

GIUSEPPE CARRIERO
Le fonti negoziali del diritto
nel settore bancario e finanziario (*)

SOMMARIO:

1. *Autodisciplina e diritto positivo: l'espansione dell'area negoziale.*
2. *Ragioni del fenomeno.*
3. *Il codice di comportamento del settore bancario e finanziario.*
4. *Quali mercati, quali regole, quale effettività.*
5. *La crisi della giustizia.*
6. *L'«ombudsman» bancario.*
7. *Esperienze applicative.*

1. - Il binomio costituito dall'autodisciplina nelle fonti di produzione del diritto e dalla composizione delle controversie tra consumatore ed impresa attraverso metodi alternativi correntemente espressi dall'ossimoro di giustizia stragiudiziale rappresenta un fenomeno in espansione dell'odierna società post industriale tra i più significativi. Esso trasversalmente interseca settori economici iperegolamentati dell'attività produttiva, intermediaria, delle professioni intellettuali, fino a ricomprendere isole solo lambite dal diritto, quali la programmazione televisiva per l'infanzia.

Codici di comportamento del settore bancario e finanziario ed *ombudsman* settoriale; decaloghi di trasparenza da parte di associazioni esponenziali delle società di gestione del risparmio; regole di autodisciplina da parte di associazioni di agenti di servizi finanziari e di reti distributive dei relativi prodotti; fonti di autodisciplina pubblicitaria e codici deontologici; carte dei doveri dei giornalisti per la tutela della personalità dei minori; da ultimo il codice di autodisciplina per le società quotate (1) configurano (ancorché asistematicamente e senza pretesa di completezza) concrete testimonianze della dimensione economica, sociale, normativa della formazione negoziale del diritto tali da escludere potersi trattare di effimere mode destinate a rapido oblio. Né la partita può dirsi chiusa, visto che anche i più recenti orientamenti del legislatore di Bruxelles in tema di protezione del risparmiatore sono esattamente nel senso di incentivare l'adozione di «organismi pubblici o privati preposti alla composizione stragiudiziale delle controversie» (2).

A fronte di tali processi di formazione del diritto alternativi ai tradizionali meccanismi di produzione della legge in senso formale, definire – sul piano dei principi come su quello del metodo – rapporti, antinomie, complementarità tra queste discipline ed i postulati di unicità (o unitarietà) della legislazione e della giurisdizione che caratterizzano i sistemi giuridici moderni appare ineludibile presupposto di qualsiasi successivo approfondimento settoriale.

Il problema, che in questa sede sconta l'approccio necessariamente sommario imposto dall'oggetto e dai limiti del lavoro, non è, all'evidenza, nuovo né inesplorato. È, anzi, antico almeno quanto l'antitesi tra potere dello Stato ed autonomia dei singoli, tra *Rechtsstaat* e contratto sociale. Diversa tuttavia appare, in chiave fenomenologica, la prospettiva d'analisi.

Di filosofia politica, di limiti all'assolutismo ed al panpositivismo giuridico quella; di classificazione e qualificazione di fenomeni effettivi, manifestantisi *in rerum natura* questa. La prima deduce diritti (*rectius*, poteri) di autonomia dallo Stato di diritto che ne costituisce la fonte (Kelsen) o dalla pluralità degli ordinamenti giuridici (Santi Romano); la seconda induce limiti al solipsismo di Stato, all'esclusività statale nella produzione del diritto e

nell'amministrazione della giustizia dal concreto esercizio di poteri di autonomia che determinano il nascere, il modificarsi o l'estinguersi di diritti ed obblighi.

Si tratta allora di comprendere, anche con l'indispensabile ausilio di quelle fondamentali dottrine dello Stato, se i fenomeni in rassegna siano, ed in quali termini, riconducibili a naturali evoluzioni dello Stato di diritto che non contraddicono il principio di esclusività dell'ordinamento positivo o, all'incontro, rappresentino emblematiche forme di graduale superamento di quel modello.

Meno ermeticamente: non è dubbio che queste nuove fonti del diritto siano sintomatiche della crisi del monopolio legislativo in termini di produzione di *rules of law* tese all'intervento diretto dello Stato nei rapporti socio-economici. Si è, al riguardo, opportunamente già osservato che «il modello del diritto regolativo assunto dallo Stato sociale contemporaneo come uno dei meccanismi principali di realizzazione del *Welfare State* appare sempre meno adatto a controllare la crescente complessità delle relazioni sociali ed economiche» (3); lo stesso legislatore «è perfettamente consapevole del fatto che esistono nella società civile meccanismi di forza capaci di imporre regole altrettanto vincolanti di quelle formalmente riferibili alla fonte parlamentare» (4).

Il punto è: la crisi del positivismo giuridico prelude alla, si traduce nella creazione di ordinamenti settoriali concorrenti con quello statale o trattasi invece di forme di autonomia derivata (*scilicet*, eteronomia) che si svolgono per intero sotto la legge statale?

Anche così riformulato, il problema rischia di apparire come l'ennesima riproposizione del tradizionale dilemma tra unità e pluralità dell'ordinamento giuridico e così scontare l'ovvio, noto ed insanabile contrasto tra quanti forniscono cittadinanza all'autonomia privata dei singoli solo in quanto verticalmente ne sia previsto espresso riconoscimento dalla legge statale (es: art. 2 e 18 Cost.) e quanti invece concepiscono le relazioni tra diritto dei privati (concettualmente diverso dal diritto privato, che è solo una parte dell'ordinamento statale) e diritto dello Stato in guisa di rapporti tra ordinamenti giuridici originari. Di nuovo, normativismo vs. istituzionalismo, Kelsen e altri vs. Santi Romano e altri.

Sterile, di scarsa utilità pratica, soprattutto velleitario risulterebbe il tentativo da parte di chi scrive di prendere partito in siffatto contrasto tra scuole di pensiero. Non di questo, dunque, si tratta, ma piuttosto di comprendere perché, in chiave di effettività, la formazione negoziale del diritto, non preclusa anzi incentivata dalla Carta costituzionale, inizi a porsi all'attenzione dell'interprete solo in tempi recenti a seguito della diffusione esponenziale di fattispecie autodisciplinari; perché lo spazio occupabile dall'autonomia originaria dei singoli produca frutti maturi solo in coincidenza con l'inizio del nuovo millennio; perché faccia registrare cospicue iniziative in campo economico e finanziario a fronte del suo asimmetrico, incerto sviluppo nella società civile.

Dalla risposta a tali interrogativi sarà poi forse possibile trarre indicazioni più generali in punto di tendenze evolutive dell'ordinamento giuridico.

2. - In termini assolutamente inimmaginabili rispetto ad una realtà remota di soli tre lustri, l'odierna caratterizzazione giuridica, economica, imprenditoriale, 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

lo studio di istituti, soluzioni e prassi contrattuali comparabili in chiave non solo europea ma anche mondiale. La parola magica che, anche sul piano speculativo, sintetizza il mutamento di costume, l'impiego del telescopio in luogo del microscopio è nota, abusata, inquietante: è «globalizzazione».

La causa prossima del mutamento risiede nella recente evoluzione del diritto comunitario, nel passaggio dal sistema delle fonti dell'originario trattato di Roma del 1957 al «passaporto europeo» realizzato dalle direttive prodotte in attuazione degli indirizzi del «Libro bianco» del 1985, al mercato unico concepito con gli accordi di Maastricht del 1992.

Il nuovo diritto dello spazio economico europeo, le nuove regole del gioco affondano le proprie radici nella libera competizione economica, nel valore della concorrenza, nella armonizzazione delle regole necessarie a creare una base comune ed uniforme idonea a porre su un piano di effettiva parità gli operatori e le imprese. Trattandosi del mondo degli affari, queste nuove regole non possono non avere ad oggetto il campo del diritto commerciale e civile, posto che autonomia dell'imprenditore ed autonomia negoziale, contratto di società e contratti in generale rappresentano l'imprescindibile strumento attraverso cui si realizzano le funzioni creative, produttive ed innovative dell'impresa nell'ambito di mercati competitivi.

