

GIUSEPPE CARRIERO

Codici deontologici
e tutela del risparmiatore

SOMMARIO:

1. *Premessa.*
2. *Autodisciplina e concorrenza.*
3. *La formazione negoziale del diritto nel settore della banca e della finanza.*
4. *Quale risparmiatore.*
5. *Quali sanzioni.*
6. *Conclusioni.*

1. - Il titolo di questo scritto è espresso da un sintagma che, nell'evocare criteri di collegamento esistenti o anche solo prefigurabili tra codici di autodisciplina e tutela del risparmiatore sollecita la definizione di almeno tre giudizi relazionali giuridicamente complessi.

È, sotto un primo versante, di immediata percezione l'appartenenza allo Stato — in ogni sua articolazione — del compito primario di «incoraggia(re) e tutela(re) il risparmio in tutte le sue forme», nonché di «disciplina(re), coordina(re) e controlla(re) l'esercizio del credito», secondo il noto adagio scolpito nell'art. 47 della Carta fondamentale. Al punto che la sottesa potestà legislativa viene confermata come esclusiva anche nella riforma del titolo V della Costituzione. Quale allora, nella gerarchia delle fonti, il ruolo delle norme autopoietiche, attesa la loro inidoneità formale allo svolgimento di funzioni sostitutive o suppletive della potestà primaria?

Ancora: il raccordo tra autodisciplina e tutela del risparmiatore impone di definire con chiarezza e rigore formale il perimetro applicativo e gli ambiti soggettivi presidiati dalle relative disposizioni. Quella di risparmiatore è infatti qualifica non solo sociologicamente sfuggente, quasi giustapposta a quella di consumatore (così come le funzioni del consumo e del risparmio lascerebbero all'apparenza intendere), ma anche giuridicamente polisemica in ragione della progressiva estensione del limite esterno della tutela. La formulazione della lett. e) inserita nel 2° comma del nuovo art. 117 Cost. è, a tale riguardo, emblematica. Quali i parametri per qualificare i beneficiari degli obblighi di protezione?

Stante la strutturale appartenenza delle norme di autodisciplina all'area dell'autonomia privata, risulta infine necessario interrogarsi sulle ricadute applicative conseguenti alla violazione o comunque alla inosservanza di tali prescrizioni, essendo ovvio che la coercibilità del precetto non può riposare su sanzioni imposte con forza di legge. Come, attraverso quali strumenti prevedere un *enforcement* adeguato alle aspettative del risparmiatore? Ma, prima ancora, è verosimile immaginare che un insieme di regole poste unilateralmente da categorie economiche o professionali in capo agli associati (ovvero tra questi convenute) possa giovare agli interessi delle controparti dell'impresa o del professionista (formalmente terzi rispetto al negozio di autodisciplina) producendo effetti sfavorevoli al predisponente?

È del tutto evidente come le questioni sollevate siano connesse tanto sotto un versante strutturale quanto sotto profili di politica del diritto. La loro scomposizione concettuale facilita tuttavia la gradualità dell'analisi giuridica e,

con questa, l'individuazione delle componenti socio-culturali della fattispecie nonché delle tecniche disciplinari idonee a regolarla.

2. - Autodisciplina professionale e codici deontologici, insieme cioè di regole che gli operatori di un determinato settore si autoimpongono per disciplinare l'esercizio della loro attività e i comportamenti da tenere sul mercato (v. G. PIEPOLI, *Autodisciplina professionale e codici deontologici: una prospettiva europea*, in AA.VV., *Diritto privato europeo* a cura di A. JANNARELLI, G. PIEPOLI e N. SCANNICCHIO, Bari, 1997, 85 ss.), sono espressioni nella sostanza sinonime, riassuntive — rispettivamente — della fonte e della veste giuridico-formale attraverso cui la formazione negoziale del diritto si manifesta. Rappresentano un fenomeno tra i più significativi dell'odierna dinamica dei rapporti civili. Fanno registrare sempre più frequenti incentivi alla loro diffusione da parte tanto del legislatore dell'Unione europea, quanto di quelli nazionali. Loro terreno elettivo resta quello dei rapporti economici e commerciali, segnatamente nel segmento che insiste sulla vasta area della contrattazione di massa, degli «scambi senza accordo», se si preferisce — con formula riduttiva — dei contratti del consumatore. A dispetto delle apparenze, non è peraltro fenomeno nuovo né inedito. Non a caso, è stato autorevolmente osservato che «quando si pone l'accento, con riguardo al tempo presente ... sullo spostamento della produzione normativa dagli antichi centri di una legislazione unificata da comuni poli logici verso nuove periferie non sempre facilmente individuabili, non si coglie una novità sostanziale, ma semmai si individua la diversa misura (rispetto al passato) del rapporto tra centro e periferia ed in particolare l'accentuato spostamento dei fatti di normazione dalle emittenti pubbliche a quelle (dichiaratamente o occultamente) private» (N. LIPARI, *La formazione negoziale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 307).

