere nell'ordinamento positivo l'esistenza, in capo all'autorità di vigilanza, di un potere che non fosse giustificato esclusivamente dal perseguimento delle note finalità di stabilità del sistema bancario (quindi inteso come strumento di politica economica), bensì anche dall'esigenza di stabilire rapporti contrattuali più trasparenti, in evidente connessione con le esigenze di tutela della clientela⁴.

Lo sviluppo di tale dibattito, al di là degli esiti cui pervenivano le varie opinioni, costituiva la tangibile testimonianza di una percepita e diffusa esigenza di regolazione del mercato del credito, rispondente non soltanto alla logica del controllo amministrativo, nel rispetto dei canoni della "sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, stabilità complessiva e competitività del sistema finanziario", ma involgente in qualche misura il regolamento negoziale attraverso il quale tale mercato si sviluppava.

2. L'art. 127 t.u.b.

In tale contesto si è inserita l'emanazione del Testo unico bancario che – all'art. 127, co. 1 – dispone che "le autorità creditizie esercitano i poteri previsti dal presente Titolo" (rubricato "Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con la clientela") "avendo riguardo, oltre che alle finalità indicate nell'articolo 5" (sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, stabilità complessiva, efficienza e competitività del sistema finanziario), "alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela"⁵.

Appare di tutta evidenza che siffatta disposizione abbia costituito un elemento di rottura

I, p. 190; VITALE, *Operazioni bancarie ed ordinamento dell'attività bancaria*, in PORTALE, a cura di, *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978, 10, p. 10.

³ Per tutti CUGUSI, *Condizioni (di banca, di sconto)*, in *Enc. Banc.*, Milano, 1942, I, p. 448.

⁴ Contro tale interpretazione in senso squisitamente privatistico delle norme SALANITRO, *Le banche e i contratti bancari*, Torino, 1983, p. 62; BESSONE, *Gli standards dei contratti d'impresa e l'analisi economica del diritto*, in *Giur. mer.*, 1984, p. 985, il quale evidenziava perplessità in relazione all'estensione del ruolo del giudice conseguente a tale rilettura delle norme.

⁵ BALDASSARRE, *Commento art. 127*, in CAPRIGLIONE, a cura di, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Bologna, 2012, IV; GRECO, *Commento art. 127*, in PORZIO, BELLÌ, LOSAPPIO, RISPOLI FARINA, a cura di, *Testo unico Bancario. Commentario*, Agg., Milano, 2011; PORTOLANO, *Commento art. 127*, in COSTA, a cura di, *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Torino, 2013, II.

con la tradizione⁶ ed al tempo stesso abbia avviato un *iter* che si è compiuto con la disciplina introdotta dal d.lgs. n. 141/2010.

Quel che è certo è che essa recepisce proprio le istanze che la dottrina aveva segnalato – peraltro individuando già l'esistenza di convincenti convergenze tra sana e prudente gestione, concorrenza e trasparenza – sottolineando che «rapporti trasparenti più fluidi con la clientela contribuiscono ad attenuare i rischi di carattere reputazionale e legale (costituendo così un presupposto di sana e prudente gestione); un'adeguata pubblicità delle condizioni negoziali praticate costituisce inoltre un presupposto della competitività del sistema finanziario nel suo complesso, atteso che l'opacità delle condizioni medesime non è solo indice di comportamento non corretto dal punto di vista contrattuale ma è anche strumento per ostacolare il confronto con l'offerta degli intermediari concorrenti»: di conseguenza «pur in assenza di un'esplicita indicazione normativa, l'obiettivo primario perseguito è quello di tutelare il cliente, attraverso disposizioni che garantiscono adeguate forme di pubblicità delle condizioni praticate e che, in alcuni casi, concorrono all'equilibrio degli assetti negoziali»⁷.

Invero tale acquisizione non appariva pacifica, neppure dopo l'entrata in vigore del t.u.b., posto che non v'era unanimità di consensi intorno alla *ratio* di questa disposizione e all'idea che la tutela del consumatore potesse acquisire un autonomo rilievo, anche rispetto alla vigilanza più tradizionale svolta dalla Banca d'Italia⁸.