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» (5), allo stato palesemente incolmabile con un unico diritto dei contratti codificato in un'unica tavola di principi.

Iniziative e progetti in corso per l'unificazione legislativa del diritto privato (tra i quali, principalmente, il progetto del c.d. «gruppo pavese», il progetto Mc Gregor e, soprattutto, l'iniziativa che fa capo alla «commissione» non governativa costituita ad opera di Ole Lando dell'università di Copenaghen) testimoniano le difficoltà di riassumere in un unico codice l'intera area giuridica di *civil law*; codice che andrebbe poi ulteriormente rivisitato onde mediare quelle soluzioni con la diversa tradizione dei paesi di *common law* (6).

Affari, competizione economica, circolazione della ricchezza peraltro non attendono. Ciò 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 (7).

Donde l'emersione di fenomeni propri di altre epoche storiche, risalenti addirittura allo *ius commune*, onde contribuire in qualche modo al superamento delle divisioni tra i diversi sistemi di diritto statale europeo. Il riferimento, neanche molto implicito, è alla c.d. *lex mercatoria*, all'insieme dei principi contrattuali vigenti all'interno della *societas mercatorum*, che è oggi «una chiara manifestazione dell'esigenza che non solo i contratti dei consumatori ma anche, sia pure per motivi diversi, quelli dei commercianti abbiano una regolamentazione transnazionale e, più specificamente, europea» (8).

Fondamentale strumento è, sotto questo versante, rappresentato dai «principi» per i contratti commerciali internazionali predisposti dall'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (i c.d. «principi Unidroit») al fine di porre a disposizione degli operatori economici regole generali cui fare riferimento sia per la conclusione del contratto che per la definizione di controversie future (9).

Codici di autodisciplina sul piano delle fonti di produzione; *Alternative Dispute Resolution Methods* (d'ora innanzi Adr) su quello dell'*enforcement* rappresentano, sotto diversi versanti e con riferimento a peculiari interessi, ulteriori rilevanti sviluppi dell'area negoziale del diritto ascrivibili agli stessi

paradigmi euristici ed agli stessi bisogni economici che sono alla base della riscoperta della *lex mercatoria*. La libertà di competere e l'allargamento dei mercati determinano infatti, da un lato, l'esigenza di prevedere regole di condotta tese a livellare il terreno di gioco onde escludere che la partita possa essere vinta grazie a comportamenti opachi sul piano della trasparenza o men che commendevoli su quello della correttezza; dall'altro di evitare costi transattivi di elevato (quando non proibitivo) 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 (10).

Siffatto scenario sconta, anche con riferimento al lessico adoperato, la intuitiva, facile obiezione circa la possibile riconduzione delle funzioni in discorso non all'area dell'autonomia, quanto piuttosto a quella presidiata dalle autorità di regolamentazione del mercato, le note autorità amministrative indipendenti. Quale allora il rapporto tra i due insiemi, quale *l'actio finium regundorum*?

Oggetto, limiti, finalità dello scritto non consentono di poter in questa sede affrontare, neanche in termini generalissimi, le controverse (e roventi) problematiche relative alla genesi, alla natura, alle caratteristiche tipologiche delle autorità indipendenti. Ad esse ho, in altra circostanza, dedicato specifici approfondimenti ai quali non posso che fare rinvio (11).

Basti, per quel che qui rileva, considerare che, ammessa anche una specifica pertinenza in capo a questi organismi delle cennate funzioni regolamentari, ciò non vale certo ad escludere la possibilità che, nelle materie indicate, l'autodisciplina possa concorrere con l'etero regolamentazione onde realizzare mercati più maturi, efficienti, integrati. Ferma la gerarchia delle fonti del diritto, tra le due sfere d'intervento vige invero un rapporto di complementarità, non di esclusione.

Valga sinteticamente in proposito osservare: *a)* che, per quanto ampia, l'area di intervento delle autorità indipendenti non può mai risultare onnicomprensiva; *b)* che non sempre, non con riferimento a tutti i settori dell'attività economica, risulta possibile e conveniente ricorrere alla etero regolamentazione, il cui presupposto è rappresentato dalla presenza di rilevanti interessi pubblici meritevoli di protezione; *c)* che la disciplina prodotta dalle autorità indipendenti sconta il limite della territorialità che, come si è visto, costituisce talora la vera causa del ricorso all'autodisciplina come fonte di un diritto sovranazionale.

Aggiungasi, sul piano dell'effettività: *i)* che esistono costi di applicazione della etero regolamentazione a carico del mercato, dell'impresa, del consumatore che possono a volte risultare più elevati dei sottesi benefici (12); *ii)* che la regola di autodisciplina, in quanto condivisa e fatta propria dai costituenti, risulta spesso maggiormente vincolante di quella imposta; *iii)* che, diversamente dalla regola di diritto positivo, la *soft-law* supera la tradizionale soluzione di continuità tra l'imperativo giuridico e la regola morale, legittimando invece una prospettiva per la quale «all'artificiosa opposizione diritto-morale su cui si sono logorate generazioni di teorici del diritto si debba sostituire una visione globale delle diverse articolazioni dell'etica» (13).

Non è dunque casuale che, da parte di talune autorità (nella specie: dalla Banca d'Italia), si esprima «un chiaro favore per l'autoregolamentazione, nel convincimento che essa può indurre un effettivo miglioramento dei rapporti tra imprese e consumatori; può accrescere la reputazione dei singoli

operatori» (14).

Più in generale, non sembra 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.

La recente codificazione del principio di sussidiarietà nell'art. 5, 2° comma, (ex art. 3B) del trattato dell'Unione europea rappresenta invero, di là della iniziale difficile interpretazione della sua valenza nel riparto tra competenze statuali e dell'Unione, un consistente elemento innovativo dotato di *vis expansiva*, e così idoneo a trasmigrare, a prolungare i suoi effetti nell'ordinamento interno in termini di fungibilità tra le diverse fonti (negoziali e positive) del diritto, sicché i reciproci rapporti «tendono ad essere regolati più che da criteri di reciproca esclusione, da un criterio di generale concorrenza» (15). Ad onta delle apparenze, è questo tuttavia principio antico, che ha radici filosofiche «che possono essere fatte risalire addirittura ad Aristotele, ad Altusio e a S. Tommaso d'Aquino: il principio è inteso da questi pensatori come elemento di demarcazione tra la sfera del cittadino e quella della politica» ed in questa chiave di lettura impiegato dalla dottrina sociale cattolica come «criterio di valorizzazione delle capacità della persona e delle formazioni sociali intermedie contro lo statualismo» (16).

La sua riscoperta nell'ambito dell'azione comunitaria ha fatto ritenere che il processo di «*désidentification de l'État et du droit*» possa tradursi nel superamento della «separazione tra ordinamento generale ed ordinamenti particolari» e così far emergere «la inadeguatezza di ogni prospettiva che legga in chiave di . . . prevalenza gerarchica» i rapporti tra le diverse fonti del diritto (17).

Sul piano del ragionamento, il normativista potrebbe peraltro utilmente opporre che siffatto principio esiste solo in quanto positivizzato e, in ogni caso, incide nell'assetto gerarchico delle competenze tra Unione e Stati nazionali, non certo in quello tra norma formale e regola di autodisciplina, che continua ad avere cittadinanza nell'ordinamento solo in quanto trovi fonte e misura nelle leggi dello Stato.

Insomma, *nihil sub sole novi*?

Occorre, in realtà, sottrarsi all'ennesima riproposizione, sotto mentite spoglie, della trappola dogmatica consistente nell'inversione della metodologia d'analisi. Rimanendo rigorosamente ancorati al dato fenomenico, non può invero dubitarsi dell'estrema importanza sottesa all'affermazione, soprattutto culturale, del principio di sussidiarietà se l'esperienza tangibile, concreta del progressivo e pervasivo sviluppo della *soft-law* testimonia sul campo il superamento del previgente incontrastato modello monopolista nella produzione del diritto da parte dello Stato, e così la progressiva rilevanza di una metodica «assiologico-sostanziale nei criteri di ordinazione delle fonti che integra il criterio gerarchico-formale» (18).