Questa doverosa precisazione non vale tuttavia a sottomettere il rilievo che, in termini assolutamente inimmaginabili rispetto a una realtà economica risalente a soli tre lustri da quella attuale, l'odierna caratterizzazione giuridica, economica, culturale della società civile tende a dismettere strumenti d'analisi e, soprattutto, schemi comportamentali domestici per assumere valenze sempre più marcatamente tese a travalicare i confini nazionali e così a proiettarsi verso istituti, soluzioni e prassi negoziali comparabili in chiave non solo europea ma anche mondiale.

La causa prossima del mutamento risiede nella recente evoluzione del diritto comunitario, nel passaggio dal sistema delle fonti dell'originario trattato di Roma al «passaporto europeo» realizzato dalle direttive prodotte in attuazione degli indirizzi del «libro bianco» del 1985, al mercato unico.

Il nuovo diritto dello spazio economico europeo, le nuove regole del gioco affondano le proprie radici nella libera competizione economica, nel valore della concorrenza anche tra gli ordinamenti giuridici (e v. il collettaneo curato da A. ZOPPINI, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Bari, 2004), nell'armonizzazione delle regole necessarie a creare una base comune e uniforme idonea a porre su un piano di effettiva parità operatori, imprese e consumatori. E tuttavia, se il mercato è illimitato e sovranazionale, il diritto è — per contro — limitato e territoriale. Da ciò il divario tra spazio economico e spazio giuridico, allo stato palesemente incolmabile con un unico diritto dei contratti codificato in un'unica tavola di principi. Affari, competizione economica, circolazione della ricchezza peraltro non attendono; segnatamente a fronte del progressivo ritirarsi dello Stato dal diretto esercizio dell'attività economica e della correlata rimozione di preesistenti limiti alla gestione privata

di servizi e mercati.

I codici di autodisciplina rappresentano, con specifico riferimento a peculiari interessi della contrattazione di massa, rilevanti sviluppi dell'area negoziale del diritto. Concorrenza e allargamento dei mercati determinano infatti, da un lato, l'esigenza di prevedere regole di condotta tese a livellare il terreno di gioco; dall'altro di evitare costi transattivi di elevato ammontare in sede di conclusione del contratto come di sua esecuzione. La standardizzazione dei relativi principi, delle relative norme di comportamento rispetto alla clientela, dei metodi di composizione delle liti risponde a criteri di efficienza economica, produce *value*, crea ricchezza (A.M. BERNINI, *Metodi alternativi di composizione delle liti nei servizi bancari e finanziari. Esperienze a confronto*, Padova, 1996, 12 ss.).

Formalmente e strutturalmente diverse, queste fonti del diritto determinano il passaggio da un ordinamento giuridico unitario a un ordinamento pluralistico e policentrico. Sollecitano pertanto esigenze di coordinamento più che di vera e propria (ri)definizione della prevalenza gerarchica. Possono comunque essere ricondotte a un denominatore comune: quello della disciplina del mercato e degli scambi che ne costituiscono l'essenza, a tutela del metodo competitivo-conflittuale idoneo a soddisfare bisogni economici mediante la scelta tra le molteplici offerte di beni o servizi. È poi del tutto evidente che diverse saranno le discipline, gli istituti, le tecniche giuridiche a seconda che si tratti di regolare le relazioni tra imprese concorrenti «in modo che la competizione si svolga entro i confini tracciati dai singoli statuti di norme» (N. IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, in AA.VV., *La concorrenza tra economia e diritto* a cura di N. LIPARI e I. MUSU, Bari, 2000, 65), ovvero di garantire consenso informato, libertà di scelta, cogenza ed effettività della regola giuridica al consumatore. Quello è fondamentalmente problema di diritto della concorrenza, di diritto dell'impresa e del contratto idonei a preservare, ad un tempo, metodo competitivo e margini di autonomia, concorrenza oggettiva e libertà negoziale dell'imprenditore tanto nella scelta delle forme organizzative quanto negli strumenti attraverso cui si esplica la sua funzione produttiva e distributiva. Questo è invece problema di limiti positivi a tale libertà negoziale, di disciplina dell'informazione dovuta dall'impresa, di sua responsabilità nei casi di reticenza o di informazione ingannevole, di abuso dell'autonomia contrattuale. In entrambi i casi il diritto, anziché semplicemente consistere in un insieme di regole del gioco senza predeterminazione dei risultati, svolge il decisivo ruolo di selezione degli scopi della sua azione, rientrando ciò «ormai dichiaratamente nella competenza del legislatore» (N. LIPARI, *La formazione negoziale*, cit., 308). Così pure, per entrambi i fenomeni, il contratto rappresenta — sul piano degli strumenti — il vertice del triangolo che ha, alla base, da un lato l'impresa dall'altro il mercato.

