

BANCA D'ITALIA

Quaderni di ricerca giuridica

della Consulenza legale

**Studi in materia bancaria e finanziaria
1995**

di M. Perassi, R. D'Ambrosio, G. Carriero, O. Capolino, M. Condemi



Numero 42 - Novembre 1996

Quaderni di ricerca giuridica

della Consulenza legale

All'analisi economica e tecnica, sulla quale si basa l'azione che la Banca d'Italia svolge come banca centrale e organo di vigilanza, si accompagna, con crescente impegno, quella giuridica dei fenomeni creditizi e monetari e, più in generale, dei profili istituzionali dell'attività economica.

All'interno dell'Istituto è attribuito alla Consulenza Legale, accanto alle funzioni contenziosa e consultiva, il compito di svolgere indagini e ricerche in materia giuridico-bancaria.

I "Quaderni di ricerca giuridica" intendono essere, nell'ambito della Banca d'Italia e del sistema bancario, strumento di diffusione di lavori prodotti prevalentemente da appartenenti alla Consulenza Legale e originati da ricerche di specifico interesse per l'Istituto.

I "Quaderni" riflettono esclusivamente le opinioni dei singoli autori e non intendono, quindi, rappresentare posizioni ufficiali della Banca d'Italia.

Coordinatori:

PIETRO DE VECCHIS, GIUSEPPE VITTIMBERGA, VINCENZO CATAPANO, SERGIO LUCIANI, PAOLO ZAMBONI GARAVELLI, LUCIO CERENZA.

Studi in materia bancaria e finanziaria
1995

di M. Perassi, R. D'Ambrosio, G. Carriero, O. Capolino, M. Condemi

Numero 42 - Novembre 1996

INDICE

	Pag.
LA DISCIPLINA DEL GRUPPO BANCARIO FRA CONTROLLI DI VIGILANZA E RIFLESSI DI DIRITTO SOSTANZIALE	7
MARINO PERASSI	
1. Premessa	9
2. Gruppi e controllo	10
3. Il gruppo piramidale	11
4. Il gruppo bancario	13
5. Finalità della disciplina del gruppo bancario	14
6. Conflitti di interesse all'interno del gruppo bancario	15
7. La posizione degli amministratori delle controllate	16
8. Gli azionisti di minoranza ed i creditori	17
9. Conclusioni	19
TAKEOVERS IN ITALY	21
RAFFAELE D'AMBROSIO	
1. Regulation of takeovers	23
2. The mandatory bid	25
3. Procedural rules	27
Le offerte pubbliche di acquisto in Italia (<i>traduzione italiana</i>)	29
BANCA D'ITALIA E CONTROLLO DELLE CLAUSOLE ABUSIVE	39
GIUSEPPE CARRIERO	
1. Trasformazioni del sistema finanziario e tutela del contraente debole	41
2. Caratteristiche della direttiva sulle clausole abusive	44
3. Banca d'Italia: quale controllo	46
4. Conclusioni	50
L'OMBUDSMAN GARANTE DELLA CORRETTEZZA BANCARIA	53
GIUSEPPE CARRIERO	
1. Peculiarità e funzioni dell' <i>Ombudsman</i> bancario	55
2. Disciplina del procedimento	60
3. Esperienze applicative e tutela offerta	63
4. Conclusioni	64

IL RUOLO DELLA BANCA D'ITALIA NELLA LOTTA ALL'USURA	65
OLINA CAPOLINO	
1. Premessa	67
2. Le ragioni dell'intervento della Banca d'Italia nella lotta all'usura	69
3. L'intervento sul piano normativo	70
3.1 L'uso delle leggi esistenti	70
3.2 La disciplina di contrasto al riciclaggio	71
3.3 L'accresciuta intensità dei controlli	71
3.4 La disciplina degli intermediari finanziari	72
3.5 Gli obblighi di informazione e trasparenza	73
3.6 Le norme penali sulla concessione di credito	74
3.7 La repressione dell'abusivismo	74
3.7.1 L'abusivismo bancario	74
3.7.2 L'abusivismo finanziario	75
4. L'attività di vigilanza e la collaborazione con l'autorità giudiziaria	76
4.1 Le imprese bancarie e l'usura	76
4.2 L'opera di sensibilizzazione degli intermediari	77
4.3 L'attività ispettiva e la collaborazione con l'autorità giudiziaria	80
5. Ipotesi di una nuova disciplina in materia di usura	81
6. Conclusioni	84
STRATEGIE DI CONTRASTO DEL RICICLAGGIO	85
MARCELLO CONDEMI	
PROFILI INTERNAZIONALI DEL FENOMENO DEL RICICLAGGIO.	
ORGANISMI E FORME DI COLLABORAZIONE	91
MARCELLO CONDEMI	
1. Le principali iniziative in campo internazionale	93
1.1 Premessa	93
1.2 Comitato per le regolamentazioni bancarie e le pratiche di vigilanza di Basilea. Dichiarazione di principi del 12 dicembre 1988	94
1.3 Convenzione delle nazioni unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, adottata a Vienna il 20 dicembre 1988	95
1.4 Gruppo di azione finanziaria internazionale (GAFI)	95
1.5 Direttiva n. 308/Cee del 10 giugno 1991 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite	97
1.6 Iniziativa dell'ONU sulla criminalità	99
2. Le forme di collaborazione	101
2.1 Premessa	101
2.2 Evoluzione del sistema finanziario	101
2.3 La collaborazione in campo finanziario	102
2.4 I rapporti con le autorità di vigilanza degli altri stati comunitari	103
2.5 La collaborazione con le autorità di vigilanza extracomunitarie	104
2.6 Collaborazione sul piano dell'assistenza giudiziaria e di polizia	105
3. Conclusioni	106

MARINO PERASSI

**LA DISCIPLINA DEL GRUPPO BANCARIO FRA CONTROLLI DI VIGILANZA
E RIFLESSI DI DIRITTO SOSTANZIALE (*)**

(*) Comunicazione al XIV Convegno su “La disciplina dei gruppi di imprese: il problema oggi”, organizzato dal Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale - Courmayeur, 31 marzo-1^a aprile 1995.

LA DISCIPLINA DEL GRUPPO BANCARIO FRA CONTROLLI DI VIGILANZA E RIFLESSI DI DIRITTO SOSTANZIALE

1. Premessa

«... se è vero che il nostro legislatore ha inteso costruire un sistema normativo dell'impresa, fondato sul "metodo dell'economia" intendendo realizzare una completa corrispondenza delle categorie giuridiche a quelle economiche, è altrettanto indubitabile che tale scopo non è stato perseguito per il *gruppo di imprese*» (1).

Con questa frase si riassume in modo incisivo un quadro normativo scolpito già nel codice civile e protrattosi sino ai giorni nostri, pur in presenza di significative evoluzioni della normativa societaria.

Si richiama inoltre il dibattito sulla opportunità di un intervento legislativo «...ormai da tutti auspicato...» (2), e sulla possibilità di trarre spunti esegetici dalla normativa attuale, nell'auspicio che la giurisprudenza assuma in futuro un ruolo diverso rispetto a quello «... poco incisivo ...» (3) seguito sino ad oggi.

Tuttavia il nostro ordinamento presenta già un'area in cui il legislatore è intervenuto a disciplinare il fenomeno dei gruppi. Si tratta del gruppo bancario, così come disegnato con il d.lgs. 20 novembre 1990, n. 356 ed ora dal capo II del titolo III del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, n. 385/1993.

Nel presente lavoro ci si chiederà allora quali conseguenze siano ricollegabili a questo intervento normativo, in termini di possibile soluzione delle numerose questioni che la dottrina commercialistica e la casistica giurisprudenziale hanno messo in luce per il gruppo "non bancario". E ciò sia in termini di chiarificazione dei ruoli assegnati a ciascuna componente del gruppo, sia in ordine alle incerte posizioni di vari soggetti, portatori di interessi nei confronti delle società facenti parte del gruppo.

Appare perciò opportuno trarre dalla realtà del gruppo "non bancario" spunti e indicazioni stimolanti per il nostro discorso, quali, ad esempio, gli interessi rilevanti e meritevoli di tutela nel gruppo di società. È inoltre altrettanto opportuno mantenere ben presente la problematica generale al fine di effettuare utili raffronti fra tale contesto e le soluzioni individuate dalla disciplina speciale del settore bancario.

Un settore, quest'ultimo, che si caratterizza per la particolare attività svolta dalle società facenti parte del gruppo, una attività ricompresa in buona misura nell'area di tutela

(1) L'osservazione è tratta dal recente intervento di LO CASCIO G., *I gruppi di imprese problemi di diritto sostanziale*, in *Giust. Civ.*, 1994, II, p. 270.

(2) VELLA F., *La disciplina dei gruppi bancari ed i poteri della capogruppo*, in *Ristrutturazione dei gruppi bancari e rapporti tra capogruppo e società controllate*, Università Bocconi-Newfin, Milano, 1995, p. 103.

(3) JAEGER P.G., *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, in *Giur. Comm.*, 1994, I, p. 490. L'A. osserva come l'interesse alla conservazione dei posti di lavoro in ipotesi di crisi di grandi gruppi imprenditoriali abbia per lungo tempo prevalso sulle esigenze dei creditori, per effetto sia degli interventi di legislazione speciale, sia delle interpretazioni date alla normativa vigente. La stessa situazione si è verificata a livello di imprese di ridotte dimensioni, a causa dell'atteggiamento prudente e conservatore della giurisprudenza.

dell'art. 47 della Costituzione, che, seguendo una interpretazione aderente al testo della carta fondamentale, ma al contempo adeguata allo sviluppo dei mercati, tende a coprire «... l'intera gamma della intermediazione finanziaria ... »(4).

Alla tipicità del settore bancario va dato il giusto peso, sia per quanto riguarda le tematiche tipiche della vigilanza sull'attività bancaria, sia, per i profili, di maggior rilevanza in questa sede, ai fini della valutazione degli interessi in campo e delle relative tutele.

2. Gruppi e controllo

Il primo spunto offerto dal diritto comune dei rapporti intersocietari è la assoluta preminenza della disciplina del controllo rispetto a quella dei gruppi (5).

I redattori del codice del 1942, pur tenendo nella dovuta considerazione il fenomeno economico dei gruppi (6), si limitarono a dettare la disciplina dei rapporti di controllo, una scelta non contraddetta dal legislatore più recente, che è più volte intervenuto sulla materia, sempre per emanare articolate discipline del controllo, ma senza spingersi a regolamentare i gruppi.