Stabilire se ciò dipenda dalla concorrenza tra ordinamenti pari ordinati o non piuttosto dal concreto esercizio dell'autonomia derivata reso possibile dalla codificazione di quel principio diviene, ai fini degli obiettivi di questo lavoro, di secondaria importanza; non utile a comprendere l'essenza del fenomeno. Quel che conta è invece l'acclarata sussistenza – quale che sia il modello teorico di riferimento – di un pluralismo normativo, della concorrenza tra norme di rango diverso.

Ciò consente di chiarire significato, portata, limiti della nozione di esclusività dell'ordinamento giuridico; di diversificare tale nozione da quella (di stampo assolutistico) di esclusività nella produzione del diritto; di passare all'esame delle forme di autodisciplina nel settore considerato.

3. - Con il codice di comportamento adottato nel 1996 su iniziativa dell'Associazione bancaria italiana (d'ora innanzi: Abi), il settore bancario e finanziario si è dotato di un importante strumento teso a migliorare, in maniera uniforme, i rapporti con la clientela (19).

La genesi di queste norme di autodisciplina è, nel concreto, ascrivibile alla naturale evoluzione degli ordinamenti che fanno parte di mercati integrati aperti alla concorrenza, dove la partita non può non giocarsi anche e soprattutto sul piano della comparabilità delle disposizioni a tutela del consumatore del prodotto o servizio considerati. Sicché, nella descritta chiave di lettura, non inutile, nel preambolo, è la precisazione che l'iniziativa è dichiaratamente mutuataria di simili esperienze diffuse all'estero, «dove tra gli esempi più rilevanti si registrano la *Charte des Services Bancaires de base*, messa a punto in Francia», o le «regole di *Good Banking* inglesi», atteso che l'obiettivo è quello di adeguarsi a standard internazionali ritenuti imprescindibili per lo sviluppo «di un 'sistema qualità' teso a garantire che lo svolgersi della vita aziendale si ispiri a criteri atti ad assicurare la soddisfazione del cliente» (20) e così, soprattutto, ad assecondare crescenti livelli di domanda rivolti all'impresa domestica.

Delle cinque parti di cui si compone (principi generali; normativa di riferimento; relazioni con il cliente; attività dell'aderente; reclamo del cliente), è quella rubricata alle «relazioni con il cliente» a sollecitare maggiori riflessioni da parte dell'interprete sia riguardo alla natura delle prescrizioni ivi contemplate, sia riguardo ai contenuti.

Quanto alla prima, mette invero conto osservare che, diversamente dalle altre parti del codice (recanti sintesi esplicative della normativa di riferimento, rinvii ad altre discipline, integrazioni di pregresse disposizioni), questa si compone prevalentemente di regole deontologiche tese alla promozione di una vera e propria etica professionale da parte dei consociati. Non dunque l'adozione (o l'osservanza) di formali prescrizioni spesso inutilmente reiterative di norme di legge primarie o secondarie, quanto piuttosto la consapevole, condivisa regola di comportamento di sostanziale assistenza al cliente nelle diverse fasi del rapporto genera la concreta differenza, determina il valore aggiunto della norma autopoietica rispetto a quella esterna.

Ciò vale, sul piano dei contenuti, in punto di impegno a «fornire al cliente l'assistenza necessaria affinché tutte le clausole contrattuali risultino pienamente comprensibili»; a «fornire una copia in bianco del contratto relativo al prodotto o servizio» in fase precontrattuale. A «valutare eventuali proposte o suggerimenti volti a migliorare la fornitura del prodotto o servizio»; a «fornire le informazioni che permettono l'utilizzo corretto del prodotto o del servizio» in sede di esecuzione del contratto. A «fornire le informazioni sugli effetti derivanti dalla cessazione del rapporto»; ad «operare in modo che . . . tutte le attività relative alla cessazione dello stesso vengano effettuate nel minor tempo possibile» all'atto della soluzione del contratto.

Volendo ricondurre le esposte regole di comportamento a principi generali paradigmatici degli obblighi (o, se si preferisce, degli impegni) posti in capo all'(assunti dall')impresa, è facile osservare la loro sussunzione in norme di trasparenza, diligenza e correttezza.

Sul piano dell'ordinamento, il ricorso a questi parametri, a queste clausole generali, costituisce una delle tecniche maggiormente ricorrenti nella legislazione nuova relativa al settore finanziario per assicurare protezione al contraente debole, alla controparte dell'impresa, nonché per correggere le asimmetrie informative presenti nella fase di formazione del contratto, i comportamenti disonesti, il dolo contrattuale ed i conseguenti costi. Trattasi peraltro di tecnica non immune da polivocità ermeneutiche.

Rinviando, per più diffuse, analitiche considerazioni in argomento a lavori nei quali ho specificamente trattato della rilevanza della clausola generale di diritto privato nell'ambito delle negoziazioni compiute nel mercato del credito ed in quello dei valori mobiliari (21), mette qui conto solo problematicamente richiamare le risalenti, complesse questioni concernenti – sul piano dogmatico – la definizione delle interferenze, diversità o sinonimie di espressioni quali «buona fede» e «correttezza», da un lato, dei rapporti tra queste e la «diligenza» dall'altro; quelle relative alla portata della clausola di correttezza, all'esaurirsi o no degli obblighi di *fairness* in quelli di *disclosure*, visto che il settore privilegiato della regola di buona fede è indubbiamente quello dell'informazione al cliente; la ragione del richiamo in capo ad una sola parte del rapporto di siffatte clausole generali che, nel diritto dei contratti, caratterizzano l'attività di entrambi i paciscenti e/o di entrambe le parti in sede di trattativa.

Ed ancora, questa volta sul piano applicativo: visto che la trasparenza, la diffusione di informazioni costa ed occorre fare in modo che la grande massa di informazioni disponibili non disorienti la clientela meno esperta, quali le informazioni davvero significative per il risparmiatore? cosa deve intendersi poi per correttezza a fronte della acclarata impossibilità di costruirne *ex ante* in positivo una nozione? (22)

Ora, a fronte di queste tradizionali problematiche di diritto positivo, della difficoltà di tradurre in univoche categorie generali ed astratte obblighi della specie, la previsione autodisciplinare aiuta notevolmente in quanto valorizza il richiamo alle caratteristiche fiduciarie che connotano, sotto il profilo della esaltazione della solidarietà contrattuale tra le parti, rapporti della specie.

Essere cliente di una banca, di un'impresa di investimento suppone, nei contratti di durata o ad esecuzione continuata che normalmente vengono posti in essere, l'esistenza di continuità e stabilità nella fruizione, dietro corrispettivo, dei beni o dei servizi offerti. Solidarietà tra le parti e vincoli fiduciarî sono perciò intuibilmente maggiori in questi contratti, non a caso qualificati (in generale) come «di credito», rispetto all'isolato atto d'acquisto di un bene o alla prestazione di un servizio stipulati con un contraente occasionale. Riguardo a rapporti della specie, svolge invero un ruolo rilevante la reputazione, «che ha significato di informazione e garanzia, e consente di superare le asimmetrie ed i costi conseguenti (la buona reputazione è un bene che potrebbe andare perduto con cattivi comportamenti, ed è un incentivo quindi a tenere buoni comportamenti; la perdita della reputazione costituisce infatti una sanzione per chi ne gode)» (23).