3. - In tale rinnovato ambiente economico, la formazione negoziale del diritto è senz'altro chiamata a svolgere, con maggior forza e soprattutto con maggiore incisività, la sua tradizionale funzione additiva rispetto alle fonti espressione del principio di sovranità. E tuttavia, diversamente dal passato, è oggi molto più agevole additare esempi di rimessione all'autodisciplina (da parte tanto del legislatore domestico quanto soprattutto di quello comunitario) di funzioni integrative se non addirittura sostitutive di quelle proprie degli Stati o dell'Unione. In ambiti prossimi al settore di riferimento basti solo emblematicamente qui ricordare che il nuovo diritto societario non è avaro di disposizioni della specie (e cfr. gli art. 2387 e 2409 *septiesdecies* c.c.); che il

d.leg. 253/00 sui bonifici transfrontalieri espressamente rimette ad un organo di giustizia privata le relative controversie; che il recente disegno di legge sulla tutela del risparmio approvato da un ramo del parlamento contempla un'apposita sezione rubricata alle informazioni sull'adesione a codici di comportamento. Senza omettere di considerare che questa tecnica di rinvio rappresenta ormai una costante nella politica del diritto dell'Unione europea e si traduce tanto in raccomandazioni *ad hoc* quanto in singole disposizioni contenute nei principali atti comunitari di armonizzazione del settore (v., più diffusamente, il mio *Crisi del processo civile e giustizia stragiudiziale: l'Ombudsman bancario*, in *Foro it.*, 2002, V, 249 ss.).

Non sembra perciò azzardato affermare che tra autodisciplina e regolamentazione eteronoma (primaria o secondaria) del mercato il rapporto possa concepirsi in termini di sussidiarietà, giustificandosi la compressione dell'autonomia dei privati, degli accordi associativi, solo in presenza di beni pubblici essenziali ovvero a fronte dell'inerzia e/o dell'inefficienza di iniziative della specie. Tale principio, codificato nel trattato come — più di recente — nella nostra Carta fondamentale (e v., rispettivamente, l'art. 5, 2° comma, e l'art. 118, 4° comma, Cost), si sviluppa infatti in due direzioni profondamente integrate tra loro: «*nach aussen* — cioè nei rapporti tra esperienza giuridica nazionale ed ordinamento comunitario — e *nach innen*, ossia nella ridefinizione del modo di essere dello stesso ordinamento interno» (G. PIEPOLI, *Autodisciplina professionale*, cit., 98).

Il delineato percorso interpretativo è, nel settore della banca e della finanza, ancora più tangibile. Motore immobile del cambiamento è infatti, qui più che altrove, il passaggio da un sistema chiuso, di ordinamento settoriale, di pubblico servizio in senso oggettivo, ad una economia di mercato aperta alla concorrenza. In termini di diritto dei privati, ciò assume importanza decisiva. In quel contesto infatti la tutela del risparmiatore è assorbita in quella della stabilità dell'ente creditizio e viene perseguita in via esclusiva attraverso la garanzia che egli possa rientrare in possesso delle somme depositate. Il risparmio di massa coincide infatti con il deposito bancario, e cioè con la forma più semplice ed elementare di destinazione del risparmio privato al mercato monetario e finanziario. È, in chiave di categorie giuridiche, il mondo dell'interesse legittimo.

Viceversa, con il passaggio al mercato, la libertà della scelta esalta la questione dell'efficienza aziendale. La rimozione del confine gioca anche in termini di progressiva polifunzionalità dell'intermediario della banca e della finanza, costituendo la tradizionale nozione di attività bancaria (quella della raccolta del risparmio tra il pubblico ai fini dell'erogazione del credito) non più l'oggetto esclusivo della banca ma solo il suo elemento differenziale rispetto ad altri intermediari. Ne deriva che la clientela non è più variabile indipendente; che il mercato va conquistato con comportamenti virtuosi e alti standard di reputazione il cui affievolimento, in un mercato concorrenziale, sconta costi anche patrimonialmente rilevanti. Ciò spiega l'inserimento di prescrizioni di *contract law* (quali quelle sulla trasparenza bancaria e sul credito al consumo) in norme pubblicistiche; il passaggio dalle norme d'azione, dalla correttezza gestionale dell'impresa, alle norme di relazione, alla tutela dinamica delle situazioni soggettive riconosciute in capo al risparmiatore; il più incisivo sindacato giurisprudenziale; soprattutto l'affidamento al contratto, tramite l'informazione minima obbligatoria, di un ruolo di politica economica: quello di fare in modo che consenso informato, autonomia e rischio costituiscano i postulati fondanti della negoziazione al fine di evitare fallimenti del mercato,