Ed in quest'opera il legislatore ha preso le mosse dal «... pregiudizio del controllo come influenza potenzialmente illegittima e nefasta ...» (7) estendendo le ipotesi in cui il controllo viene definito, individuato, talora presunto, in capo a società o persone fisiche; in estrema ipotesi anche controllo congiunto, attribuito a più soggetti contestualmente (8).

L'interesse per il controllo si è quindi sviluppato «... al fine di costruire norme prudenziali di tutela del mercato .. » (9) e non certo per disegnare intelaiature di rapporti fra imprese finalizzate alla costituzione di gruppi imprenditoriali unitari.

Le conseguenze di questa impostazione si riverberano anche sulla società che si pone al vertice del gruppo, capogruppo o *holding*, anch'essa non definita dalla legislazione ed oggetto di ampie discussioni dottrinarie e di significativi interventi giurisprudenziali (10).

(4) MERUSI F., in *Commentario della costituzione*, a cura di Branca, *Rapporti economici*, sub art. 47, p. 183 e ss., Bologna-Roma, 1980 e in *Commento all'art. 47 della Costituzione*, in *Codice commentato della Banca*, a cura di Capriglione e Mezzacapo, Milano, 1990, tomo I, p. 33.

(5) MARCHETTI P. G. - FERRO-LUZZI P., *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in *Quaderni di ricerca giuridica* della Consulenza Legale della Banca d'Italia, n. 31, Roma, 1993, p. 13. Il lavoro è stato pubblicato anche in *Giur. Comm.*, 1994, I, p. 419 e ss.

(6) È estremamente indicativa di questa impostazione la Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al codice civile (Libro V *Del Lavoro*), in *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, n. 963, 4 aprile 1942.

(7) MARCHETTI P. G. - FERRO-LUZZI P., *Riflessioni sul gruppo creditizio*, cit., p. 16.

(8) Una ipotesi del genere ricorreva nell'art. 27, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, dove si presumeva l'esistenza del controllo in capo a tutti i partecipanti al patto di sindacato che disponesse di determinate percentuali partecipative. La norma è stata successivamente modificata dall'art. 16 del d.lgs. 14 dicembre 1992, n. 481, prevedendo la presunzione di controllo per il solo socio dominante il patto. La disposizione è poi stata abrogata dall'art. 161 del T.U., che disciplina ora il controllo all'art. 23.

(9) BARCA F. - CASAVOLA P. - PERASSIM., *Controllo e gruppo: natura economica e tutela giuridica*, in *Temi di discussione* del Servizio Studi della Banca d'Italia, n. 201, Roma, 1993, p. 226, pubblicato anche in BANCA D'ITALIA, *Il mercato della proprietà e del controllo delle imprese: aspetti teorici e istituzionali*, Roma, 1994, p. 215 e ss. In senso analogo MARCHETTI P. G. - FERRO-LUZZI P., *Riflessioni sul gruppo creditizio*, cit., p. 14 e ss.

(10) Si ricorda al proposito la famosa Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Foro It.*, 1990, I, c. 1174.

Una carenza di disciplina che ha indotto l'attenzione degli interpreti a focalizzarsi sulle possibili definizioni di società *holding* (11), ovvero sulla sua collocazione all'interno delle categorie delineate dall'art. 2195 del codice civile (12). In questo modo sono rimasti in definitiva insoluti vari interrogativi, connessi al reale potere esercitato dalla *holding* nella sua posizione di capogruppo, ai suoi poteri di indirizzo dell'attività del gruppo ed alle responsabilità connesse a tale posizione nei confronti delle controllate; il tutto in un contesto dove la giurisprudenza si è attestata, come si è già detto, su posizioni estremamente prudenti, con una continua insistenza sul «... carattere atomistico ...» della legislazione societaria (13).

3. Il gruppo piramidale

Un ulteriore spunto, proveniente dall'analisi concreta dei rapporti infragruppo e dall'esame degli interessi coinvolti nel fenomeno dei gruppi societari, ha recentemente evidenziato aspetti meritevoli di esame da parte dell'interprete.

L'attenzione si è concentrata sulle ipotesi in cui venga in rilievo un gruppo piramidale, caratterizzato dalla forte presenza della capogruppo, che orienta l'attività delle controllate attraverso la direzione unitaria. A prescindere dalle finalità per le quali l'imprenditore decide di optare per la scelta organizzativa del gruppo, anziché strutturare la propria azienda nella forma dell'impresa multidivisionale «...la struttura del gruppo rende più complessa, rispetto al caso di un'impresa unica controllata da persone fisiche, la relazione fra socio controllante, da una parte, e soci di minoranza dall'altra» (14).

Si profila così un possibile conflitto di interessi che può assumere caratteristiche di maggiore sistematicità quando il gruppo sia "integrato", intendendosi con tale termine una aggregazione di imprese legate fra loro da relazioni di «clientela/fornitura», di «concorrenza (nel senso che le imprese producono beni e servizi sostituibili o si avvalgono degli stessi *inputs*) o di appartenere alla stessa «filiera tecnologica (nel senso assai ampio di essere clienti/fornitrici di tecnologia, le une nei confronti delle altre, o di beneficiare le une delle innovazioni delle altre)». In assenza di tali relazioni il gruppo si può definire come "diversificato" (15).

Nel gruppo "integrato" le scelte imprenditoriali rilevanti per una società del gruppo possono avere conseguenze significative per le altre entità produttive, in quanto i risultati economici di un'impresa sono correlati con quelli di un'altra impresa del gruppo. Si pensi al caso in cui una società del gruppo debba, per scelta strategica della capogruppo, vendere i propri prodotti ad un'altra società del gruppo anziché direttamente al pubblico, a prezzi inferiori rispetto a quelli di mercato. E' il tipico conflitto fra esigenze di redditività del

(11) Per una rassegna delle posizioni dottrinarie sul punto si veda: PETTITI P., *Il gruppo di imprese o società*, in *Riv. dir. comm.* 1992, p. 856.

(12) VELLA F., *Le società holding*, in *Quaderni di Giur. Comm.*, n. 148, Milano, 1993, *passim*.

(13) JAEGER P.G., *op.cit.*, p. 490

(14) BARCA F. - CASAVOLA P. - PERASSI M., *Controllo e gruppo: natura economica e tutela giuridica*, cit., p. 36. Per alcune ipotesi concrete di contrasti fra interessi della capogruppo e delle controllate si vedano: Trib. Verona, 31 gennaio 1991, in *Le Società*, 1991, p. 1086 e Corte Appello Milano, 5 febbraio 1994, *ivi*, 1994, p. 1062. Sull'argomento si veda altresì l'intervento al presente convegno di SALAFIA V., *La patologia dei gruppi*.

(15) BARCA F. - CASAVOLA P. - PERASSI M., *Controllo e gruppo: natura economica e tutela giuridica*, cit., p. 37.

gruppo nel suo complesso a scapito dei profitti della singola società, emerso chiaramente a livello giurisprudenziale (16).

Si possono anche ipotizzare scelte compiute dalla capogruppo a favore di determinati settori di attività del gruppo medesimo, che finiscano per danneggiare altre società controllate, impegnate nella produzione di beni o servizi concorrenti. La sostituibilità fra i rispettivi prodotti rende tangibile il conflitto di interessi fra le imprese controllate.

Queste osservazioni teoriche sono state successivamente sottoposte a verifica in un lavoro empirico su un campione di imprese, appartenenti a gruppi. Lo studio ha inteso «...verificare empiricamente il ruolo che il grado di protezione degli azionisti di minoranza ha nello spiegare le dimensioni delle quote proprietarie diffuse...» ed ha evidenziato come «... Il potenziale conflitto di interessi tra maggioranza controllante e soci di minoranza delle singole controllate appare ... più grave per i gruppi più integrati verticalmente. In questo caso, dunque, l'assenza di garanzie esplicite e di un particolare regime di tutela dell'azionariato delle società controllate conduce a una ancora minore apertura proprietaria » (17).

L'azionista di minoranza risulta dunque scarsamente presente in società facenti parte di gruppi accentrati, certamente anche per altre ragioni (18), ma soprattutto a causa della incertezza della sua posizione come azionista di minoranza della controllata.

Tale incertezza non è l'unica questione aperta dalla mancata regolamentazione dei gruppi societari.

Fra i vari problemi si possono ricordare l'assenza di una definizione e di un riconoscimento dell'interesse di gruppo, cui consegue la difficile individuazione dei doveri degli amministratori delle controllate, stretti fra l'obbligo di perseguire l'oggetto sociale da un lato, e le direttive rivenienti dalla capogruppo dall'altro; spinte spesso confliggenti che possono non trovare una facile composizione, come testimoniato dalla giurisprudenza in materia (19).

Anche i creditori della controllata rimangono esposti in definitiva ad una situazione di incertezza. La riconosciuta indipendenza giuridica delle società componenti il gruppo esclude ovviamente l'assunzione di responsabilità della controllante per i debiti delle controllate; conseguenza di ciò è la posizione di sostanziale debolezza dei creditori privi di forza contrattuale nei confronti della società. Soggetti non sufficientemente forti da poter ottenere garanzie ulteriori rispetto a quelle offerte dal patrimonio della controllata; garanzie sotto forma, ad esempio, di fidejussioni prestate dalla capogruppo a favore delle società del gruppo (20).

(16) Per un caso di trasferimenti di beni infragruppo a prezzi non di mercato si veda il caso discusso avanti la Corte Appello Milano, 11 luglio 1991, (decr.), in *Le Società*, 1991, p. 1664.

(17) BIANCO M. - CASAVOLA P. - FERRANDO A., *Controllo di gruppo e incentivi degli azionisti di minoranza: una verifica empirica*, in *Temì di discussione* del Servizio Studi della Banca d'Italia, n. 239, Roma, 1994, pp. 24-25.

(18) Come ricordano gli stessi autori della menzionata indagine empirica: BIANCO M. - CASAVOLA P. - FERRANDO A., *Controllo di gruppo e incentivi degli azionisti di minoranza: una verifica empirica*, cit., p. 24.