Ciò rileva sotto due fondamentali versanti relativi il primo alla traduzione degli obblighi di trasparenza, correttezza e diligenza in standard deontologici uniformi atti a far percepire la violazione di quegli obblighi non nella eventuale inosservanza di una prescrizione formale, quanto piuttosto nello scarto del comportamento della singola impresa rispetto agli altri appartenenti al settore. La differenza non è di poco conto, ove si consideri che regolamentazioni eteronome troppo dettagliate producono l'opposto risultato di favorire, tramite

il formale rispetto della legge, allargamento della discrezionalità degli intermediari ed incremento dei costi transattivi, ed inducono alla sconcertante conclusione che così «la correttezza è morta» (24). Il secondo nel conferire all'interprete e, soprattutto, al giudice utili e precisi punti di riferimento nell'evoluzione del «diritto vivente» relativo alla portata applicativa delle clausole generali che regolano la dinamica delle relazioni economiche.

4. - Il codice di comportamento del settore bancario e finanziario individua, come si è visto, gli standard deontologici ritenuti idonei a migliorare le relazioni tra intermediario e cliente, ma nulla dice (né lo potrebbe) in ordine: 1) alla adeguatezza, alla capacità di quegli standard di soddisfare concreti bisogni di protezione della clientela e così di riflettersi positivamente sulla qualità dei rapporti; 2) alla concreta osservanza delle regole autodisciplinari da parte delle banche e degli altri intermediari finanziari iscritti all'Abi o appartenenti ad un gruppo bancario iscritto all'Abi che lo abbiano sottoscritto (c.d. «aderenti»).

Il secondo è, all'evidenza, un problema applicativo, di effettività della norma deontologica, di *enforcement*, di sanzioni per l'inosservanza e di organismi deputati alla loro inflizione, che verrà esaminato più avanti, nella parte concernente l'*ombudsman* bancario.

Il primo è invece problema sostanziale che evoca un giudizio valutativo di consistente momento, se è vero che «i codici deontologici si debbono esaminare nella sostanza, oltre che nella forma, nelle loro finalità espresse e in quelle inesprese, nella loro efficacia concreta, nella loro conformità ai valori che sorreggono la comunità, piuttosto che non nella difesa di interessi di categoria o corporativi» (25). È dunque problema che, nella immanente caratterizzazione relazionale del giudizio, sconta la previa definizione dell'unità di misura alla quale rapportare la valutazione di adeguatezza o no dei richiamati standard a fini di miglioramento qualitativo dei rapporti tra intermediario e cliente.

Ora, si è detto che mercato, concorrenza, spazio economico sovranazionale costituiscono i presupposti euristici della genesi e del progressivo sviluppo di fenomeni di formazione negoziale del diritto, di *soft-law*, di norme autodisciplinari. Ciò, si è aggiunto, al fine di favorire incrementi sempre più consistenti nella domanda dei beni o dei servizi considerati, di uniformare i comportamenti dell'impresa, di dare stabilità ai rapporti giuridici.

E tuttavia, se ciò spiega l'andamento «a pelle di leopardo» delle esperienze autoregolamentari, la cui diffusione è variabile dipendente delle dimensioni economiche, dell'appetibilità e dell'opulenza dei mercati di volta in volta considerati, ancora non chiarisce l'impatto di quelle regole in punto di miglioramento o no della qualità dei rapporti, essendo noto che, pure in regimi competitivi, può pervenirsi ad una situazione «in cui i consumatori, nella loro razionale ignoranza, preferiscono un contratto inefficiente», scadente, «con un prezzo dichiarato più basso ma una serie di costi impliciti derivanti dall'eventuale manifestarsi di rischi contrattuali ad un contratto che ipoteticamente realizzi l'efficiente allocazione del rischio».

È il cosiddetto *market for lemons* (approssimativamente, mercato dei bidoni), cioè un mercato in cui, esistendo concorrenza solo sul versante del prezzo dei prodotti (l'unico elemento che realmente interessa al consumatore), si raggiungerà «un equilibrio in cui sono disponibili prodotti con caratteristiche qualitative sub ottimali» (26).

Conseguenza: ove il mercato considerato rivestisse tali caratteristiche, sarebbe vano, demagogico, soprattutto contrario all'interesse del cliente

stabilire in sede di autodisciplina regole deontologiche tese a migliorare la qualità del rapporto e non resterebbe che ricorrere al «braccio violento della legge» per garantire, necessariamente dall'esterno, questo risultato ove ritenuto rilevante per il pubblico interesse.

Così intuitivamente non è per il mercato creditizio e finanziario, nel quale qualità del contratto e prezzo dello stesso costituiscono elementi unitari e non scindibili dell'atto di autonomia, ma le esposte considerazioni sono tuttavia di estrema importanza per cogliere le differenze in punto di effettività delle norme autoregolamentari. Perché se ne possa fornire un giudizio non aprioristico di favore o disfavore, occorre infatti avere presenti: *a)* le caratteristiche del mercato in cui vanno e calarsi e *b)* le possibilità di reazione critica da parte dei consumatori di quei prodotti, l'esistenza o no di *voice* da parte della clientela.

Se il settore della banca e della finanza sconta, in mercati evoluti, strumenti diretti (la forza contrattuale della controparte dell'intermediario, che ben può essere costituita dall'impresa) e, soprattutto, indiretti (l'*exit*, la cessazione del rapporto ed il ricorso ad altro intermediario concorrente; la rappresentanza di associazioni di consumatori, ecc.) volti a misurare il gradimento, l'effettività, l'osservanza delle norme di autodisciplina, non altrettanto accade in comparti economici pure rilevanti, ma caratterizzati da scarsi meccanismi di rappresentatività degli interessi. Ciò in quanto cliente, utente, controparte, consumatore non costituiscono una unitaria classe sociale (27), essendo questa famiglia di soggetti rappresentata da «consumatori ricchi e consumatori poveri; consumatori colti e consumatori ignoranti; consumatori di beni di prima necessità e consumatori di beni di lusso; consumatori che hanno bisogno di tutela e consumatori in grado di autotutelarsi; consumatori lavoratori subordinati e consumatori lavoratori autonomi» (28).

Un esempio provocatoriamente «estremo»: quello della fruizione da parte di infanti e ragazzi (in Italia forse non occasionalmente «minori») di programmi televisivi è settore economicamente rilevante. Le cifre attestano, da un lato, che tale categoria di soggetti costituisce «il pubblico più assiduo e più attento, con una fruizione media giornaliera che si attesta sulle due ore»; dall'altro, che essa viene per lo più intrattenuta e svagata «da programmi contenitori di cartoni animati più utili a proporre oggetti d'acquisto con le interruzioni pubblicitarie che a coinvolgere divertendo» (29). L'infanzia è dunque presa in considerazione per la sua capacità a divenire soggetto economico, consumatore. In relazione a ciò, si assiste ad una continua ed estesa produzione di codici di autodisciplina, che tuttavia non sembra determinare una migliore qualità della programmazione televisiva, se è vero che «l'elemento che accomuna questi codici, che sono spesso assolutamente ridondanti rispetto alle norme giuridiche evocate, è l'anelito al rispetto» (30).

Diverse analisi sono state proposte per spiegare questi risultati non positivi dell'autoregolamentazione nel settore considerato. Tra le tante risposte, spesso tra loro in contrasto, una sembra particolarmente convincente: quella che «se c'è un pubblico che non ha autonomia e lungimiranza», quindi capacità di reazione, «è proprio quello dei bambini che, più di tutti gli altri, guardano ciò che viene loro proposto» (31). Essi non hanno *voice*; sono – giuridicamente quasi figli di un Dio minore – soggetti economici, non soggetti di diritto; soprattutto, non possiedono validi strumenti di rappresentanza, atteso che «la cultura che ne esalta il ruolo di sudditi oggetto di vessazioni o che, per renderli protagonisti, li assimila agli adulti, di fatto resta la cultura del conservatorismo immobile, quella dell'assistenza, quella che non predispone il nostro popolo alla cittadinanza europea» (32).

5. - I tempi medi di trattazione dei processi ordinari in materia civile sono, in Italia, estremamente elevati. Dall'ultima relazione del procuratore generale della Cassazione (relativa al 1999) prodotta in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario, si ragguagliano in 269 giorni presso il giudice di pace; 824 giorni in pretura; 1.343 giorni in tribunale; 1.017 giorni in corte d'appello (33).