asimmetrie informative, esternalità negative (per ulteriori, più diffuse riflessioni sul punto, cfr. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato: il credito al consumo*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, Roma, 2002, spec. 138 ss.). Spiega altresì i nuovi importanti spazi occupati dalle fonti negoziali tanto sul piano della produzione del diritto (codice di comportamento del settore bancario e finanziario del 1996; progetto «patti chiari» del 2004 ma anche, per i consistenti riflessi indotti sulla tutela del socio-investitore, il codice di autodisciplina delle società quotate, il codice Assoreti, i «principi» del *forum* sull'informativa societaria, ecc.) quanto su quello della risoluzione delle controversie (*ombudsman* bancario, esistente fin dal 1993). Ed invero, in mercati integrati aperti alla concorrenza, la partita non può non giocarsi anche e soprattutto sul piano della qualità del contratto e perciò della comparabilità delle disposizioni a tutela del risparmiatore del prodotto o servizio considerati. È, sotto questo profilo, emblematica la precisazione — contenuta nel preambolo del «codice» per il settore bancario e finanziario — che l'iniziativa è dichiaratamente mutuataria di similari esperienze diffuse all'estero.

4. - Muta anche, e già lo abbiamo osservato, la nozione di risparmio e la conseguente ampiezza dei destinatari della tutela. In forme e dimensioni sempre più evidenti e significative, la liquidità risparmiata confluisce direttamente al mercato finanziario. L'oggetto del contratto tra risparmiatore e intermediario è sempre meno un bene predeterminato nel suo ammontare (il denaro) in sede di costituzione come di svolgimento e di estinzione del rapporto, quanto piuttosto la promessa di un bene futuro incerto nell'ammontare, nella consistenza, talora nella sua stessa individuazione. In ciò infatti consiste l'intima essenza del «prodotto finanziario». Il contratto diviene strumento teso alla determinazione del bene oltre che alla circolazione della ricchezza. Le principali figure negoziali trasmigrano dal codice civile alla legislazione speciale, all'atipico. In alcuni casi (si pensi ai contratti derivati) il contratto rappresenta addirittura l'oggetto dello scambio, creando in modo virtuale il bene giuridico di riferimento. È significativo che l'ordinamento assicuri oggi meritevolezza di tutela a siffatte pattuizioni, sottraendole espressamente all'eccezione della aleatorietà dell'obbligazione naturale del giuoco e della scommessa che potrebbe altrimenti derivare dalla causa del negozio (cfr. art. 23, 5° comma, d.leg. 58/98).

Trattasi perciò di un impiego del risparmio precario, incerto, connotato da elevata rischiosità; molto più simile, in tali caratteristiche, al consumo perché «si è formato nel breve termine e si cala nell'incertezza» (così F. SGUBBI, *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, in *Foro it.*, 2004, V, 137). È decisivo, ai fini dell'adozione di scelte razionali, il possesso di un elevato grado di informazione e di conoscenze, peraltro strutturalmente estraneo alla maggioranza di questa famiglia di risparmiatori sempre più simile nelle scelte di allocazione della liquidità alla figura dell'investitore, dalla quale tuttavia tende a differenziarsi soprattutto in ragione dell'indicata assenza di professionalità (naturalmente in senso atecnico), consustanziale alla dimensione «di massa» del fenomeno. Di più: come nei contratti per adesione, questo risparmiatore «non legge mai il bilancio dell'emittente e comunque ha difficoltà a capirlo; raramente legge un prospetto informativo» (ancora F. SGUBBI, *op. loc. cit.*), risultando invece maggiormente sensibile, in tale suo sostanziale ruolo di consumatore, ad opinioni e consigli, alle suggestioni di forme di pubblicità palesi o occulte di prodotti finanziari, ai comportamenti

seriali.