(19) A proposito di interesse di gruppo è opportuno citare Cass., 13 febbraio 1992, n. 1759, in *Banca borsa*, 1993, II, p. 503, con nota di LAMANDINI M., *Nuove applicazioni giurisprudenziali in tema di gruppi di società*. La Suprema Corte prende atto che l'appartenenza di una società ad un gruppo comporta le legittimità di iniziative che perseguono anche interessi del gruppo, ma ciò non legittima il compimento di attività che nel perseguire l'interesse di gruppo contrastino con quello della singola società.

(20) GALGANO F., *Le società di capitali e le cooperative*, in *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1990, Vol. III, tomo II, pp. 8-9. Sul punto anche BARCA F. - CASAVOLA P. - PERASSI M., *Controllo e gruppo: natura economica e tutela giuridica*, cit., p. 57 ss.. Sull'argomento cfr., MIOLA M., *Le garanzie infragruppo come attribuzione patrimoniale indiretta tra società*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1990, I, p. 216.

4. Il gruppo bancario

Passando alla regolamentazione del gruppo bancario, nel complesso della sua articolazione di norme primarie e secondarie (21), prima di analizzarne gli effetti sulla realtà del gruppo appare opportuna una significativa notazione preliminare.

Il legislatore ha finalmente parlato di gruppo e non semplicemente di controllo intersocietario, utilizzabile per delineare un gruppo.

Si è giustamente osservato al proposito che la normativa assume «... come cardine della nuova figura e della relativa disciplina, il riconoscimento di una valenza positiva del fenomeno gruppo, cui fa riscontro una normativa che non tanto “registra” l’esistenza del gruppo a fini particolari ..., ma che in un certo senso incentiva l’esistenza del gruppo, e lo vuole articolato secondo certi principi» (22).

La portata innovativa è evidente non solo nella sistematica normativa, ma anche dal punto di vista concettuale, in quanto l’attenzione del legislatore si focalizza sul fenomeno del gruppo e ne delinea una disciplina, la cui valenza, pur essendo ancora discussa fra gli interpreti (23), va individuata tenendo comunque in considerazione il dato concettuale appena accennato.

E partire dalla logica di gruppo per affrontare le problematiche in esame significa esaminare due elementi fondamentali della struttura del gruppo bancario: il rapporto di controllo intenso ed effettivo fra il vertice e le controllate e l’attività di direzione e di coordinamento della capogruppo. In questi due aspetti si possono ritrovare discipline assai più definite rispetto alla normativa propria delle aggregazioni ordinarie di imprese; soluzioni in grado di offrire una maggiore chiarezza all’interprete e, perciò, di risolvere in chiave positiva alcune incertezze interpretative messe precedentemente in luce.

Partendo dal concetto di controllo è stato giustamente osservato che tale elemento «... non è assunto come mera potenzialità ...» (24), ma occorre un suo concreto ed effettivo esercizio al fine di realizzare il disegno unitario che si esprime attraverso l’attività di direzione e coordinamento. Ed un tale controllo può esplicarsi a seguito della predisposizione di una struttura organizzativa di gruppo (25) tale da garantire alla capogruppo di poter esercitare un controllo che, in altra sede e ad altri fini, è stato definito “forte”, cioè in grado di permettere al vertice di influenzare le scelte delle società controllate, dove «...all’intenzione di controllare devono corrispondere i mezzi per farlo, le strutture organizzative per impartire gli indirizzi, per verificare che essi vengano effettivamente eseguiti dagli amministratori» (26).

(21) Per una panoramica della normativa secondaria, costituita dai decreti del Ministro del Tesoro e dalla Istruzioni di vigilanza si vedano le appendici a: MARCHETTI P. G. - FERRO-LUZZI P., *Riflessioni sul gruppo creditizio*, cit. e AA.VV., *La ristrutturazione della banca pubblica e la disciplina del gruppo creditizio*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d’Italia*, n. 26, Roma, 1992.

(22) MARCHETTI P. G. - FERRO-LUZZI P., *Riflessioni sul gruppo creditizio*, cit. p. 17.

(23) Cfr. *infra*, par. 5 e 7.

(24) MARCHETTI P. G. - FERRO-LUZZI P., *Riflessioni sul gruppo creditizio*, cit., p. 33 e VELLA F., *La disciplina dei gruppi bancari*, cit., p. 114.

(25) Sulla necessità di una struttura organizzativa che consenta l’attuazione delle istruzioni della Banca d’Italia e la loro verifica, cfr. Istruzioni di vigilanza della Banca d’Italia, 13 gennaio 1992 e successive modificazioni ed integrazioni, “Gruppi creditizi”, sez. 1. Insistono sui requisiti organizzativi del gruppo VELLA F., *op. loc. ult. cit.* e LAMANDA C., *Commento agli artt 60 e 61 del T.U.*, in *Commentario al Testo Unico in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Milano, 1994, p 328 e ss.

(26) BARCA F. - CASAVOLA P. - PERASSI M., *Controllo e gruppo: natura economica e tutela giuridica*, cit., p. 17.

Attraverso gli strumenti di controllo e grazie ad una idonea struttura dell'aggregazione societaria la capogruppo può esercitare la propria attività di direzione e coordinamento (art. 61, comma 4 del T.U.), anzi deve esercitare tale attività; «... se una qualsiasi *holding* può trascurare tali poteri, che le sono attribuiti quali mere facoltà, la capogruppo bancaria, invece non può farne a meno; ciò perché i diritti e le facoltà medesimi si trasformano in poteri-doveri da esercitarsi necessariamente, in quanto all'impresa bancaria è imposto un dovere funzionale, teso al profitto, alla "sana e prudente gestione"..."» (27). Una doverosità sanzionata dall'ordinamento, che individua nell'inadempienza all'esercizio dell'attività descritta una ipotesi di amministrazione straordinaria della capogruppo (art. 98, comma 2, lett. a del T.U.).

Rispetto alla disciplina comune della *holding* si nota sul punto una maggior specificazione di ruoli e di poteri, elementi ricavabili dai profili di doverosità dell'intervento della capogruppo che si sono evidenziati in precedenza.

5. Finalità della disciplina del gruppo bancario

Questi ragionamenti portano inevitabilmente ad affrontare il problema della valenza della disciplina sul gruppo bancario, se cioè essa sia limitata ad assicurare la piena e corretta applicazione delle regole di vigilanza, o se, altrimenti, essa si caratterizzi per una portata ulteriore, legittimando «... una struttura nella quale alla capogruppo sono riconosciuti compiti di direzione e di coordinamento» (28), con un conseguente appannamento dell'autonomia delle singole entità componenti il gruppo (29) ed una evidente deroga ai principi del diritto comune. Vi sarebbe allora una importante ricaduta delle regole in questione sul piano del diritto dell'impresa, con un superamento di talune lacune civilistiche in tema di disciplina dei gruppi (30).

A tale linea di pensiero si contrappone una lettura più restrittiva delle norme in questione, che «... ne sottolinea l'esclusiva strumentalità ai soli fini di vigilanza ed esclude esplicitamente la attribuzione alla holding del potere di perseguire un interesse qualificabile come "di gruppo"» (31).

(27) LAMANDA C., *op. cit.*, p. 328

(28) JAEGER P.G. - MARCHETTI P., *Profili di disciplina del gruppo creditizio*, in *Quaderni giuridici dell'impresa*, 1991, p. 7.

(29) L'osservazione è di VELLA F., *op. ult. cit.* p. 104. L'A. sostiene però la contraria tesi che limita la valenza della normativa in esame a fini di vigilanza.

(30) Sulla stessa linea MARCHETTI P. G. - FERRO-LUZZI P., *Riflessioni sul gruppo creditizio*, cit., p. 38 e 55.. Si veda anche DESIDERIO L., *Disciplina delle crisi dei gruppi creditizi*, in AA.VV., *La ristrutturazione della banca pubblica e la disciplina del gruppo creditizio*, cit., p. 220 e 55., che, al fine di sottolineare l'incisività dei poteri di direzione della capogruppo, ricorda la previsione dell'art. 32, comma 4 del d.lgs. n. 356/1990 (ora art. 98, comma 4 del T.U.) che conferisce ai commissari straordinari il potere di «... revocare o sostituire, anche in parte, gli amministratori del gruppo al fine di realizzare i mutamenti degli indirizzi gestionali che si rendano necessari...».

(31) VELLA F., *op. ult. cit.*, p. 105, nello stesso senso l'A. si è espresso in *Le società holding*, cit., p. 209 e ss. Sulla medesima linea si muovono COSTI R., *L'ordinamento bancario*. Bologna, 1994, Nuova ed., p. 573 e, con una attenta analisi dell'iter legislativo che ha preceduto l'emanazione delle norme sul gruppo creditizio, MINERVINI G., *I poteri della capogruppo nei gruppi bancari polifunzionali*, intervento al convegno "I valori della concorrenza", Milano, 26-28 marzo 1992, Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale, p.153 e 55. degli atti. Si veda anche l'intervento al presente convegno di PREDIERI A., *Uso pubblico del gruppo di impresa*.

La seconda interpretazione appare più aderente sia ai criteri ispiratori dell'intervento legislativo (32), sia alla portata delle disposizioni considerate nel loro complesso (33) e può essere accettata se si ritiene che la disciplina del gruppo non si muove esclusivamente sul piano delle regole di vigilanza, ma «... valorizza gli strumenti di diritto societario e ne rafforza l'efficacia per conseguire un dover essere, quello della sana e prudente gestione dell'impresa bancaria, anche quando essa sia organizzata nella forma del gruppo di società ...» (34).

6. Conflitti di interesse all'interno del gruppo bancario

Si è messo precedentemente in luce (35) come l'analisi delle tipologie di aggregazioni societarie, svolta anche a livello empirico, induca a ritenere che in presenza di gruppi "integrati" i conflitti di interesse si manifestino con maggiore facilità. E si è anche detto che nella definizione di gruppo integrato rientra pure il gruppo societario in cui le singole società controllate svolgono attività potenzialmente fra loro concorrenti, in un contesto in cui il gruppo si caratterizza anche per «... il dato sostanziale della omogeneità, integrabilità economico-funzionale delle attività proprie delle componenti ...» (36).

Oltre all'ipotesi in cui nel gruppo siano presenti due o più imprese bancarie, con le relative conseguenze in tema di concorrenza fra le medesime, se si esamina la lista delle attività finanziarie ammesse al mutuo riconoscimento (art. 1, comma 2 del T.U.) ed esercitabili nella forma della "banca universale", ovvero del gruppo creditizio (art. 59, comma 1, let. b del T.U.) (37), si comprende come il margine di sostituibilità fra i servizi offerti da imprese impegnate nelle attività della lista sia spesso elevato ed i servizi medesimi si pongano facilmente in concorrenza fra di loro.