Ancorché in maniera meno grave, anche altri paesi dell'Unione soffrono dei ritardi della giustizia, dell'allontanamento nel tempo della realizzazione dei diritti, del conseguente radicamento dell'ingiustizia. In Francia, ad esempio, la durata media degli stessi processi è di 14,7 mesi dinanzi alle Cours d'Appel; di 8,9 mesi nei Tribunaux de Grande Instance; di 5,1 mesi per i Tribunaux de Instance; di 6,2 mesi per i Tribunaux de Commerce (34).

Le cause dei ritardi, dell'affollamento dei processi, della «denegata giustizia» sono molteplici e non univoche, così come le proposte e le iniziative per porvi rimedio. Non è questa la sede per farne menzione. Tendenza a più elevati tassi di litigiosità propri di società post-moderne; crisi dei tradizionali apparati di mediazione e composizione dei conflitti (famiglia; istituzioni religiose e politico-sindacali); complessità, instabilità, inaccessibilità delle leggi (35) sembrano, tuttavia, costituire elementi oggettivamente rilevanti nella produzione dell'evento.

Il problema, per sé complesso e di non facile soluzione, risulta ulteriormente aggravato nel passaggio dalla dimensione nazionale, domestica, a quella del mercato unico, ove il costo delle frontiere giudiziarie sconta le fisiologiche diversità dei «sistemi di giustizia» dei singoli paesi.

Nello studio riprodotto nel «Piano d'azione sull'accesso dei consumatori alla giustizia e sulla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato interno» (36) successivo al noto «Libro verde» del 16 novembre 1993 (37) vengono riportati dati destinati a far riflettere.

Con riferimento ad un solo grado di giudizio e ad ipotesi di controversie prive di complicazioni tecniche (nessuna perizia o rogatoria) e processuali (nessuna riconvenzionale), per accedere alla soluzione giudiziaria di una controversia intracomunitaria, «la parte che ha subito un danno di 2.000 Ecu deve innanzitutto versare un 'diritto d'ingresso' di 2.500 Ecu (spese giudiziarie più onorario dell'avvocato, Iva esclusa), nella prospettiva incerta di recuperare il suo credito entro una scadenza che, secondo i paesi, va dai dodici ai sessantaquattro mesi, e a condizione che il convenuto sia ancora solvibile al momento della sentenza». Se «l'ultima condizione non si verifica, o non si verifica più al momento della sentenza, la parte che ha vinto la causa avrà perso 4.500 Ecu (il danno iniziale più le spese)». Se «la condizione si verifica e la sentenza gli è favorevole, l'attore recupererà i danni e gli interessi; nella maggior parte degli Stati membri (secondo l'indagine, undici su quindici) egli recupererà tuttavia solo una parte delle spese sostenute; alcune legislazioni escludono addirittura qualsiasi recupero degli onorari degli avvocati stranieri».

Conclusione: poiché «l'importo medio delle spese legali è di circa 2.500 Ecu, il saldo dell'azione giudiziaria (danni e interessi meno spese non rimborsate) sarà spesso prossimo allo zero o addirittura negativo».

Non è pertanto casuale che, segnatamente con riferimento alle *small claims*, la commissione, nel capitolo dedicato alle iniziative, incentivi la promozione di procedure non giurisdizionali, di giustizia stragiudiziale, essendo «l'evoluzione dei mercati assai più rapida di quella dei codici di procedura». A tal fine, nello stesso «Piano d'azione» è prevista l'adozione di criteri minimi tesi a garantire

la trasparenza della procedura e l'indipendenza dell'istanza competente a trattare le controversie, poi definitivamente contemplati in una successiva raccomandazione del 30 marzo 1998 (38). La via europea verso gli *Adr methods* è così tracciata. Segue, dopo più di tre lustri, l'omologa, più avanzata, realtà statunitense ove mercati, *litigation explosion*, *consumerism* e, soprattutto, formalismo giudiziale e complessità delle liti hanno determinato una vera e propria *revolt among corporations against the US civil justice system* (39), generando «un imponente movimento con le sue riviste, i suoi organi, numerosi istituti e fondazioni molto ben finanziate per lo studio e l'attuazione di programmi sperimentali» (40).

6. - L'accordo contenuto nella circolare dell'Abi del 1° febbraio 1993 (modificata dalla successiva circolare del 16 novembre 1998 onde tener conto, tra l'altro, dei principî contenuti nella richiamata raccomandazione Ce del 30 marzo 1998) prefigura l'*ombudsman* bancario come organo di secondo grado, costituendo il previo ricorso all'ufficio reclami delle banche, pure istituito dal ridetto accordo, condizione di procedibilità dell'azione presso l'*ombudsman* (cfr. art. 7, lett. c, del regolamento riprodotto nella circolare). Esso, aperto a tutte le banche indipendentemente dall'associazione all'Abi, registra un'adesione pressoché totale da parte del sistema creditizio.

Nella disamina delle peculiarità dell'organismo in discorso, viene pregiudizialmente all'attenzione la definizione della sua natura, essendosi da taluno enfatizzata la funzione «di tipo pseudo arbitrale, che oggi distingue praticamente tutti gli *ombudsmen* privati» (41).

In realtà, pare che l'*ombudsman* bancario italiano poco abbia in comune con organismi di conciliazione ed arbitrato.

Intanto per la sua stessa composizione, facendone parte, oltre al presidente, nominato dal governatore della Banca d'Italia, due membri di nomina Abi ed altri due membri, rispettivamente in rappresentanza del Consiglio nazionale forense e del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti. L'assenza di rappresentanti dei fruitori dei servizi bancari e finanziari, cioè di esponenti del ceto che l'organismo è deputato a proteggere, evidenzia nettamente la diversità di questo soggetto da organismi di tipo conciliativo, composti, com'è noto, da rappresentanti delle parti in conflitto (42). Mette conto, in proposito, piuttosto rammentare che, in linea con la raccomandazione comunitaria la quale ritiene che l'indipendenza dell'organo sia, tra l'altro, garantita dalla circostanza che i membri designati godano di mandato irrevocabile e di durata sufficientemente ampia, le modifiche alla circolare hanno eliminato il previgente limite di una sola conferma all'incarico triennale ed introdotto la norma che prevede che nessuno dei componenti debba aver svolto, nel triennio precedente la nomina, attività di lavoro subordinato o autonomo avente caratteristica di collaborazione coordinata e continuativa presso l'Abi e/o presso associati alla stessa.

Inoltre perché, tra le condizioni di procedibilità, v'è l'espressa menzione che le controversie per le quali viene investito l'*ombudsman* «non siano state già portate all'esame dell'autorità giudiziaria o di un collegio arbitrale» (art. 7, lett. a).

Infine perché mentre nell'arbitrato «le parti si affidano concordemente al giudizio di un terzo privato e tale affidamento è fatto a pari condizioni, nel senso che entrambe rinunciano a far valere le loro ragioni in un giudizio ordinario, . . . nel regolamento è invece stabilito che la decisione dell'*ombudsman* è vincolante per la banca (art. 10), mentre il cliente, oltre a

non essere privato, pure in pendenza del ricorso all'*ombudsman*, del diritto di investire della controversia l'autorità giudiziaria ovvero, quando sia previsto, il collegio arbitrale (art. 14), potrà sempre, anche dopo la decisione dell'*ombudsman*, se non si ritenga soddisfatto, adire quelle sedi di giudizio per far valere le proprie ragioni» (43).

Ciò conferma che «l'autorità introdotta dall'Abi, priva della natura di organo giudiziario, opera in veste di garante della regolarità dell'attività bancaria» (44).

Diversamente dall'adizione dell'ufficio reclami, l'accesso all'*ombudsman* sconta una serie di limitazioni, tanto oggettive quanto soggettive.