Diviene, per queste ragioni, fondamentale l'operato degli intermediari. Ma, diversamente dal passato, non perché questi sono riservatari di sfere di attività precluse a terzi in ragione dello statuto speciale della relativa impresa sotteso a interessi in senso lato pubblici, sibbene solo (e più semplicemente) perché professionisti della finanza. È questa caratteristica infatti a giustificare il privilegio, non il reciproco. Coerentemente, gli intermediari sono ora sottoposti ad obblighi più specifici di quelli che si risolvono nel mero divieto di non arrecare danno alla sfera giuridica altrui. Le attribuzioni loro ascrivibili in sede di trattativa, conclusione di contratti di investimento, consulenza, promozione e collocamento di prodotti finanziari, mandato gestorio o altro, di natura marcatamente fiduciaria, affondano le radici più profonde oltre che nell'adempimento degli specifici obblighi negoziali, soprattutto nel rispetto di regole di comportamento tese a ridurre al massimo il rischio consentito, naturalmente nei limiti sottesi al mercato di riferimento (dove rimane essenziale il principio del *caveat emptor*) e alla peculiare struttura del rapporto. Non è casuale, in siffatta guisa, il costante e più intenso rinvio (nella norma primaria come in quella secondaria e nella stessa autodisciplina) alle clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza in capo all'operatore che assumono natura additiva rispetto al codice civile, del quale sono tuttavia mutuarie della logica ordinatrice raccolta intorno a una tavola di principi generali. Tale richiamo evidenzia infatti il loro ruolo di controllo sulle modalità del contrarre piuttosto che di sindacato sui contenuti dell'accordo (sostengo questo significato del richiamo alle clausole generali da parte della legislazione nuova in *Autorità indipendenti e tutela del consumatore: la Banca d'Italia*, in *Contratto e impr.*, 1999, 713).

Sono perciò queste regole a marcare la più sostanziale differenza tra gli esercenti siffatte attività e altri regimi economici; a indicare le tecniche giuridiche maggiormente idonee a tutelare questa categoria di risparmiatori; a invenerare l'attuazione dell'art. 117, 2° comma, lett. e), Cost. nella parte in cui eleva a valore fondante delle competenze dello Stato la moneta, la tutela del risparmio e i mercati finanziari.

Pervenuti a questa conclusione, è di manifesta evidenza osservare come le stesse strutturali differenze tra norme primarie e regole di autodisciplina si affievoliscano, divengano dubbie, si colorino di incertezza. Le regole di condotta a carico degli operatori sono infatti sempre più simili ad enunciati etici e deontologici; evocano non l'adozione o l'osservanza di prescrizioni formali, predeterminate nei contenuti e vincolate nei fini, quanto piuttosto una sostanziale solidarietà contrattuale (dalla trattativa all'estinzione del rapporto) che — a ben vedere — è antinomica alla tradizionale accezione del contratto quale strumento teso a comporre una volta per tutte interessi in conflitto. Anche l'oggetto e la natura delle regole di riferimento rendono così sempre più importante e intenso il ruolo dell'autodisciplina.

5. - La letteratura gius-economica univocamente afferma che la sanzione reputazionale derivante dal discredito dell'operatore rappresenta il più efficiente e significativo meccanismo di garanzia del rispetto delle regole per il consumatore in quanto incide sulla stessa esistenza dell'impresa. Ciò *a fortiori* nel comparto dell'intermediazione bancaria e finanziaria, connotato da intensi e fondanti vincoli fiduciari. La violazione di regole contenute in codici di autodisciplina liberamente e autonomamente sottoscritti produce, in capo all'inadempiente, l'allontanamento dagli standard di comportamento

eticamente accettabili ed accettati, lo scarto della singola impresa rispetto agli altri appartenenti al settore, l'espulsione dal «club», la conseguente sanzione «di mercato».

Tale ambiente ideale rappresenta tuttavia un obiettivo dinamico, un risultato da conquistare attraverso sapienti politiche di promozione della concorrenza non limitate solo a sancire la conflittualità con i relativi valori delle note, patologiche (e controverse) fattispecie delle concentrazioni, dei cartelli, degli abusi nelle posizioni dominanti, ma a fare in modo che i mercati gradualmente evolvano verso la rimozione degli ostacoli (di tutti gli ostacoli, economici, corporativi, ordinamentali) che favoriscono rendite di posizione ed extra profitti. Suppone perciò mercati evoluti, assenza di asimmetrie informative tra i consumatori, riduzione dei costi transattivi, effettività nell'esercizio dei poteri di estinzione del rapporto con ricorso ad altro concorrente (*exit*) e di denuncia della violazione dei propri diritti (*voice*). A me pare che questo sia il significato più profondo e innovativo da attribuire alla recente codificazione in ambito costituzionale del principio di tutela della concorrenza (art. 117, 2° comma, lett. e, Cost.).

Nelle diverse sedi applicative in cui viene in gioco il sindacato sul rispetto delle regole, il diritto è chiamato a integrare questo percorso nella consapevolezza — presente fin da Adam Smith — che «il commercio può fiorire solamente in uno Stato dove la giustizia è amministrata in modo regolare, oppure dove vi è una certa fiducia nell'equità del governo» (v. lo stimolante, innovativo studio di E. ROTHCHILD, *Sentimenti economici. Adam Smith, Condorcet e l'illuminismo*, Bologna, 2001, dal quale (pag. 27) è tratto l'inciso). Ciò avviene con l'ausilio dei tradizionali e specifici strumenti tesi a segnalare e a sanzionare l'inadempienza fondamentalmente attraverso due percorsi paralleli.