Invero, deve convenirsi con chi – nel sottolineare la rilevanza della disposizione di cui all'art. 127, co. 1 – ritiene che essa «Formalizza e rafforza gli stimoli della Banca d'Italia per la “tutela dei clienti degli intermediari”, già considerata “a pieno titolo una finalità della vigilanza”. Offre loro copertura normativa. Colma la lacuna rappresentata dalla preesistente asimmetria in essere nel mercato (in senso lato) finanziario, la cui suddivisione *in partes tres* faceva registrare l'esistenza di specifici obiettivi della specie (quali limiti alla discrezionalità delle corrispondenti autorità settoriali) nel comparto mobiliare (art. 5 d.lgs. n. 58/1998, t.u.f.) e in quello assicurativo (art. 3 d.lgs. n. 209/2005, codice delle assicurazioni private). L'assenza

⁶ CARRIERO, *Vigilanza bancaria e tutela del consumatore: obiettivi e strumenti*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2013, p. 597 s., il quale opportunamente sottolinea che “La discontinuità negli scopi della supervisione bancaria perseguiti dall'ordinamento risulta di immediata evidenza dal raffronto tra questa norma e l'assetto regolamentare disegnato dalla vecchia legge bancaria del 1936. Quell'antica disciplina era peraltro manifestamente avara nella definizione dei propri scopi, coerentemente all'ampia discrezionalità amministrativa assegnata alle autorità di settore. Non è tuttavia dubbio che il principale obiettivo perseguito consistesse nella stabilità patrimoniale delle aziende e istituti di credito”

⁷ BASSO, *La trasparenza delle condizioni contrattuali nel T.U.B.*, in GALANTI, a cura di, *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Milano, 2008, p. 857.

⁸ Di “vigilanze”, anziché di “vigilanza”, parla MERUSI, *Vigilanza e «vigilanze» nel nuovo testo unico delle leggi bancarie*, in *Banca, impresa, soc.*, 1996, p. 189.

di una corrispondente previsione nel settore bancario risultava manifestamente irragionevole quanto meno con riguardo all'attività creditizia di banche e altri soggetti abilitati, ammesso pure (certo non concesso) che la tutela del risparmio c.d. inconsapevole (cioè della raccolta bancaria) possa risultare sussumibile in quella della stabilità dell'intermediario, ricevendo così protezione solo mediata e indiretta»⁹.

3. Rapporti bancari e tutela del consumatore

Sul piano teleologico, la disposizione dell'art. 127, co. 1, t.u.b. va intesa come una norma che coglie un passaggio significativo e si innesta in un più complessivo movimento – relativo non soltanto all'ordinamento italiano – che registra, per un verso, l'apertura del mercato dell'intermediazione bancaria e, con essa, le esigenze di elevare il livello di protezione della clientela, con particolare riguardo ai consumatori.

L'espansione dei principi dell'autonomia privata, infatti, non è sufficiente a regolare il mercato; né tantomeno le logiche insite nella dinamica concorrenziale costituiscono un presidio sufficiente a stabilire la correttezza dei rapporti e delle relazioni negoziali¹⁰.

Così, seppure l'inserimento di norme in materia contrattuale nel testo unico tradizionalmente finalizzato a regolare solo l'attività bancaria costituisce un sicuro presidio volto ad innalzare il livello di protezione del contraente “debole” (consumatore o non consumatore), resta il dato empirico a fronte del quale tale debolezza permane immutata; ciò sia per ragioni soggettive, dovute alla carenza strutturale di informazioni – che pure non è sempre sintomatica dei cc.dd. fallimenti del mercato¹¹ – e alla irrazionalità delle scelte che ne conseguono, sia per l'oggettiva difficoltà di percepire ed apprezzare la natura e le caratteristiche dei servizi oggetto di tale mercato.

A livello legislativo, la predisposizione di un ulteriore apparato normativo, di derivazione comunitaria, volto a garantire il diritto all'informazione non ha fatto bella mostra di sé, come dimostra l'ormai acquisita consapevolezza per cui un eccesso informativo si sostanzia in una nuova forma di asimmetria informativa, che lascia il consumatore nella condizione di non poter discernere e selezionare i dati utili per una scelta consapevole.

L'ultima “generazione” delle direttive comunitarie in materia di tutela del consumatore in

⁹ CARRIERO, *Vigilanza bancaria e tutela del consumatore*, cit.

¹⁰ Come già avvertiva G. ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, 2003.