Oltre alla circostanza che delle questioni non sia già stata investita l'autorità giudiziaria, devono concorrere, sotto il primo versante, le ulteriori condizioni che l'oggetto della controversia sia quantificabile in valori non eccedenti dieci milioni di lire e che, a seguito del ricorso all'ufficio reclami: *i*) la banca non abbia fornito risposta nel previsto termine di sessanta giorni (novanta per controversie inerenti a servizi d'investimento), ovvero *ii*) la risposta non sia stata, in tutto o in parte, favorevole al cliente, ovvero *iii*) all'accoglimento del reclamo non sia stata data attuazione, nei cennati termini, da parte della banca (art. 7, lett. c).

Sul piano soggettivo, all'*ombudsman* possono rivolgersi esclusivamente i soggetti che rivestono la qualifica di consumatori ai sensi dell'art. 121 d.leg. 350/93 (testo unico bancario) per controversie relative a rapporti aventi ad oggetto operazioni o servizi, da essi intrattenuti con le banche, per finalità estranee all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta (art. 7 cit.).

Il procedimento innanzi all'organismo collegiale è estremamente semplificato. Ferma la legittimazione del cliente, che non ha bisogno di alcuna rappresentanza processuale (ancorché il ricorso a consulenti legali si rivela talora indispensabile in relazione alla complessità giuridica dei contratti), l'*ombudsman* è investito della questione tramite semplice richiesta scritta. Di ciò provvede ad informare, sempre per iscritto, la banca interessata.

I poteri istruttori, contemplati dall'art. 9 del regolamento, prevedono che l'*ombudsman* possa, per il tramite della propria segreteria tecnica, richiedere ulteriori dati e notizie tanto al cliente, quanto al responsabile dell'ufficio reclami della banca interessata, fissando termini perentori. Concorro con l'opinione secondo cui, qualora l'*ombudsman*, dall'esame degli atti, desuma il coinvolgimento nella vicenda di una banca diversa da quella coinvolta, dovrà sospendere il giudizio ed inviare gli atti all'ufficio reclami della seconda banca, stante il requisito che vuole l'*ombudsman* competente a conoscere questioni già esaminate dall'ufficio reclami competente (45).

Il giudizio va reso entro novanta giorni dal ricevimento, da parte dell'*ombudsman*, della richiesta. La decisione motivata è comunicata alle parti tramite lettera raccomandata (art. 10).

Unica, ma significativa, sanzione contemplata per il caso di inosservanza da parte della banca alla decisione consiste, decorso il termine assegnato per provvedere, nella pubblicità dell'inadempienza a mezzo stampa a spese della banca.

7. - Le «relazioni semestrali» dell'*ombudsman*, contemplate dall'art. 6, ultimo comma, del regolamento consentono di verificare nel concreto lo stato di operatività dell'organismo in discorso. L'ultima disponibile, quella relativa al semestre 1° giugno - 30 novembre 1999, contiene, come di consueto, dati di

estremo rilievo sia in valore assoluto che con riferimento alla comparazione, ivi effettuata, a quelli relativi al semestre precedente.

Avendo in passato provveduto ad un primo, parziale test del gradimento presso la clientela bancaria per il tramite di cifre elaborate dalle allora uniche relazioni relative all'ultimo semestre del 1993 ed all'anno 1994 (46), ritengo che, più di ogni preconconcetto giudizio di valore pro o contro l'utilità dell'organismo in discorso, il raffronto tra quei primi risultati applicativi e le recenti tavole statistiche possa fornire concrete testimonianze in ordine alla diffusione, al consolidamento, all'importanza di questa forma di Adr nel settore bancario e finanziario in un arco temporale di medio periodo quale quello di un quinquennio.

Ora, a fronte di 941 reclami pervenuti all'*ombudsman* nell'anno 1994, il dato relativo al 1999 fa registrare 2.616 istanze; l'incremento è dunque di 1.675 reclami, pari – in termini percentuali – al 178 per cento in più rispetto a quella primigenia esperienza applicativa. Dei reclami definiti, pari a 2.397, sono 100 le decisioni di accoglimento del ricorso (nel 1994, erano invece 22 a fronte di 467 reclami definiti), mentre le decisioni favorevoli alla banca si ragguagliano in 566 (1994: 117). La percentuale di decisioni di accoglimento in senso stretto si attesta, ora come allora, su valori modesti, inferiori al 20 per cento dei reclami esaminati.

Sarebbe tuttavia semplicistico far discendere da questo unico dato giudizi sulla funzionalità dell'*ombudsman*, che invece non possono prescindere dal più rilevante numero di decisioni di accertamento di cessazione della materia del contendere per intervenuto componimento della vertenza con accoglimento, parziale o totale, delle richieste del cliente. Esse sono, nel 1999, pari a 518 decisioni (1994: 98), con percentuali che superano il venticinque per cento dei reclami definiti. Ciò trova invero spiegazione nel fatto che, a fronte dell'intervento dell'*ombudsman*, la banca spesso addiviene a ripensamenti sulle determinazioni assunte onde evitare la pubblicità negativa che inevitabilmente si rifletterebbe sulla sua reputazione per effetto di una formale decisione di accoglimento del reclamo da parte del giudice dell'autodisciplina.

Si mantiene, piuttosto, elevato il numero dei reclami dichiarati dall'*ombudsman* inammissibili, o conclusi con decisione di non luogo a provvedere. Nell'arco del 1999 essi sono stati infatti pari a 923 (nel 1994: 358), superiori cioè al quaranta per cento dell'intero ammontare delle decisioni rese (come detto, 2.397, ma comprensive di 290 ricorsi archiviati per inattività sopravvenuta). Il dato comprende fattispecie assolutamente variegata (dall'assenza dello *status* di consumatore alla pendenza di una causa civile; dal superamento della competenza per valore alla carenza di legittimazione passiva del convenuto, ecc.) e tuttavia tra loro unite dal comune denominatore della conoscenza vaga ed imprecisa del funzionamento dell'*ombudsman* bancario e del suo corretto utilizzo. Donde da un lato una crescente domanda di giustizia stragiudiziale; dall'altro una generica, disattenta, confusa richiesta di giustizia senza regole, quasi che questo tipo di contenzioso possa prescindere da norme che ne disciplinano legittimazione, competenze, procedimento.

L'impressione è che non risultino adeguatamente veicolate presso l'opinione pubblica, presso la società civile, esistenza e caratteristiche salienti dell'organismo in discorso. Certo la denominazione prescelta quale formula riassuntiva delle attribuzioni commesse non aiuta, evocando (nella etimologia svedese del termine) fenomeni organizzatori di tutela contro possibili abusi del monarca piuttosto che organismi chiamati a risolvere problemi di microconflittualità. Ma non aiuta neanche la mancata diffusione presso il

pubblico dei risparmiatori di testi accurati, densi di utili riferimenti statistici e casistici quali le relazioni semestrali, che invece ben potrebbero rendere edotta l'opinione pubblica delle competenze e degli orientamenti dell'*ombudsman* non solo in punto di applicazione del diritto in termini formali, ma soprattutto delle valutazioni equitative adottate, degli interventi propositivi, degli stimoli al miglioramento.

È, sotto questo profilo, da salutare perciò con estremo favore la recente pubblicazione in una primaria rivista giuridica di una decisione dell'*ombudsman* bancario, ancorché di inammissibilità (47). La nota, dichiaratamente critica, si sofferma (con particolare enfasi polemica) sul carattere stereotipo, «di genere astrattamente divulgativo» della motivazione, che non consentirebbe di comprendere le ragioni della incompetenza dell'organismo a fronte di un reclamo con il quale il cliente lamentava una serie di irregolarità della banca (dall'impiego del mezzo telefonico per la raccolta del risparmio presso i correntisti al ritardato rilascio del duplicato di una carta di credito rubata; dal diniego di informazioni sull'eventuale abusivo utilizzo della carta rubata a fattispecie di presunte disparità di trattamento della clientela), chiedendo «un giusto ed adeguato ristoro» da devolvere a fini benefici.