Il primo consiste, nello stesso ambito autopoietico, nel prevedere organismi di giustizia stragiudiziale, metodi alternativi di composizione delle liti, *ombudsmen* settoriali, altre sinonime formule riassuntive di procedimenti conciliativi non giurisdizionali riconducibili a fenomeni di microconflittualità (c.d. *small claims*) in grado di assicurare — in sede applicativa — il rispetto delle regole di condotta indicate nei codici.

L'*ombudsman* bancario, istituito fin dal 1993, appare in grado di assolvere a tale funzione. Assenza di costi diretti e indiretti del ricorso, tempestività della decisione, flessibilità del procedimento, mancanza di preclusioni al sindacato del giudice togato, soprattutto crescente gradimento da parte della clientela *retail* sono indicatori che testimoniano l'efficacia della scelta e la sua coerenza con il complessivo quadro di riferimento. Ciò segnatamente in quanto unica, ma significativa, sanzione contemplata in caso di inosservanza da parte della banca (o dell'intermediario) alla decisione consiste, decorso il termine assegnato per provvedere, nella pubblicità dell'inadempienza a mezzo stampa a spese del ricorrente. Sanzione perciò avente contenuto «morale», suscettibile di incidere sull'onore e sulla reputazione del destinatario, idonea a segnalare al mercato, alla pubblica opinione l'inosservanza delle regole e dei patti convenuti. Non è, per inciso, casuale che non constano casi in cui l'*ombudsman* bancario è stato costretto ad attivare tale sanzione accessoria. Essa ha infatti per l'intermediario un costo d'immagine decisamente maggiore rispetto a quello meramente patrimoniale che si traduce nel ristoro del danno lamentato dal ricorrente.

Le competenze dell'organismo sono limitate ai soli danni economici direttamente causati dall'inadempimento o dall'inesatta esecuzione delle

operazioni e servizi forniti alla clientela quantificabili in valori monetari attualmente non superiori a diecimila euro. E tuttavia, la violazione delle norme deontologiche, delle regole di comportamento fissate nell'omonimo codice non sempre si traduce in danni patrimoniali diretti quantificabili in valori monetari.

La più tangibile testimonianza è offerta da una pronuncia dell'*ombudsman* bancario pubblicata in una primaria rivista giuridica in cui, a fronte della denuncia da parte del ricorrente di una serie di asserite irregolarità ascrivibili alla violazione di talune regole di comportamento in senso lato ispirate a criteri di solidarietà contrattuale (nella specie: rilascio della carta di credito sottratta ad oltre un mese dalla richiesta; rifiuto di informazioni circa l'eventuale uso della carta sottratta; disparità di trattamento tra clienti *et similia*), il *decisum* è nel senso dell'irricevibilità del ricorso, verosimilmente imputabile alla mancata quantificazione del danno economico (*Ombudsman* bancario 9 marzo 1999, *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Banca, credito e risparmio*, n. 140, e *Giust. civ.*, 1999, I, 1523, con nota di E. GABRIELLI, *L'incompetenza dell'«ombudsman» bancario (il «non liquet» dell'organismo di garanzia)*). Sul piano formale, la decisione è certo ineccepibile sulla scorta delle competenze conferite all'organismo di giustizia domestica. Su quello della rispondenza di siffatto assetto di *enforcement* alle regole contemplate nel codice di autodisciplina pare invece lecito esprimere riserve. Tra queste regole figurano infatti, oltre a espressi richiami alla trasparenza, diligenza e professionalità degli intermediari aderenti, più specifici obblighi di assistenza al cliente, di minimizzazione dei tempi delle operazioni, di trasmissione delle informazioni e degli strumenti utili a prevenire o ad affrontare situazioni di emergenza. Non sarebbe stato perciò difficile, previo accertamento dei fatti, ricondurre le descritte fattispecie alla violazione di queste prescrizioni. Se però, come è accaduto, l'assetto delle competenze conferite all'organismo di giustizia stragiudiziale esclude che questi possa effettuare l'accertamento della violazione, quelle regole diventano virtuali, ineffettive, non in grado di assicurare una qualche tutela al risparmiatore. Per questa ragione ho in altra sede osservato che se non esistono buone regole ove non se ne possa garantire la corretta attuazione, è opportuno, nello stesso interesse del sistema finanziario, rendere sindacabili presso l'*ombudsman* anche comportamenti siffatti, prevedendo informali ma dissuasive sanzioni per l'inosservanza di obblighi liberamente assunti (così in CARRIERO, *Autonomia privata*, cit., 181). L'annunciata modifica al relativo regolamento (v. *Il Sole-24 Ore* del 5 maggio 2005, *L'ombudsman amplierà le sue tutele*, pag. 17), che già contiene importanti elementi di novità quali l'innalzamento della competenza per valore a cinquantamila euro e la rimozione della legittimazione attiva a favore del solo consumatore, può rappresentare la sede per porre rimedio alla descritta lacuna.