¹¹ Sia consentito rinviare a BARTOLOMUCCI, *Ancora sugli obblighi informativi nel settore del mercato finanziario: tra doveri dell'intermediario e principio di autodeterminazione dell'investitore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 440 ss. e la bibliografia ivi citata.

generale ha, quindi, inteso spostare il proprio obiettivo, per un verso introducendo norme di massima armonizzazione tese a costruire un sistema di regole comuni in tutti gli Stati membri e, per altro verso, ad intervenire nella dinamica relazionale sottesa ai rapporti contrattuali, non più cristallizzati nel momento della loro formalizzazione (contratto come atto), bensì estesi dalla fase genetica, che parte dal contatto sociale e dalla comunicazione commerciale per giungere alla fase precontrattuale in senso stretto, fino a quella esecutiva del programma negoziale (contratto come attività)¹².

4. La “trasparenza” dei rapporti contrattuali tra intermediari bancari e clientela

Nel settore specifico dei contratti bancari, lo spostamento dell’attenzione dalle norme di azione alle norme di relazione nella disciplina dei rapporti contrattuali ha trovato la sua più nitida applicazione nel principio di trasparenza¹³, che – nella pluralità delle accezioni con cui questa viene usata – determina non più e non solo uno scrutinio sulle modalità e sulle tecniche di redazione dei testi contrattuali, ma criterio di valutazione dei comportamenti che rientra nel prisma della buona fede e della correttezza.

Si tratta, in altri termini, di un criterio con il quale può valutarsi il livello di fiducia che presiede la relazione tra intermediari e clienti e che si sostanzia in uno strumento di valutazione non solo formale, ma sostanziale anche relativamente alla qualità delle informazioni, alla loro completezza e alla loro adeguatezza, seppure con riferimento al cliente-

¹² Per tutti JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in LIPARI, a cura di, *Trattato di diritto privato europeo*, III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003, p. 6; CARRIERO, *Vigilanza bancaria e tutela del consumatore*, cit., p. 597 s. precisa che “Le modalità dell’agire affiancano perciò le regole formali di validità dell’accordo e specificano i contenuti degli obblighi informativi, non più limitati al solo versante quantitativo. Arricchiscono, di conseguenza, l’insieme di rimedi esperibili (che non si esauriscono nelle sole nullità di protezione) e prefigurano specifici assetti disciplinari nel più generale ambito dei c.d. contratti del consumatore, conformando non tanto o non solo l’atto d’autonomia quanto piuttosto le modalità del contrarre e le stesse strutture dell’impresa in forza delle ulteriori specifiche regole di organizzazione aziendale aventi, tra l’altro, a oggetto le stesse procedure al fine di indirizzare la clientela verso prodotti adeguati alle proprie esigenze finanziarie, in maniera conforme all’ultima parte della norma in rassegna che rimette alla Banca d’Italia il potere di dettare disposizioni in materia di organizzazione e controlli interni conformemente alle deliberazioni del Comitato del credito. Ciò per “attenua(re) i rischi legali e reputazionali” dell’intermediario e concorrere alla sua “sana e prudente gestione”. La commistione tra pubblico e privato o, in termini equivalenti, la compenetrazione della tutela del cliente tra gli obiettivi di vigilanza è pertanto dichiarata e manifesta”.

¹³ ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, cit.; BASSO, *La trasparenza delle condizioni contrattuali nel t.u.b.*, cit.; BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d’impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 26 ss.; CARRIÈRE-BASCELLI, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari: le nuove regole della Banca d’Italia*, in *Contr.*, 2009, p. 624 ss.; LUPOLI, *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie e di investimento (note alle Nuove Istruzioni di Banca d’Italia sulla trasparenza)*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 1244 ss.; MIRONE, *L’evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissione di massimo scoperto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 573; QUADRI, *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 90 ss.

medio¹⁴.

La predisposizione di una appropriata disciplina sul piano normativo, informata all'introduzione di principi generali, non appare di per se stessa decisiva al fine della regolazione del mercato che resta pur sempre affidato ai privati; il livello di conformazione dell'autonomia privata che regola i rapporti non è dato *a priori*, ma va di volta in volta verificato.