Ora, che nel richiamare genericamente le norme regolamentari sulla competenza dell'*ombudsman*, la decisione non specifichi, non renda immediatamente tangibili le motivazioni dell'inammissibilità relative al *decisum*, è rilievo condivisibile. Che ciò non consenta di poter risalire alle ragioni della decisione pare francamente eccessivo ove si abbia presente (e l'*ombudsman*, pur se non esplicitamente, lo afferma) che le competenze dell'organismo sono riferibili ai soli danni economici direttamente causati dall'inadempimento o dall'inesatta esecuzione delle operazioni e servizi forniti dalla banca alla clientela, «quantificabili» in valori non superiori a dieci milioni di lire. Nel caso di specie il cliente non aveva invero provveduto alla quantificazione del danno, ammessa anche (ma certo non concessa) la sua qualificazione in guisa di danno «economico».

È, in realtà, quest'ultimo versante a sollecitare riflessioni critiche di ordine più generale, visto che la violazione delle norme deontologiche, delle regole di comportamento fissate nell'omonimo codice non sempre si traduce in danni economici quantificabili in valori monetari. Quali allora le sanzioni che conseguono a quelle violazioni; quale l'organismo deputato a farle valere, vista la manifesta incompetenza dell'*ombudsman*?

Se, come bene è stato scritto, non esistono buone regole ove non se ne possa garantire la corretta attuazione (48), è opportuno, nell'interesse del sistema finanziario, rendere sindacabili presso l'*ombudsman* anche comportamenti siffatti, prevedendo informali ma dissuasive sanzioni per l'inosservanza di obblighi liberamente assunti.

--- Estremi documento ---

Archivio: foro italiano

Tipo documento: monografia

Voci e sottovoci Repertorio:

Banca, credito e risparmio [0850]

Contratti bancari

Autore: GIUSEPPE CARRIERO

Titolo: Le fonti negoziali del diritto nel settore bancario e finanziario

Nella rivista: anno 2000, parte V, col. 88

--- Note ---

(*) Università di Bari - Azione R. Schuman 1999-2000, 11 febbraio 2000. Questo saggio è dedicato alla cara memoria di Carlo Scialoja.

(1) V., in proposito, P. SCHLESINGER, *Il codice di autodisciplina per le società quotate*, in *Corriere giur.*, 1999, 1455; ASSOGESTIONI, *Uno statuto per l'efficienza del mercato finanziario*, Milano, 1996, ove puntuali interventi, tra gli altri, di F. VELLA (*Eteronormazione e autoregolamentazione nella disciplina del mercato finanziario*); L. CAPRIO (*Autoregolamentazione, informativa e tutela delle minoranze: profili economici*); L.A. BIANCHI (*L'informativa di mercato*); sempre a cura di ASSOGESTIONI, v. anche *Trasparenza e informazione societaria per l'efficienza del mercato finanziario*, Milano, 1995.

(2) Così il 23° 'considerando' della proposta di direttiva Ce concernente la vendita a distanza di servizi finanziari (in G.U.C.E. C385/10 dell'11 dicembre 1998) che modifica la direttiva 97/7/Ce, attuata in Italia con il recente d.leg. 22 maggio 1999 n. 185, che esclude tuttavia dalla propria sfera di operatività i contratti a distanza relativi appunto ai servizi finanziari.

(3) G. PIEPOLI, *Autodisciplina professionale e codici deontologici: una prospettiva europea*, in AA.VV., *Diritto privato europeo* a cura di A. IANNARELLI, G. PIEPOLI, N. SCANNICCHIO, Bari, 1997, 85, ora anche in AA.VV., *Studi in memoria di P. De Vecchis*, Banca d'Italia, Roma, 1999, II, 765.

(4) Così N. LIPARI, *Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno*, in *Riv. critica dir. privato*, 1998, 420. Dello stesso a., v. anche *La formazione negoziale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 307 ss. Per un'analisi del significato e dell'effettività dei principi «comuni» nella disciplina del contratto, con riferimento all'ideale percorso dell'ordinamento dal sistema del codice civile alla normativa di diritto privato europeo, v. anche F. MACARIO, *I diritti oltre la legge. Principi e regole nel nuovo diritto dei contratti*, in *Democrazia e diritto*, 1997, fasc. 1, 149 s. Più in generale, V. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1993. Dell'ampia letteratura relativa alle scuole di pensiero richiamate nel testo non si può qui che far menzione delle principali opere di H. KELSEN (*La dottrina pura del diritto*, trad. it. a cura di M.G. LOSANO, Torino, 1966; *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano, 1966, «Il diritto è sempre positivo, e la sua positività risiede nel fatto che è creato ed annullato da atti degli esseri umani, ed è quindi indipendente dalla morale e da altri analoghi sistemi normativi», 115) e di S. ROMANO (*L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1951; *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947) rinviando, per il resto, a G. BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, Padova, 1958; N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, e, da ultimo, a N. IRTI, *Società civile*, Milano, 1992, e G. BONGIOVANNI, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato (H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920)*, Milano, 1998. Più in generale, sul piano dell'evoluzione storica, v. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976.

(5) Riprendo l'espressione da A. PREDIERI, *Il diritto europeo come formante di coesione e come strumento di integrazione*, in *Dir. Unione europea*, 1996, 31.

(6) V., in dettaglio, le diverse iniziative in G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, Padova, 1998, 167 ss., ove bibliografia in argomento. Sul punto cito qui solo, non esaustivamente, J.M. BONELL, *Verso un codice europeo dei contratti?*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 171 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Il «codice civile europeo», le tradizioni giuridiche nazionali e il*

neopositivismo, in *Foro it.*, 1998, V, 62 ss.; U. MATTEI, *Il problema della codificazione civile europea e la cultura giuridica. Pregiudizi, strategie e sviluppi*, in *Contratto e impr.-Europa*, 1998, 208 ss.; E. HONDIUS, *Condizioni generali di contratto e clausole vessatorie: verso un codice civile europeo?*, in *Diritto privato europeo*, cit., 13 ss.

(7) Cfr., per maggiori riferimenti ai settori considerati, CARRIERO, *Statuto dell'impresa d'investimento e disciplina del contratto nella riforma del mercato finanziario*, Milano, 1997, spec. 157 ss.

(8) G. BENACCHIO, *Diritto privato*, cit., 179. Sulla *lex mercatoria*, cfr. F. GALGANO, «*Lex mercatoria*». *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1993; M.J. BONELL, *La moderna «lex mercatoria» tra mito e realtà*, in *Dir. comm. internaz.*, 1992, 315; F. BORTOLOTTI, *La «nuova» «lex mercatoria». Costruzione dottrina o strumento operativo?*, in *Contratto e impr.-Europa*, 1996, 733.

(9) V. UNIDROIT, *Principi dei contratti commerciali internazionali*, Roma, 1995.

(10) A.M. BERNINI, *Metodi alternativi di composizione delle liti nei servizi bancari e finanziari. Esperienze a confronto*, Padova, 1996, 12 ss. *Funditus*, R. PARDOLESI, *Analisi economica della negoziazione*, in *Assocor News*, 1996, 12 ss.

(11) E v. CARRIERO, *Autorità indipendenti e tutela del consumatore: la Banca d'Italia*, in *Contratto e impr.*, 1999, 696 ss.

(12) Sulla definizione della categoria dei costi in rassegna, cfr., in generale, A.M. POLINSKY, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, con postfazione di R. PARDOLESI, Roma, 1992. In termini più specifici, cfr. R.D. COOTER, *Le migliori leggi giuste: i valori fondamentali nell'analisi economica del diritto*, ora in AA.VV., *Analisi economica del diritto privato* a cura di G. ALPA, Milano, 1998, 464 ss.

(13) G. PIEPOLI, *Autodisciplina professionale*, cit., 92.

(14) V. DESARIO, *Caratteristiche e finalità dell'azione della Banca d'Italia nella dinamica evolutiva del diritto dei contratti bancari e finanziari*, Inaugurazione del corso in diritto civile europeo 1999-2000, Bari, 1999, dattil. in corso di stampa, 27.