Secondo versante. È opportuno che le regole di autodisciplina possano costituire utile parametro di riferimento per il giudice togato nella soluzione di controversie nell'uno o nell'altro modo relative a violazioni delle regole di comportamento. Vale in proposito osservare che, diversamente dal passato, siffatte regole vengono spesso espressamente richiamate in norme di legge primarie o secondarie. È significativo, ad esempio, che le recenti disposizioni regolamentari sulla trasparenza bancaria facciano espresso rinvio al rispetto delle discipline autoregolamentari (codici di condotta, sistemi di composizione stragiudiziale delle controversie, ecc.), che rappresentano un «utile strumento di integrazione della disciplina». Il richiamo è gravido di conseguenze giuridiche in senso stretto. Esso infatti possiede un valore aggiunto di cospicuo

momento sul piano formale: quello di far acquisire all'autodisciplina rilievo anche ai fini dell'applicazione del diritto statuale in senso stretto, legittimando così il giudice a far ricorso alle relative disposizioni, alla *ratio* ad esse sottesa, per la soluzione di controversie aventi ad oggetto fattispecie o comportamenti ritenuti lesivi di diritti codificati. Convengo dunque con l'autorevole opinione secondo la quale l'inserimento di norme autopoietiche all'interno dell'ordinamento giuridico per il tramite del relativo rinvio determina l'aggiunta di altre ipotesi, o categorie di ipotesi, alle figure generali. Dette regole hanno perciò rilevanza in termini di criteri di valutazione dei comportamenti e così «non tanto riducono, quanto allargano il campo della responsabilità e della discrezionalità del giudice» (in questi termini, N. IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità amministrativa - codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 698. Più ampi riferimenti in CARRIERO, *Nuova trasparenza bancaria, tutela del risparmiatore e prospettive di riforma del credito al consumo*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, Torino, 2004, 37 ss.).

Possono inoltre utilmente concorrere a evitare pericolosi contrasti interpretativi.

La sanzione prevista dal t.u. della finanza (d.leg. 58/98) a fronte della violazione delle norme di comportamento nella prestazione dei servizi di investimento consiste nel risarcimento del danno contrattuale (cfr. art. 21, 6° comma). Nonostante l'inversione dell'onere probatorio, l'accertamento del nesso causale è difficile. A fronte di eventi di grande impatto sull'opinione pubblica (e, purtroppo, sulle risorse dei risparmiatori), una recente, innovativa giurisprudenza di merito non ha esitato ad affermare — in materia di negoziazione di titoli del debito pubblico argentino, i c.d. *tango bonds* — che quelle regole di condotta hanno natura di «norme imperative poste a tutela non solo del singolo cliente ma dell'interesse pubblico alla regolarità dei mercati e alla stabilità del sistema finanziario» (il riferimento è a Trib. Mantova 18 marzo 2004, *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Intermediazione finanziaria*, n. 80, e *Giur. it.*, 2004, I, 2125, con nota di P. FIORIO, *Doveri di comportamento degli intermediari finanziari, «suitability rule», conflitto di interessi e nullità virtuale dei contratti di investimento in «bond» argentini*, nonché *Giur. comm.*, 2004, II, 690, con nota di E. SCIMENI, *La prima sentenza italiana sulla vendita di «tango bonds»*). Sulla sentenza, v. altresì le riflessioni di F. SARTORI, *Il mercato delle regole. La questione dei «bonds» argentini*, in *Giur. it.*, 2005, 54. In termini, v. anche Trib. Mantova 12 novembre 2004, Trib. Firenze 30 maggio 2004 e Trib. Venezia 22 novembre 2004, *ibid.*, 754, con nota adesiva di P. FIORIO, *Gli obblighi di comportamento degli intermediari al vaglio della giurisprudenza di merito*). Da tale premessa, con il ricorso all'incerta categoria della «nullità virtuale», ha fatto derivare l'invalidità del contratto, pur essendo quanto meno dubbia la contrarietà di questo o di singole sue clausole a norme imperative, venendo piuttosto in gioco inadempienze connesse all'acclarata violazione delle regole di comportamento stabilite dal t.u. della finanza, alle quali — nelle leggi speciali come nel codice civile — il legislatore connette non la nullità dell'atto, ma responsabilità contrattuali. Il risultato appare perciò giuridicamente incerto (e v., infatti, Trib. Taranto 27 ottobre 2004, *ibid.*, che conclude per la sanzione risarcitoria sulla scorta del rilievo che il vizio «inerisce a un contratto ormai perfezionato»). La *ratio decidendi* sembra infatti riposare su un ragionamento controvertibile, certo non univoco quanto piuttosto, in punto di politica del diritto, ispirato a superare gli ostacoli che derivano dall'esperimento dell'azione risarcitoria. È allora il caso di chiedersi