L'attenzione, dunque, deve spostarsi sul piano dei rimedi; da tale punto di vista, è stato efficacemente rilevato come «inadempimenti contrattuali, vizi del volere, violazioni di legge, illeciti civili ben potranno (e dovranno) produrre i rimedi risarcitori o restitutori sanciti in sede giurisdizionale, previo accertamento dei fatti denunciati. È tuttavia per lo meno dubbio che tali rimedi possano, da soli, assicurare efficaci tutele a questa particolare categoria di oblati. A prescindere anche da tempi e disfunzioni della giustizia civile domestica: *i*) per quanto presto il giudice possa decidere, arriva comunque tardi rispetto al danno procurato; *ii*) le caratteristiche dei beni oggetto del contratto sono di tale complessità tecnica da far ragionevolmente dubitare del diffuso possesso delle relative conoscenze specialistiche; *iii*) non sempre è possibile rimediare *ex post* al danno prodotto sia con riferimento al numero dei danneggiati che alle specifiche esigenze di ciascuno; *iv*) non sempre è possibile apprezzare con certezza il nesso eziologico tra condotta dell'intermediario ed evento dannoso, potendo questo dipendere da variabili esterne al contratto tuttavia difficilmente isolabili»¹⁵.

In siffatta guisa, dunque, il riferimento alla trasparenza nei contratti bancari non costituisce soltanto un criterio di analisi della redazione dei termini contrattuali ed economici, né al patrimonio informativo trasmesso all'aderente, ma si arricchisce di ulteriori valenze, che si spingono sino alla valutazione dell'adeguatezza dell'operazione posta in essere rispetto al perseguimento delle attese e delle aspettative della clientela¹⁶.

Si tratta, in altre parole, di verificare le modalità di esercizio di una vera e propria attività di assistenza e consulenza, che si dipana nella fase prenegoziale e che deve trovare puntuale e

¹⁴ Quanto alla necessità di un controllo “sostanziale” dell'operato dei professionisti in relazione ai rapporti negoziali con i consumatori sia consentito un rinvio a BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali scorrette ed il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, in *Contr. e impr.*, 2007, p. 1423 ss.

¹⁵ CARRIERO, *Vigilanza bancaria e tutela del consumatore*, cit., p. 590 s.

¹⁶ NATOLI, *Il contratto “adeguato”*, Milano, 2012, p. 150; in tal senso l'A. afferma “il canone cui ricondurre le condotte dovute dai finanziatori e dagli intermediari del credito è dunque riconducibile alla regola di appropriatezza, della quale ripete l'esigenza di mettere in guardia il consumatore dalle conseguenze potenzialmente pregiudizievoli della sua azione e della quale condivide la ragion d'essere, che si identifica nell'esigenza di accostare alla scelta del consumatore la ‘supervisione’ di un intermediario tenuto a formulare un ponderato giudizio sulla sostenibilità del finanziamento”.

coerente attuazione nel regolamento contrattuale, con la conseguenza che la violazione di tale obbligo da parte dell'intermediario possa generare evidenti conseguenze, apprezzabili ora sul piano risarcitorio, ora sul piano della validità del contratto¹⁷.

5. Le “nuove” funzioni della vigilanza in materia bancaria

Nel quadro così delineato, seppure per brevi cenni, si inserisce dunque la “nuova” funzione di vigilanza affidata alle autorità creditizie e, precipuamente, alla Banca d'Italia.

L'autonoma rilevanza assunta dal concetto di trasparenza, quale finalità specifica di tale attività di vigilanza esplica appieno la propria portata in ragione delle necessità di tutela del contraente debole, per il cui effettivo perseguimento non può essere sufficiente l'affidamento alle dinamiche concorrenziali.

L'intervento amministrativo, quindi, si palesa come un intervento riequilibratore delle dinamiche contrattuali nel mercato di riferimento, che non va disgiunto da quello di sorveglianza sull'esercizio dell'attività d'impresa bancaria, la quale può essere riletta anch'essa alla luce delle finalità di protezione della clientela.

Infatti, un controllo limitato esclusivamente alle modalità di esercizio della ridetta attività, pur potendo contribuire al recupero dell'efficienza e della competitività, potrebbe non impingere sul piano delle relazioni contrattuali¹⁸.

¹⁷ Tale particolare aspetto si innesta nell'acceso dibattito insorto intorno alle note sentenze della Corte di Cassazione SS.UU., 19 febbraio 2007, nn. 26724 e 26725, in tema di violazione delle regole di validità e delle regole di condotta e delle conseguenze sul piano rimediabile; l'ampiezza e la rilevanza del tema tuttavia non consente una sua adeguata trattazione nell'economia del presente studio.

¹⁸ CARRIERO, *Vigilanza bancaria e tutela del consumatore*, cit., p. 590 s. correttamente afferma “La tutela della concorrenza tra gli operatori genera efficienza economica e prezzi più contenuti. Non sempre contratti qualitativamente migliori”.