Il tutto senza dimenticare che la struttura del gruppo bancario è tale da assicurare al vertice la possibilità di intervenire con efficacia sulla gestione delle società componenti il gruppo.

Ciò significa che pure per il gruppo bancario si possono riproporre le problematiche relative ai conflitti di interessi già esaminati in linea generale per i gruppi integrati, anche in considerazione della significativa presenza degli azionisti di minoranza nelle controllate, poiché la struttura del gruppo presenta il vantaggio, rispetto al modello di impresa multidivisionale, di «consentire di avviare iniziative tramite sussidiarie al cui capitale concorrono altri enti con esperienze diversificate...» (38).

(32) MINERVINI G., *op. cit.*

(33) Si vedano le Istruzioni vigilanza del 13 gennaio 1992, Sezione I, dove si precisa che « ... Resta ferma nei confronti delle singole componenti il gruppo l'applicazione delle rispettive eventuali specifiche discipline ... ».

(34) LAMANDA C., *op. cit.*, p. 327.

(35) Cfr. *supra*, par. 3.

(36) MARCHETTI P. G. - FERRO-LUZZI P., *Riflessioni sul gruppo creditizio*, *cit.*, p. 51.

(37) Sull'argomento delle attività "correlate" ai tipici servizi dell'intermediazione finanziaria: DI ANTONIO M., *Fabbisogni di controllo nei gruppi bancari polifunzionali*, in *Fusioni ed acquisizioni delle aziende di credito*, *Atti del convegno di Modena*, 13-14 aprile 1989, Milano, 1990, p. 179.

(38) PREDETTI M., *A proposito di banca universale e di Gruppo polifunzionale*, in *Banche e banchieri*, 1992, p. 716. Rileva la problematica degli azionisti di minoranza, anche se con la diversa prospettiva del vertice del gruppo che può incontrare ostacoli nella imposizione delle proprie direttive proprio a causa della presenza degli azionisti di minoranza: PONTIGGIA C., *Alcune riflessioni sulla strategia dei gruppi bancari polifunzionali*, in *AA.VV., Redditività e rischiosità in banca nella prospettiva dell'integrazione europea*, Milano, 1990, p. 165.

E inevitabilmente il gruppo di imprese costituite in forma societaria richiama le note incertezze in ordine ai ruoli che determinati soggetti rivestono nella dialettica interna al gruppo.

7. La posizione degli amministratori delle controllate

Nell'affrontarle si può iniziare dalla posizione degli amministratori delle controllate.

Muovendosi sulla linea della esclusiva valenza delle norme sul gruppo bancario a fini di vigilanza e dell'inesistenza di un interesse di gruppo codificato, viene immediatamente in rilievo l'art. 61, comma 4 del T.U., che impone doveri di collaborazione agli amministratori delle controllate nei confronti della capogruppo.

Doveri che sono strettamente correlati alla esecuzione degli ordini impartiti dal vertice al fine di assicurare l'attuazione delle istruzioni della Banca d'Italia, perseguendo la stabilità del gruppo, cioè l'obiettivo cui si deve ispirare l'attività della *holding* bancaria (39).

Osservanza delle disposizioni che deve necessariamente accompagnarsi ai doveri di fornire dati ed informazioni alla capogruppo, ai sensi del medesimo art. 61, comma 4 (40).

Di fronte alle direttive del vertice gli amministratori devono perciò prestare la loro piena collaborazione, ma entro quali limiti?

Appare ovvia l'osservazione che trattandosi di direttive impartite in esecuzione di istruzioni dell'organo di vigilanza e nell'interesse della stabilità del gruppo, l'esistenza di tali elementi appaia come un primo, fondamentale requisito della legittimità delle direttive.

Chi sostiene la tesi della esistenza di un interesse di gruppo, deducendolo in via interpretativa dalla disciplina del gruppo bancario, lo identifica nella "stabilità" e precisa: «... è concetto che non ha in sé nulla a che fare con il concetto di "interesse sociale del gruppo", come sorta di interesse sociale qualitativamente e funzionalmente analogo a quello che in sede di teoria generale delle società è proprio di ogni società, ma riferito al gruppo come tale, quasi fosse una mega-società...» trattandosi di interesse non meramente privatistico e non disponibile, per le sue rilevanti caratteristiche pubblicistiche (41). Seguendo questa impostazione non si toglie certo rilievo all'esistenza dell'interesse alla stabilità quale metro di giudizio della legittimità dell'azione della capogruppo, ma si sottolinea l'importanza di un parametro di verifica oggettivo della congruità dell'attività di direzione del vertice (42).

Attività di direzione che, come precisato dalle Istruzioni di vigilanza (43), deve altresì ispirarsi ad «... equità e ragionevolezza...».

L'attività degli amministratori delle controllate appare doverosa se si muove entro i limiti delle direttive dettate nel rispetto dei requisiti indicati (riferimento alle Istruzioni di vigilanza, interesse alla stabilità, equità e ragionevolezza), tanto che la violazione di tali

(39) COSTI, *op.cit.*, p. 573.

(40) Sull'argomento CAPRIGLIONE F., *Poteri della controllante ed organizzazione interna del gruppo*, in *Riv. Soc.*, 1990. p. 50 e ss.

(41) MARCHETTI P. G. - FERRO-LUZZI P., *Riflessioni sul gruppo creditizio*, *cit.*, p. 50 e ss.

(42) VELLA F., *La disciplina dei gruppi bancari e i poteri della capogruppo*, *cit.*, p. 122 e ss.

(43) Istruzione di vigilanza del 31 gennaio 1992, Sezione III.

doveri può anche configurare, in *extrema ratio*, l'ipotesi criminosa di cui all'art. 134, comma 2 T.U., dove si sanziona il comportamento di chi ostacola le funzioni di vigilanza (44).

Altrimenti è ipotizzabile una "contestazione" delle direttive da parte degli amministratori della controllata, sulla base di una carenza di adeguata motivazione «... alla luce delle finalità di vigilanza ...» (45).

Una doverosità che si presenta come complementare rispetto ad un altro comportamento doveroso, quello della capogruppo nell'esercizio dei suoi poteri di direzione e coordinamento a fini di stabilità complessiva del gruppo,

Ecco quindi che la *holding* bancaria può disporre la revoca degli amministratori delle controllate che non si adeguino alle proprie disposizioni, salvo poi l'accertamento in sede contenziosa della legittimità dell'ordine non adempiuto e perciò dell'esistenza di una giusta causa di revoca (art. 2383, comma 3 cod. civ.), valutabile alla luce dei criteri di equità e ragionevolezza degli ordini impartiti dalla capogruppo (46) e della congruità con i censurati obiettivi di attuazione delle regole di vigilanza, nell'interesse della stabilità del gruppo.

8. Gli azionisti di minoranza ed i creditori

Se la posizione degli amministratori risulta così maggiormente definita nel gruppo bancario, altrettanto non sembra, a prima vista, per la situazione degli azionisti di minoranza e dei creditori.

A fianco di chi sostiene che «... la legge Amato e il decreto 356 non si sono posti il problema della tutela dei soci di minoranza e dei creditori delle controllate ...» (47) si ritrovano affermazioni secondo cui «l'eventualità di un conflitto fra interesse della società e interesse perseguito attraverso le disposizioni della capogruppo dovrebbe essere abbastanza remota...» (48).

Ma in linea teorica un conflitto fra obiettivo complessivo alla stabilità del gruppo e logica del profitto della singola società è ben configurabile: «... posto che, ad esempio, le istruzioni generali o speciali di Vigilanza impongono di ridurre l'esposizione complessiva del gruppo nei confronti di un cliente, sembra spetti alla capogruppo scegliere la società che debba ridurre questa esposizione (e così eventualmente diminuirne i profitti), senza che tale società possa chiedere che un proporzionale sacrificio sia fatto da altre società del gruppo: il tutto ovviamente con il limite dell'abuso od eccesso di potere, e così della equità e ragionevolezza della scelta...» (49).

Se la capogruppo ha cioè agito con abuso dei suoi poteri, violando la regola della equità e ragionevolezza, si può allora configurare una responsabilità extracontrattuale della

(44) LAMANDA C., *op. cit.* p. 336.

(45) VELLA F., *op. ult.*, cit., p. 123.

(46) MARCHETTI P. G. - FERRO-LUZZI P., *Riflessioni sul gruppo creditizio*, cit. p. 56; sulla responsabilità degli amministratori delle controllate: LAMANDA C., *op. cit.*, p. 336.

(47) VELLA F. *op. ult. cit.* p. 120, n. 70 e CORVESE C.G., *Gruppi bancari fra norme di diritto comune e di diritto speciale*, in *Dall'ente pubblico creditizio alla società per azioni*, a cura di Rispoli Farina, 1993, p. 285.

(48) COSTI R., *op. cit.*, p. 574.

(49) La citazione, che descrive un classico esempio, è tratta da MARCHETTI P. G. - FERRO-LUZZI P., *Riflessioni sul gruppo creditizio*, cit. p. 56; il caso è discusso anche da ZAMBONI-GARAVELLI P., *Il gruppo creditizio. profili di vigilanza*, in AA.VV., *La ristrutturazione della banca pubblica e la disciplina del gruppo creditizio*, cit., p. 201.

controllante verso la controllata, altrimenti non ci sarà danno risarcibile e la società del gruppo dovrà accettare il sacrificio patrimoniale in termini di minori profitti.

Si profila allora un paradosso.

L'azionista di minoranza delle società appartenenti ad un gruppo bancario si troverebbe a dover accettare da un lato i sacrifici imposti dalla capogruppo per fini di stabilità ed in ottemperanza di disposizioni emanate dall'organo di vigilanza, che non violino le regole dell'equità e ragionevolezza, e, dall'altra, le limitazioni comunque insite nella posizione di controllata della società appartenente al gruppo. Limitazioni che derivano dal diritto comune, posto che la normativa speciale sui gruppi creditizi non legittima certo il vertice ad imporre scelte pregiudizievoli alla controllata (50), al di fuori dei casi sopra esaminati. Limitazioni che, insegna la casistica, si possono talvolta tradurre in sensibili diminuzioni di redditività, di fronte alle quali la giurisprudenza, come si è visto, non concede spazi molto ampi alla tutela giurisdizionale.