(15) G. PIEPOLI, *op. cit.*, 99.

(16) C. CURTI GIALDINO, *Il trattato di Maastricht sull'Unione europea*, Roma, 1993, I, 57.

(17) G. PIEPOLI, *op. cit.*, 101 ss.

(18) N. LIPARI, *Diritto e sociologia*, cit., 421.

(19) V. la circolare Abi, serie legale, n. 6, del 22 gennaio 1996. Sul codice, cfr. V. DESARIO, *La tutela del consumatore: il ruolo dell'autoregolamentazione*, in *Banca d'Italia*, documenti, n. 514, Roma, 1996.

(20) Così nella circolare cit., cui è allegato il codice.

(21) E v. CARRIERO, *Statuto dell'impresa*, cit., spec. 35 ss.

(22) Detto canone si traduce, infatti «in tre principali comportamenti negativi, e cioè il non suscitare intenzionalmente falsi affidamenti, il non speculare su falsi affidamenti e, ancora, il non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nell'altra parte». Così C. BIANCA-G. PATTI-S. PATTI, *Lessico di diritto civile*, Milano, 1995, 103.

(23) V. DE LORENZI, *Correttezza e diligenza precontrattuali: il problema economico*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 571. Sul bene reputazione nell'ordinamento bancario, v., più in generale, C. MOTTI, *Le istituzioni del credito*, Bari, 1990, spec. 131 ss. Sulla responsabilità precontrattuale nella

stimolante chiave di lettura di *Law & economics*, D. CARUSO, *La «culpa in contrahendo»*. *L'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano, 1993.

(24) V. G. GALEOTTI, *La tutela dei consumatori in Italia: presupposti e contorni di un problema aperto*, in AA.VV., *Consumatore, ambiente, concorrenza. Analisi economica del diritto* a cura di U. MATTEI-F. PULITINI, Milano, 1994, 170.

(25) G. ALPA, *Autodisciplina e codice di condotta*, in AA.VV., *Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente* a cura di P. ZATTI, Padova, 1996, 12.

(26) Così R. PARDOLESI-A. PACCES, *Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alle ragioni (ed alle incongruenze) della nuova disciplina*, in *Diritto privato* 1996, Padova, 1997, II, 413. Più in generale, LELAND, *Quacks, lemons and licensing: a theory of minimum quality standard*, in *Journ. of pol. econ.*, 1979, 1328 ss.; AKERLOF, *The market for «lemons»*. *Quality uncertainty and the market mechanism*, 84 *Q.J. Econ.*, 488 (1970).

(27) M. BESSONE, *Controllo del mercato e teoria del consumo. Per una discussione sul metodo degli studi*, in *Temi*, 1976, 316.

(28) G. ALPA, *Diritto privato dei consumi*, Bologna, 1986, 23.

(29) M. D'AMATO, *Il ruolo dei codici di autoregolamentazione nel rapporto infanzia-televisione*, in AA.VV., *Le fonti di autodisciplina*, cit., 63. Della stessa, v. anche *Infanzia e pregiudizio*, Torino, 1993; *Per amore, per gioco, per forza*, Torino, 1988; *Bambini e TV*, Milano, 1997; *I tele eroi*, Roma, 1999.

(30) M. D'AMATO, cit., 66.

(31) M. D'AMATO, cit., 67.

(32) Ancora M. D'AMATO, cit., 63.

(33) Traggo questi dati dalla tavola pubblicata nel *Il Sole-24 Ore* del 13 gennaio 2000, 17. L'Italia detiene, del resto, il poco invidiabile primato delle condanne rese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per la durata dei processi. Nel 1999 «da sola ha infatti messo a segno . . . 44 condanne su un totale di 120», precedendo la Turchia (18), la Francia (16), il Regno unito (12), ecc. In tutte le sentenze «è stata rilevata una violazione dell'art. 6 che disciplina l'equità dei processi nella convenzione europea per i diritti umani, quasi sempre per la durata eccessiva dei procedimenti» (G. NEGRI, *Italia maglia nera in Europa: troppi processi a passo di lumaca*, in *Il Sole-24 Ore* del 25 gennaio 2000, 25).

(34) I dati, riferiti al 1995, sono tratti da *Annuaire statistique de la Justice 1991-1995*, pubblicato dal *Ministère de la Justice, Direction de l'Administration Générale et de l'Équipement*. Una analisi del problema giustizia in Francia è in *Quels moyens pour quelle justice?, Rapport d'information au Sénat* par P. FAUCHON, s.d., ma Paris, 1997.

(35) È emblematico, sotto quest'ultimo profilo, il conflitto di attribuzioni risolto dalla Corte costituzionale (ord. 24 luglio 1998, n. 329, *Foro it.*, 1999, I, 428) con il quale il Pretore di Brescia denunciava le modalità di tecnica legislativa seguite dal governo, lamentando di esser venuto a conoscenza dell'abrogazione di una norma di legge per pura casualità e di avere per anni fatto applicazione di quella norma in casi sottopostigli.

(36) Il «Piano d'azione» del 1996 è riportato in *Codice del consumo e del risparmio* a cura di G. ALPA, Milano, 1999, 842 ss.

(37) Vedilo in *Codice del consumo*, cit., 605 ss. Sul «Libro verde» si richiamano qui solo i contributi di B. CAPPONI, *Il «Libro verde» sull'accesso dei consumatori alla giustizia*, in *Documenti giustizia*, 1994, fasc. 3, 361, e M. GASPARINETTI, *Consumatori-utenti e giustizia civile nel mercato unico - Un*

dibattito aperto, *ibid.*, 330.

(38) Raccomandazione 30 marzo 1998, n. 98/257/Ce, sui principi applicabili agli organismi responsabili per la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di consumo, in *Codice del consumo*, cit., 858.

(39) Cfr. A.M. BERNINI, *op. cit.*, 11.

(40) S. CHIARLONI, *La giustizia stragiudiziale*, in AA.VV., *Le fonti di autodisciplina*, cit., 180. Sulle ADR, v., dello stesso a., *Nuovi modelli processuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 269; E. SILVESTRI, *Le alternative al processo civile nell'esperienza statunitense*, in *Foro it.*, 1987, V, 310; P. GAGGERO, *I modelli alternativi di risoluzione delle controversie nel sistema di «common law»*, in *Documenti giustizia*, 1994, fasc. 3, 375; R. DANOVÌ, *Le ADR e le iniziative dell'Unione europea*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali* a cura di G. ALPA, Torino, 1999, II, 1118 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

(41) S. MACCARONE, *Le esperienze europee di «ombudsman» bancario*, in AA.VV., *La banca e l'arbitrato* a cura di RIOLO, Roma, 1994, 34.

(42) F. MAIMERI, *L'«ombudsman» bancario in Italia*, in AA.VV., *La banca*, cit., 49.

(43) Così C.M. PRATIS, *Peculiarità ed operatività dell'«ombudsman» bancario*, in *La banca*, cit., 58.

(44) In tal senso, E. INCHINGOLO, *L'«ombudsman» bancario*, in *Dir. banc.*, 1994, II, 36.

(45) F. MAIMERI, *L'«ombudsman»*, cit., 54.

(46) E v. CARRIERO, *L'«ombudsman» garante della correttezza bancaria*, in AA.VV., *Le fonti di autodisciplina*, cit., 201, cui rinvio anche per l'ulteriore bibliografia, cui adde G. SANGIORGIO, *La realizzazione in Italia di sistemi di «alternative dispute resolution». Il caso dell'«ombudsman» bancario*, in AA.VV., *Studi in memoria di De Vecchis*, cit., 875.

(47) *Ombudsman bancario* 9 marzo 1999, *Giust. civ.*, 1999, I, 1523, con nota di E. GABRIELLI, *L'incompetenza dell'«ombudsman» bancario (il «non liquet» dell'organismo di garanzia)*.

(48) R. RORDORF, *Giudici per il mercato o mercato senza giudici?*, in *Società*, 2000, 152 ss.