se, in maniera più lineare, a simili risultati non sia possibile pervenire facendo applicazione delle regole integrative dettate dall'autodisciplina soprattutto al fine di chiarire ampiezza e maggior rigore degli obblighi di diligenza e professionalità in capo a tale categoria di intermediari. Transitando tuttavia, diversamente da questa giurisprudenza, per la via maestra del risarcimento del danno contrattuale. In questo senso, una più diffusa e rigorosa applicazione di queste norme è nello stesso interesse degli operatori del settore.

6. - I gravi episodi che, muovendo dal dissesto di società con titoli quotati, hanno interessato il mercato finanziario, si sono cronologicamente legati ad altri eventi di grande rilievo (dall'insolvenza di Stati sovrani al collocamento di sofisticati prodotti finanziari), producendo così sconcerto nella pubblica opinione e, soprattutto, crisi di fiducia da parte dei risparmiatori.

La reazione dell'ordinamento, ancora non definitivamente compiuta, consiste principalmente in un rafforzamento del sistema dei controlli. Per quanto più specificamente ci occupa, nella predisposizione di più stringenti regole di comportamento degli intermediari e in un maggior rigore nella disciplina dei conflitti di interesse.

L'impressione è tuttavia che, nell'ambito del mercato finanziario, a fronte di cospicui, pervasivi interventi di armonizzazione da parte del legislatore comunitario, residuino davvero pochi spazi per l'esercizio di un'autonoma potestà d'imperio in sede primaria che non confligga (per difetto o, più verosimilmente, per eccesso) con quegli obiettivi e quelle norme. Regole di condotta degli intermediari e disciplina dei conflitti di interesse sono, in particolare, mutuati da discipline comunitarie e sono perciò ampiamente comparabili con omologhi istituti vigenti in altri paesi europei. In mercati finanziari integrati, aperti, globalizzati, la standardizzazione (o, almeno, l'omogeneità) di tali regole rappresenta un significativo indicatore di efficienza del diritto dell'economia. Diversamente dal passato, la fantasia giuridica che conduce a scostamenti di rilievo dell'ordinamento giuridico pur producendo — in ipotesi — migliori norme, non paga in termini di concorrenza tra gli ordinamenti. Determina, in ogni caso, un *unicum* non comparabile, incertezze e così indirette barriere all'ingresso.

La flessibilità, l'informalità, la complementarità che caratterizzano l'autodisciplina, soprattutto gli scostamenti culturali (di cultura giuridica) tra la nostra e più avanzate esperienze, sembrano invece consentire cospicui spazi di espansione a favore di tale fenomeno.

Per l'una come per l'altra fonte il nocciolo duro del problema risiede comunque nell'assicurare effettività alle regole del gioco principalmente attraverso meccanismi in grado di restituire quanto indebitamente percepito o lucrato, di risarcire il danno patrimoniale piuttosto che sanzionare comportamenti e infliggere pene pecuniarie a favore dello Stato che — a rigore — danneggiato (o, almeno, diretto danneggiato) non è. Chiama perciò in causa, segnatamente per le leggi che governano i mercati finanziari, le disfunzioni del processo civile, la denegata giustizia che è effetto della ritardata giustizia, le inefficienze — anche organizzative — dell'apparato giudiziario, i non più giustificabili ritardi nel passaggio dal processo «di carta» al processo telematico. Evoca, sotto altro non meno importante versante, l'assenza di strumenti processuali a tutela di interessi collettivi o diffusi. Diversamente dal diritto sostanziale, in ciò la distanza tra Italia e altri paesi industrializzati è davvero molto marcata. Affidare perciò la tutela del risparmiatore alla sola

rivisitazione di norme speciali, ad un apparente quanto ineffettivo braccio violento della legge, senza incidere su queste più importanti e complesse variabili di una società civile significa ricorrere ad uno «*show* di energia statuale che non tocca alcun interesse socialmente forte» (A. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 445) e che appare perciò molto più simile al ruggito del topo che ad una avanzata disciplina del mercato.

--- Estremi documento ---

Archivio: foro italiano

Tipo documento: monografia

Voci e sottovoci Repertorio:

Banca, credito e risparmio [0850]

Credito e risparmio

Risparmio

Autore: GIUSEPPE CARRIERO

Titolo: Codici deontologici e tutela del risparmiatore

Nella rivista: anno 2005, parte V, col. 196

--- Note ---