La conclusione appare evidentemente inaccettabile, in quanto non tiene nella dovuta considerazione i vantaggi derivanti alle società controllate dall'appartenere al gruppo.

Non ci si riferisce qui ai vantaggi generici, conseguibili dall'affiliata inserita in una aggregazione di imprese, di cui parla la giurisprudenza quando valuta, con una comparazione di interessi, le conseguenze positive e negative dell'appartenenza ad un gruppo (51).

Occorre tenere nella doverosa considerazione la posizione della società all'interno di un gruppo caratterizzato da una struttura integrata e sottoposto, nel suo complesso, ad un regime di vigilanza prudenziale. Le istruzioni del vertice, cui le controllate sono tenute ad uniformarsi, non possono essere certamente utilizzate per arrecare pregiudizio alle società controllate, ma, essendo finalizzate ad assicurare la stabilità del gruppo, sono talora in grado di comportare nell'immediato un sacrificio patrimoniale per l'azionista di minoranza, nella misura in cui si traducono in una riduzione dei dividendi. La stessa impostazione è però in grado di garantire la salvaguardia del capitale investito nel lungo periodo.

Il titolare di capitale di rischio non si trova in una posizione diversa da qualsiasi altro socio di minoranza per quanto riguarda le garanzie di redditività del proprio investimento, ma può probabilmente contare su una maggiore tutela del valore della sua partecipazione, quale riflesso della salvaguardia del patrimonio della società.

Se è vero che l'appartenere al gruppo creditizio non annulla l'autonomia patrimoniale delle singole entità facenti parte del gruppo medesimo, come ribadito dall'art. 5, comma 1, lett. d) della legge n. 218/1990, e se non esiste una responsabilità della capogruppo per le obbligazioni delle affiliate (52), non bisogna dimenticare quanto sottolineato dalle istruzioni di vigilanza, vale a dire «l'affidamento che i terzi fanno sulla circostanza che la capogruppo normalmente risponde delle obbligazioni assunte dalle singole componenti il gruppo ...» (53). L'inserimento nel gruppo e la relativa iscrizione nell'albo delle società appartenenti al gruppo, unitamente alla pubblicità data a tale inserimento (es. art. 64, com-

(50) COSTI R., *La disciplina dei gruppi bancari*, in *Banca. impresa.società*, 1990, pp. 343 e 349 e ss.

(51) Cfr. *supra*, par. 3 e App. Milano, 11 luglio 1991, *cit.*.

(52) COSTI R., *L'ordinamento bancario*, *cit.*, p. 573; sul punto VELLA F. *Le società holding*, *cit.*, p. 222, n. 380 sottolinea la differenza esistente fra la normativa italiana e le regole sui gruppi contenute nella seconda direttiva comunitaria sui gruppi bancari (art. 18, paragrafo 2 della direttiva n. 89/646) dove si parla di garanzia in solido da parte della casa madre per gli impegni assunti dalla filiazione. Cfr. anche DESIDERIO L., *Gruppi bancari interni e comunitari*, in *Foro It.*, 1992, V, c. 285 e, dello stesso A., *Commento alla dir. Cee n. 89/646*, in *Codice commentato della banca*, *cit.*, Milano, 1990, Torno II, p. 2208.

(53) Istruzioni di vigilanza, *cit.*, Sez. 1.

ma 4 del T.U.), «comportano nei fatti una manifestazione esterna di “patronage”, simile in qualche misura all'utilizzazione del contrassegno di gruppo, in relazione alla quale le unità controllanti, *in primis* le capogruppo, incontreranno remore ad avvalersi della suddetta autonomia per non far fronte alle obbligazioni delle partecipate in difficoltà» (54).

I costi correlati alla dissoluzione di una delle affiliate possono perciò risultare più elevati rispetto a quelli connessi al salvataggio della medesima (55). Considerando anche che, in estrema ipotesi, il comportamento della capogruppo, in ipotesi di gravi mancanze a propri doveri di direzione e coordinamento «.. nell'interesse della stabilità del gruppo...» (art. 61, comma 4 del T.U.), è sanzionabile con la sottoposizione della medesima ad amministrazione straordinaria, *ex art.* 98, comma 2, lett. a del T.U. Ed un elemento rivelatore di queste carenze direzionali può risultare proprio dalle difficoltà patrimoniali delle controllate, posto che «... un filo di continuità lega i due presupposti (art. 98, comma 1, lett. a e b del T.U., n.d.a.) al punto da postulare l'identificazione dell'*equilibrio finanziario e gestionale con la stabilità del gruppo ...*» (56).

La vigilanza su base consolidata da parte della Banca d'Italia, che legittima l'adozione di disposizioni della capogruppo finalizzate ad assicurare la stabilità del gruppo unitamente agli effetti collegati all'inserimento della società nel gruppo, offrono ai creditori una significativa tutela, sia *ex ante*, a livello di prevenzione dei fenomeni di crisi, sia *ex post*, con la responsabilizzazione, seppure attenuata, della capogruppo per gli obblighi delle affiliate.

Si tratta di una tutela che non deriva semplicemente dall'inserimento di un'impresa in un contesto di gruppo, ma bensì dalla natura dell'attività svolta dal gruppo medesimo e dalle sue componenti, un'attività bancaria o comunque finanziaria, che ricade in buona misura sotto la copertura del principio costituzionale dell'art. 47 della carta fondamentale.

A ben vedere la tutela in discorso si espande però anche oltre i confini, pur ampi, del risparmio “in tutte le sue forme”, per usare una espressione costituzionale, allargandosi in due diverse direzioni.

Occorre considerare in primo luogo che sono tutti i creditori ad essere protetti, non solo i depositanti o i risparmiatori che abbiano affidato le loro disponibilità ad intermediari finanziari per il relativo investimento

Inoltre nel gruppo possono ben essere presenti società impegnate in attività non finanziarie e meramente strumentali all'operatività delle altre componenti il gruppo (es. art. 59, comma 11 lett. c. del T.U.), soggetti non sottoposti in via autonoma ad alcuna forma di vigilanza ed i cui debiti risultano in definitiva garantiti proprio dall'inserimento in un gruppo creditizio.

9. Conclusioni

Sulla base di queste considerazioni si può allora dare una prima risposta alla domanda precedentemente formulata in ordine agli effetti derivanti dalla applicazione della regolamentazione sul gruppo bancario alla realtà dell'aggregazione societaria.

(54) Così ZAMBONI-GARAVELLI P., *Il gruppo creditizio: profili di vigilanza*, cit., p. 209.

(55) Un aspetto questo che si può verificare anche quando vi sia una aggregazione di imprese che pur presentando tutti i requisiti propri del gruppo bancario non sia inserita nel relativo albo, con la conseguente iscrizione d'ufficio da parte della Banca d'Italia, c.d. “gruppo di fatto” (art. 64, comma 3 del T.U.).

(56) DESIDERIO L., *Commento all'art. 98 del T.U.*, in *Commentario al Testo Unico*, cit., p. 508.

La risposta risulta tendenzialmente positiva, sia sul piano della precisazione dei doveri degli amministratori, sia a livello di tutela dei creditori; anche se quest'ultima tutela è riconducibile più alla natura dell'attività, che all'esistenza di una struttura di gruppo disciplinata dall'apposita normativa.

Tuttavia proprio per effetto dell'appartenenza al gruppo, dell'inserimento nella particolare struttura del gruppo bancario, si realizza una protezione dei creditori più intensa rispetto ai casi di società appartenenti a gruppi non bancari, anche oltre i limiti previsti dall'art. 47 della carta fondamentale.

Ciò vale sia per le ipotesi di società controllate che svolgono attività finanziaria, e per tale ragione sottoposte comunque ad un regime di supervisione (57), sia per le attività non finanziarie. Anche in quest'ultimo caso si concretizza un'espansione della garanzia oltre i confini costituzionali della tutela del risparmio.

(57) Osserva MARCHETTI P.G., *Gruppi bancari. Sim. Stabilità. Regole di condotta*, in *Bancaria*, 1991, 2, p. 74, che per quanto riguarda l'esigenza di stabilità esiste un concorso fra le norme della legge n. 1/1991 e la disciplina del gruppo bancario. Se infatti la SIM appartiene ad un tale gruppo «l'organo di vigilanza potrà (anche caso per caso) rafforzare od integrare la specifica disciplina di stabilità patrimoniale della legge 1/1991».

RAFFAELE D'AMBROSIO

TAKEOVERS IN ITALY (*)

CONTENTS: **1.** Regulation of takeovers. – **2.** The mandatory bid. – **3.** Procedural rules.

(*) Speech at the Seminar of the International Association of Young Lawyers (AIJA) on "Takeover, Regulation versus Deregulation" - Milan 31 March-1April 1995.

1. Regulation of takeovers

1. Until February 1992, takeovers in Italy were regulated, pursuant to Law 216 of 7 June 1974, by the rules concerning public offers of securities (1). Since these rules only regulated the disclosure of an offer, they were considered inadequate to regulate such a complex transaction as the transfer of control of a listed company (2).

A new law regulating takeovers for shares carrying voting rights, and other securities carrying rights over such shares, listed on the Italian Stock Exchange or on the restricted market came into force on 18 February 1992 (Law 149/1992). Takeovers involving securities carrying no voting rights or not listed on the above-mentioned regulated markets continue to be governed by the 1974 law.

Law 149/1992 introduced new disclosure rules as well as rules of procedure for takeovers (3); it imposed the mandatory bid basically on any person who intended to acquire or had already acquired control of a listed company.

2. The regulation and supervision of takeovers is administered by CONSOB, which is the statutory body responsible not only for the smooth working of the Stock Exchange and other regulated markets, but also for the transparency of the companies listed on those markets. Listed Italian companies must disclose to CONSOB – and, if necessary, to the public – all the information required by law and by CONSOB.

A substantial purchase of voting shares in a listed company must be notified to the company itself and to CONSOB, which releases the information to the investing public. Additional disclosure requirements are imposed on companies performing particular kinds of activities.

3. The provisions of the 1974 and 1992 Laws concerning takeovers in Italy can be divided into three different sets.

3.a. Firstly, it is possible to identify a set of rules concerning the disclosure of the offer. The bidder is required to release to the public all information which might be reasonably expected to have a material effect on shareholders' disinvestment decisions.

(1) See NICCOLINI, *Le offerte pubbliche di acquisto*, *Riv. dir. civ.*, 1974, II, p. 607; CASTELLANO, *Le offerte pubbliche d'acquisto: i problemi non risolti dalla legge di riforma*, *Giur. comm.*, 1975, I, p. 5; PESCATORE, *La struttura contrattuale delle offerte pubbliche di acquisto*, *Riv. dir. comm.*, 1975, I, p. 75; NICCOLINI, *Offerta pubblica di acquisto (OPA)*, *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 766; ASTOLFI, *Offerta al pubblico di acquisto (OPA)*, *Diz. dir. Priv. Irti*, II, *Diritto commerciale e industriale*, edited by Carnevali, Milano, 1981; PESCATORE, *Offerta pubblica di acquisto di azioni e obbligazioni*, *Nss.D.I., Appendice*, V, Torino, 1984, p. 377; DE ANGELIS, *L'informazione societaria nell'o.p.a.: prospettive di regolamentazione in Italia ed esperienze comparatistiche degli Stati membri della CEE*, *Riv. soc.*, 1987, I, p. 97; WEIGMANN, *Offerte pubbliche di acquisto*, *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990.

(2) See MIGNOLI, *Riflessioni critiche sull'esperienza italiana dell'o.p.a.: idee, problemi, proposte*, *Riv. soc.*, 1986, I, p. 4.

(3) See ANNUNZIATA, *La disciplina delle offerte pubbliche di acquisto e scambio di titoli*, *Le società*, 5/1992, p. 589; BAGLIONI, *Le offerte pubbliche di azioni e l'Opa obbligatoria*, *Corriere giuridico* 4/1992, p. 364; MORANO, *Offerte pubbliche di acquisto: profili pratici ed operativi*, *Le società*, 11/1992, p. 1473; MONTALENTI, *La legge italiana sulle offerte pubbliche: prime riflessioni*, *Giur. comm.*, 1992, p. 830; WEIGMANN, *La nuova legislazione italiana sulle offerte pubbliche*, *BBTC*, 1992, I, p. 428; ID., *Le offerte pubbliche di acquisto*, *Trattato delle società per azioni*, 10.2., p. 317; PALISI, *La disciplina italiana delle offerte pubbliche d'acquisto obbligatorie*, *Quadrimestre*, 2/1993, p. 491.

A prospectus (according to the 1974 Law) – or an offer document (pursuant to the 1992 Law) – must be published for this purpose, and it must contain information about the offeror, the offeree company (including information about the offeror's intentions regarding the offeree company), and the offer (see Article 18 of the 1974 Law and Article 15 of the 1992 Law). No information may be released before the prospectus (or the offer document) has been made public, unless this has been authorized by CONSOB (see Article 27, paragraph 1, of the 1992 Law).

3.b. Secondly, there are rules concerning the procedure for carrying out takeovers, designed to ensure fair competition among the persons interested in the offer and equal treatment among the addressee shareholders.

Hence there is a *pro rata* rule to give offeree shareholders equal opportunities to accept the offer. According to this rule (see Article 20, paragraph 4, of the 1992 Law), if acceptances are received in excess of the number of shares for which the offer is made, acceptances will be scaled down and the bidder required to buy the same proportion of shares from each person who accepts the offer.

Moreover, the offeror is required to give adequate guaranty for the consideration both in cash and in shares; the adequacy of that guaranty is at CONSOB's discretion (see Article 15 of the 1992 Law).

The rules concerning the procedure for carrying out the offer are applied by CONSOB to all takeovers, even if they are formally applicable only to offers for voting shares listed on a Stock Exchange or on a restricted market. When offers are made for shares carrying no voting rights or not listed on a regulated market, CONSOB encourages compliance with the above-mentioned procedural rules by means of moral suasion.

3.c. Thirdly, there are rules that impose the mandatory bid (see Article 10 of the 1992 Law). The purpose of these rules is to grant equal economic opportunities to all shareholders (4). The price offered per share to the majority shareholder of the target company usually exceeds the value of its assets as well as the current Stock Exchange price of its shares. The so-called price premium must be offered to all shareholders, both majority and minority.

There is a clear difference – pursuant to the 1992 Law – between this principle, which basically grants equal treatment to minority and controlling shareholders, and the *pro rata* rule, which simply grants addressee shareholders a proportional division of the shares accepted.

The difference is particularly clear when a mandatory bid is imposed as a consequence of the previous acquisition of control of the company. In this case, even if the *pro rata* rule applies, equal economic opportunities among all shareholders are not granted. The mandatory bid is, in fact, launched for the same stock of shares previously purchased by the offeror and not – as in British or French takeover regulations – for the whole voting share capital. We can consequently infer that – except when full control is acquired or the offeror voluntarily extends the offer to all other shareholders – the majority shareholder can sell his total holding, whereas minority shareholders may be able to sell only a percentage of theirs.

The mandatory bid is basically imposed, pursuant to Article 10 of the 1992 Law, when a person intends to acquire or has already acquired control of a listed company. It is also

(4) See CONSOB's resolution 6256 of 10 June 1992, *Official Gazette* 161 of 10 July 1992.

imposed when a shareholder with half or more of the voting rights which constitute control of a listed company intends to purchase or has already purchased (within a period of twelve months) 2% of the voting capital or when the floating shares are reduced below 10% of the voting share capital.

In all other cases an offer for the purchase of voting shares in a listed company may be launched voluntarily. However, both mandatory and voluntary offers are regulated by the above-mentioned information and procedural rules.

2. The mandatory bid

1. As already explained, the mandatory bid is principally imposed when a person intends to acquire or has already acquired control of a listed company. A detailed description of this case is given below, but first it is worth mentioning the other cases in which a mandatory offer is also imposed.

2. Shareholders holding shares carrying one half or more of the voting rights which constitute control of a listed company are not permitted to purchase an additional 2% of the voting capital without launching a takeover bid. The mandatory bid rule does not apply, however, in the event that someone has full legal control (see Article 10, paragraph 7, of the 1992 Law).

It should be noted that under Italian law the mandatory bid is not imposed for all the voting share capital, but only for the additional 2%. There are therefore grounds for suspecting that, far from protecting minority shareholders, such a mandatory offer is ment to disclose an unwelcome bid to the majority shareholder (5). This could have been achieved, however, simply by requiring the disclosure of substantial purchases of shares, which is already required by article 5-bis of the 1974 Law.

3. According to CONSOB's interpretation of Article 10, paragraph 9, of the 1992 Law (6), when the floating shares, which are basically those not owned by the controlling shareholder, are reduced to 10% of the voting share capital, a mandatory bid is also imposed (7). In this case the price is determined by CONSOB.

4. More properly, the mandatory offer is imposed when a person intends to acquire, directly or indirectly, control of a listed company (see Article 10, paragraph 1, of the 1992 Law).

If there are not one or more shareholders who control the target company, CONSOB has the power to determine what is the percentage of voting share capital that constitutes control (see Article 10, paragraph 3, of the 1992 Law). This information must be published in the official Gazette as well as in the CONSOB Bulletin.

According to this rule, there is no certainty about the threshold of control, however. Indeed, the threshold itself must be continuously revised. Other takeover regulations, such

(5) See ABRIANI, *Opa incrementale, Opa successiva ed esecuzione delle operazioni infragruppo*, *Giur. comm.*, 1994, p. 86.

(6) See CONSOB's resolution 6892 of 24 February 1993, CONSOB's *Bulletin* 2/1993, p. 150.

(7) See ANNUNZIATA, *Opa residuale obbligatoria, diritto di recesso e tecniche di composizione dei conflitti nelle società per azioni*, to be published on *Revista de derecho bancario y bursatil*.

as those in France and Britain, impose a mandatory bid when a predetermined threshold is exceeded, which prevents them from running into the above-mentioned problem.

5. According to the 1992 Law, control of a listed company can be acquired without launching a bid; but as a consequence of the purchase of the bloc of shares in question, a takeover bid must be launched for the same percentage of shares; the bid price is necessarily the price at which the bloc was transferred (see Article 10, paragraph 8, of the 1992 Law).

We can therefore say that the mandatory bid, even if principally imposed when a person intends to acquire control of a listed company, is actually often a consequence of the previous purchase of the majority of the voting share capital.

Far from being a mere derogation to the principle according to which a mandatory bid is required when a person intends to acquire control of a listed company, the mandatory bid imposed as a consequence of that acquisition must be regarded as the only real compulsory offer. It should therefore come as no surprise that CONSOB's powers basically focus on enforcing compliance with the rules regulating the second kind of mandatory offer.

The importance of such offers compared with the first kind is due to the fact that the shareholdings of Italian listed companies are dominated by the State and founding families, as well as shareholder agreements and cross-shareholdings (8). Consequently, in most cases a person who intends to acquire control of a company has to negotiate in advance with the majority shareholder.

6. Once a person acquires control of an unlisted company which controls a listed one, a mandatory bid is imposed for the purchase of the shares of the listed company, but only if the shareholding in that company constitutes a substantial part of the assets of the unlisted one. On the contrary, when control is acquired of a listed company which controls another listed company, a mandatory bid is not imposed for the shares of the second company, even if the shareholding in that company constitutes a substantial part of the assets of the first one.

As a matter of fact, according to CONSOB's interpretation of the 1992 Law (9), only in the first case would it be possible to circumvent the rule imposing a mandatory offer on those who wish to acquire control of a listed company.

7. Control of a listed company could also be indirectly acquired by participating in a voting trust, although some problems may arise (10). One is that of deciding whether the compulsory offer must be imposed only in the case of a previous purchase of shares or also when the shareholdings are merely made up in order to achieve control of the company. Another problem is whether every shareholder participating in the voting trust or only the shareholder holding the majority of such trust should be considered a controlling person.

The 1992 Law does not provide, unlike French and British takeover regulations, a definition of acting in concert, which could be regarded as another case of indirect

(8) See *Assetti proprietari e mercato delle imprese*, edited by BARCA, Bologna, 1994.

(9) See CONSOB's resolutions 92/008534 of the 4 December 1992 and SGE/RM/93001300 of 24 February 1993, CONSOB's *Bulletin* 12/92, p. 231 and 2/1993, p. 173.

(10) See COSTI, *I sindacati di blocco e di voto nella legge sulle Opa*, *BBTC*, 1992, p. 478; ROSSI, *Le diverse prospettive dei sindacati azionari nelle società quotate ed in quelle non quotate*, *Riv. soc.*, 1991, p. 1353; SBISA', *Patti di sindacato e Opa*, *Contratto e impresa*, 1992, 2, p. 653.

acquisition of control. Acting in concert is instead mentioned, as a case that triggers the mandatory bid rule, in article 8 of Law 474 of 30 July 1994, regulating the privatization of companies owned by the State. It should also be noted that, pursuant to Article 10, paragraph 4, of the 1992 Law, any concert regulating the purchase of shares or the act of voting together must be notified to CONSOB (see also Article 20, paragraph 2, of the 1993 Banking Law, providing that any agreement which could result in the concerted exercise of voting rights in a bank must be notified to the Bank of Italy).

8. When control is acquired or is about to be acquired by the offeror, no derogation to the mandatory offer is allowed, except when control is transferred within the same group of companies. More precisely, Article 10, paragraph 12, of the 1992 Law establishes that, when the transfer of control is carried out between companies connected because one of them directly controls the other or because both of them are directly controlled by another company, no mandatory offer is imposed (11). Indeed, in this case there is not a real transfer of control, as there is no change in the ownership of the target company.

9. Even if no price premium has been offered to the controlling shareholder, a mandatory bid is nonetheless imposed, in contrast with what is expressly provided for in Belgian takeover law. In some cases, however, the person who purchases a substantial shareholding in a listed company may not really intend to acquire control of the company itself, as the recent events regarding Ferruzzi Finanziaria have shown. In that case the group of banks who had purchased the shareholding was merely concerned in the bailout of the company. Consequently CONSOB ruled that this case did not trigger the mandatory bid rule (12).

3. Procedural rules

1. Describing the whole procedure for making offers and examining all the problems which could arise from the interpretation of the 1992 Law would be extremely time consuming. A more useful approach is to show what additional rules must apply when a takeover bid is launched for the acquisition of control of a bank and what are the most important problems that have arisen in the actual application of the above-mentioned procedural rules.

2. Pursuant to the 1993 Banking Law, any person who intends to acquire control of a bank must in advance notify the Bank of Italy as well as the bank itself. Prior authorization by the Bank of Italy is required. The Bank of Italy grants authorization only when the buyer can ensure the sound and prudent management of the bank itself. Persons who engage in significant business activity in sectors other than banking and finance may not be authorized to acquire control of a bank.

Once the authorization by the Bank of Italy has been granted, the offer must be notified to CONSOB, which evaluates the adequacy of the information contained in the offer document.

(11) See COSTI, *Operazioni infragruppo e Opa obbligatoria*, *Giur. comm.*, 1993, p. 65; GALGANO, *Gruppi di società, insider trading, Opa obbligatoria, Contratto e impresa*, 1992, 2, p. 642; GAMBINO, *L'Opa e la circolazione endogruppo della partecipazione di controllo*, *Riv. soc.*, 1992, p. 1249; MARCHETTI, *Opa obbligatoria e circolazione del controllo all'interno del gruppo*, *Riv. soc.*, 1992, p. 1258.

(12) See CONSOB's resolution SOC/RM/93008004 of 21 September 1993, CONSOB's *Bulletin* 9/1993, p. 227.

3. With regard to the problems arising from the application of the procedural rules established in the 1992 Law, I shall focus only on two of them, rather than examining them all.

3.a. The first problem is connected with the rule – established in Article 16 of the 1992 Law – according to which once the offer document has been published (and for the whole duration of the offer) the target company is not allowed to make any changes to its articles of incorporation or by-laws. This general prohibition, which is not found in the other EC countries, implies that no capital additions or mergers are permitted, even if the shareholders' meeting had already been called to vote on such resolutions before the offer was launched. This rule, which prevents the target company from taking any steps to frustrate an offer, seems to privilege the offeror's interests.

3.b. The other problem, which occurred in the takeover bid for Rolo by Credit, can be briefly summarized as follows.

According to Article 22 of the 1992 Law, an offer may be increased (a so-called revised offer) only once and the consideration must be at least 5% higher than that of the first offer. Article 23 of such Law covers the competing offer whereas article 26 provides that a revised offer can be launched after a competing one has been published. The problem is whether the revised offer can be launched only by the first offeror or also by the competing one.

On the one hand, it has been noted that the 1992 law provides a procedure according to which a takeover must be carried out in three phases: 1) the offer; 2) the competing offer; 3) the revised offer launched by the first offeror once the competing one has been published. A relaunch by the competing offeror is not provided for in these rules. Article 22 of the 1992 Law, therefore, merely regulates the increase of the offer made by the first offeror in order to encourage acceptances.

On the other hand it has been noted that similar rules apply both to the first offer and to the competing offer. Indeed, pursuant to the 1992 law, both are offers for the purchase of shares carrying voting rights and listed on the Stock Exchange. Accordingly, the relaunch by the competing offeror is regulated by article 22, which therefore applies to all the increased offers made by both the first offeror and the competing one.

LE OFFERTE PUBBLICHE DI ACQUISTO IN ITALIA

Traduzione italiana

Discorso al Seminario organizzato dall'Associazione Internazionale dei Giovani Avvocati (AIJA) su "Offerte pubbliche di acquisto, Regolamentazione o deregolamentazione?" – Milano 31 marzo-1° aprile 1995.

1. La disciplina delle OPA

1. Fino al febbraio 1992 le offerte pubbliche di acquisto in Italia rientravano esclusivamente nell'ambito di applicazione degli artt. 1/18 e ss. della 216/1974 sulla sollecitazione del pubblico risparmio (1). Tali disposizioni disciplinavano, tuttavia, soltanto la trasparenza dell'offerta ed erano perciò ritenute inadeguate a regolare una transazione così complessa quale l'acquisizione del controllo di una società quotata (2).

Una nuova disciplina concernente le offerte pubbliche di acquisto aventi ad oggetto azioni con diritto di voto quotate in borsa o nel mercato ristretto è stata introdotta dalla l. 18 febbraio 1992 (l. 149/1992). Le OPA aventi ad oggetto valori mobiliari senza diritto di voto o, comunque, non quotate in un mercato regolamentato continuano ad essere disciplinate dalla legge del 1974.

La l. 149/1992 ha introdotto sia nuove disposizioni sulla trasparenza dell'operazione sia regole riguardanti il procedimento di offerta (3); ha, altresì, previsto un obbligo di OPA principalmente nei casi in cui si intendesse acquisire o si fosse già acquisito il controllo di una società quotata.

2. L'autorità cui compete dettare disposizioni attuative della legge sull'OPA e di vigilare sul rispetto delle medesime è la CONSOB, ente pubblico cui, più in generale, compete la vigilanza sul buon funzionamento della borsa e degli altri mercati regolamentati e sulla trasparenza delle società quotate in detti medesimi mercati.

Le società quotate devono comunicare alla CONSOB e, ove necessario, rendere note al pubblico dei risparmiatori tutte le informazioni indicate dalla legge o richieste dalla CONSOB stessa.

L'acquisizione di una percentuale significativa di azioni con diritto di voto in una società quotata dev'essere comunicata alla società medesima ed alla CONSOB, che, a propria volta, provvede a renderne pubblica la notizia. Le società che operano in particolari settori sono sottoposte a regole di trasparenza ulteriori nei confronti dei rispettivi organi di vigilanza.

(1) V. NICCOLINI, *Le offerte pubbliche di acquisto*, Riv. dir. civ., 1974, II, p. 607; CASTELLANO, *Le offerte pubbliche d'acquisto: i problemi non risolti dalla legge di riforma*, Giur. comm., 1975, I, p. 5; PESCATORE, *La struttura contrattuale delle offerte pubbliche di acquisto*, Riv. dir. comm., 1975, I, p. 75; NICCOLINI, *Offerta pubblica di acquisto (OPA)*, Enc. dir., XXIX, Milano, 1979, p. 766; ASTOLFI, *Offerta al pubblico di acquisto (OPA)*, Diz. dir. priv. Irti, II, *Diritto commerciale e industriale*, a cura di Carnevali, Milano, 1981; PESCATORE, *Offerta pubblica di acquisto di azioni e obbligazioni*, Nss.D.I., Appendice, V, Torino, 1984, p. 377; DE ANGELIS, *L'informazione societaria nell'o.p.a.: prospettive di regolamentazione in Italia ed esperienze comparatistiche degli stati membri della CEE*, Riv. soc., 1987, I, p. 97; WEIGMANN, *Offerte pubbliche di acquisto*, Enc. giur., XXI, Roma, 1990.

(2) V. MIGNOLI, *Riflessioni critiche sull'esperienza italiana dell'opa: idee, problemi, proposte*, Riv. soc., 1986, I, p. 4.

(3) V. ANNUNZIATA, *La disciplina delle offerte pubbliche di acquisto e scambio di titoli*, *Le società*, 5/1992, p. 589; BAGLIONI, *Le offerte pubbliche di azioni e l'Opa obbligatoria*, *Corriere giuridico* 4/1992, p. 364; MORANO, *Offerte pubbliche di acquisto: profili pratici ed operativi*, *Le società*, 11/1992, p. 1473; MONTALENTI, *La legge italiana sulle offerte pubbliche: prime riflessioni*, *Giur. comm.*, 1992, p. 830; WEIGMANN, *La nuova legislazione italiana sulle offerte pubbliche*, *BBTC*, 1992, I, p. 428; ID., *Le offerte pubbliche di acquisto*, *Trattato delle società per azioni*, 10.2., p. 317; PALISI, *La disciplina italiana delle offerte pubbliche d'acquisto obbligatorie*, *Quadrimestre*, 2/1993, p. 491.

3. Le norme sulle OPA contenute in entrambe le leggi, del 1974 e del 1992, possono essere suddivise in tre gruppi.

3.a. Il primo gruppo concerne la trasparenza dell'offerta. L'offerente deve rendere pubbliche tutte le informazioni necessarie affinché gli azionisti della società bersaglio possano compiere scelte consapevoli di disinvestimento.

A tal fine, deve essere pubblicato apposito prospetto informativo (secondo la legge del 1974) – o documento di offerta (secondo la legge del 1992) – contenente informazioni sull'offerente, sulla società bersaglio (incluse quelle relative alle politiche di gestione dell'offerente riguardanti tale società), e sulle modalità e condizioni dell'offerta (si vedano, al riguardo, gli artt. 1/18 l. 216/1974 e 15 della l. 149/1992). Prima della pubblicazione del relativo documento o prospetto informativo, la divulgazione di notizie relative all'offerta è consentita nei casi ed alle condizioni stabilite dalla CONSOB (art. 27, comma 1, l. 149/1992).

3.b. Il secondo gruppo di norme riguarda il procedimento di offerta e mira ad assicurare la leale competizione tra i soggetti in essa coinvolti oltrechè, al tempo stesso, la parità di trattamento degli azionisti destinatari dell'offerta medesima.

A tale ultimo fine è previsto, in particolare, che (art. 20, comma 4, legge 149/1992), nel caso di accettazioni superiori al quantitativo richiesto, l'offerente deve acquistare la stessa proporzione di titoli da ciascun destinatario che abbia accettato l'offerta (regola del riparto proporzionale).

È previsto, inoltre, che l'offerente fornisca adeguata garanzia in ordine al corrispettivo offerto, a prescindere dal fatto che questo consista in denaro o in titoli. La CONSOB valuta l'adeguatezza della garanzia (art. 15 l. 149/1992).

Le norme summenzionate sul procedimento di offerta, ancorchè formalmente riferibili alle sole OPA aventi ad oggetto azioni con diritto di voto quotate in borsa o nel mercato ristretto, sono ritenute applicabili dalla CONSOB a tutte le offerte. In ogni caso, la CONSOB applica tali regole procedurali anche alle OPA concernenti azioni senza diritto di voto o, comunque, non quotate in un mercato regolamentato, avvalendosi dei propri poteri di *moral suasion*.

3.c. Il terzo gruppo di norme riguarda l'obbligo di OPA (art. 10, l. 149/1992). Finalità di tali norme è quella di assicurare identiche opportunità economiche a tutti gli azionisti delle società i cui titoli sono oggetto di OPA (4). Il prezzo offerto all'azionista di maggioranza per l'acquisizione della relativa partecipazione è normalmente superiore al valore meramente patrimoniale di quest'ultima o a quello della sommatoria del prezzo di borsa delle azioni. Con l'obbligo dell'OPA tale "premio" viene redistribuito a tutti gli azionisti, di maggioranza e non.

Esiste una netta differenza tra quest'ultimo principio, che sostanzialmente assicura lo stesso trattamento all'azionista di maggioranza ed a quelli di minoranza, e la regola del riparto proporzionale, che semplicemente assicura agli oblati il diritto a vendere nella stessa proporzione le azioni in relazione alle quali essi hanno aderito all'offerta.

(4) V. delibera CONSOB 6256/10.6.1992, G.U. 161/10.7.1992.

Tale differenza è particolarmente evidente nell'ipotesi dell'OPA successiva, così come disciplinata dalla l. 149/1992. In tal caso, infatti, ancorchè trovi applicazione la regola del riparto proporzionale, non vengono assicurate pari opportunità economiche a tutti gli azionisti. L'OPA obbligatoria, infatti, ha qui per oggetto la stessa percentuale di titoli acquistati in precedenza dall'azionista di maggioranza e non invece – come previsto nella disciplina inglese e francese – l'intero capitale con diritto di voto. Se ne deduce che, salvo il caso in cui viene acquistata una partecipazione di maggioranza assoluta o quello in cui volontariamente l'offerente estenda l'offerta a tutti gli azionisti – l'azionista di maggioranza può vendere l'intera sua partecipazione, mentre quelli minoritari possono dismettere soltanto un quota parte delle proprie.

L'obbligo di OPA è, sostanzialmente, imposto, ai sensi dell'art. 10 l. 149/1992, quando si intenda acquisire o si sia già acquisito il controllo di una società quotata. È, altresì, imposto quando un azionista che detiene la metà della partecipazione di controllo di tale società intenda acquistare o abbia già acquistato (nell'arco di dodici mesi) il 2% del relativo capitale con diritto di voto, nonchè quando la percentuale di flottante delle azioni con diritto di voto si sia ridotta al di sotto del 10%.

Ove non ricorrano tali presupposti, l'acquisizione di azioni con diritto di voto di una società quotata può avvenire liberamente. Sia l'OPA obbligatoria sia quella volontaria, aventi ad oggetto azioni quotate con diritto di voto, sono disciplinate, comunque, dalle medesime disposizioni procedurali.

2. L'OPA obbligatoria

1. Si è già detto che l'obbligo dell'OPA è previsto principalmente quando si intenda acquisire o si sia già acquisito il controllo di una società quotata. Una descrizione più approfondita di tale ipotesi sarà fornita di seguito, senza però prima aver esaminato le altre fattispecie di OPA obbligatoria.

2. Gli azionisti che detengono la metà della partecipazione di controllo di una società quotata non possono acquisire un ulteriore 2% di azioni con diritto di voto se non tramite OPA. L'obbligo non sussiste, però, nel caso in cui un'unica società detenga la maggioranza assoluta dei diritti di voto nella quotata (art. 10, comma 7, l. 149/1992).

La circostanza che oggetto dell'obbligo di OPA siano non tutte le azioni con diritto di voto, ma solo il 2% delle stesse, fa sospettare che la fattispecie in questione, lungi dal costituire uno strumento di tutela degli azionisti minoritari, abbia, invece, la funzione di rendere palese all'azionista di maggioranza eventuali scalate ostili (5). Ma tale ultima finalità avrebbe potuto del pari essere perseguita, prevedendo un mero obbligo di trasparenza dell'acquisizione di partecipazioni rilevanti; ciò che, d'altro canto, è già avvenuto con l'art. 1/5-bis l. 216/1974.

3. Alla luce dell'interpretazione CONSOB delle disposizioni di cui all'art. 10, comma 9, l. 149/1992 (6), l'OPA obbligatoria è altresì prevista per il caso di riduzione del

(5) V. ABRIANI, *Opa incrementale, Opa successiva ed esecuzione delle operazioni infragruppo*, Giur. comm., 1994, p. 86.

(6) V. delibera CONSOB 6892/24.2.1993, *Bollettino Consob* 2/1993, p. 150.

flottante al di sotto del 10% (7), laddove per flottante si intende il complesso delle azioni con diritto di voto che non siano ricomprese nella partecipazione di controllo. Il prezzo dell'OPA è stabilito dalla CONSOB.

4. Ma l'obbligo dell'OPA è soprattutto collegato dalla legge all'intenzione di acquisire, direttamente o indirettamente, il controllo di una società quotata (art. 10, comma 1, l. 149/1992).

Se non è possibile individuare uno o più azionisti di controllo della società bersaglio, spetta alla CONSOB di determinare la soglia di capitale sociale con diritto di voto, superata la quale scatta l'obbligo dell'OPA (art. 10, comma 3, l. 149/1992). La CONSOB rende periodicamente nota tale soglia, a mezzo di pubblicazione nella Gazzetta ufficiale e nel proprio Bollettino mensile.

Tale ultima disposizione non è, tuttavia, scevra da critiche. Il meccanismo ivi previsto, infatti, non consente di individuare con certezza la misura della soglia rilevante; misura che, tra l'altro, è soggetta a continue modifiche. In altri ordinamenti, quali quello francese ed inglese, l'obbligo di OPA è imposto nel caso di superamento di una soglia predeterminata. Ciò evita di ricadere negli inconvenienti suddetti.

5. Secondo la l. 149/1992, il controllo di una società quotata può essere del pari ottenuto senza lanciare un'OPA, purchè a tale acquisizione segua un'offerta sulla medesima percentuale di azioni previamente acquistate. Il prezzo delle azioni oggetto di OPA dev'essere lo stesso di quello al quale è avvenuta la precedente acquisizione (art. 10, comma 8, l. 149/1992).

L'OPA obbligatoria, quindi, seppure principalmente prevista per il caso in cui si intenda acquisire il controllo di una società quotata, è spesso proprio la conseguenza della previa acquisizione di tale controllo.

Lungi dal costituire una mera deroga all'obbligo dell'OPA previsto per il caso in cui si intenda acquisire il controllo di una società quotata, la fattispecie testè menzionata costituisce il più rilevante caso di OPA obbligatoria. Non stupisce allora che la CONSOB abbia esercitato i propri poteri in materia di OPA principalmente con riferimento a tale ultima fattispecie.

La maggiore rilevanza dell'ipotesi in esame rispetto a quella prima considerata trova spiegazione, d'altro canto, nella composizione della proprietà azionaria delle società quotate italiane, caratterizzata da modelli di proprietà familiare, dall'influenza della mano pubblica e da fenomeni di partecipazioni incrociate (8). Ne discende che colui il quale intende acquisire il controllo di una società quotata italiana deve negoziare i termini dell'operazione con l'azionista di maggioranza.

6. Nel caso in cui sia acquisito il controllo di una società non quotata che, a propria volta, detenga una partecipazione di controllo in una quotata, l'obbligo di OPA è imposto sulle azioni di quest'ultima società, semprechè l'attivo patrimoniale della società non quotata sia sostanzialmente rappresentato da tale partecipazione.

(7) V. ANNUNZIATA, *Opa residuale obbligatoria, diritto di recesso e tecniche di composizione dei conflitti nelle società per azioni*, in corso di pubblicazione nella *Revista de derecho bancario y bursatil*.

(8) V. *Aspetti proprietari e mercato delle imprese*, a cura di BARCA, Bologna, 1994.

Nel caso in cui, invece, venga acquisito il controllo di una società quotata che, a propria volta, detiene una partecipazione di controllo in un'altra quotata, l'obbligo di OPA riguarderà le sole azioni della prima società, ancorchè l'attivo patrimoniale della prima società sia sostanzialmente rappresentato da tale partecipazione.

Solo nella prima delle fattispecie sopra descritte, infatti, la CONSOB ha ritenuto (9) che fosse possibile aggirare la norma che impone l'obbligo dell'OPA.

7. L'acquisizione (indiretta) del controllo di una società quotata può avvenire anche attraverso la partecipazione a sindacati di voto (10); ma in tal caso sorgono una serie di problemi interpretativi. Andrebbe innanzitutto chiarito se l'OPA obbligatoria debba essere imposta solo nel caso in cui vi sia stata una previa acquisizione di azioni, o anche nel caso in cui gli azionisti si fossero semplicemente "sindacati" al fine di esercitare il controllo della società. Andrebbe poi stabilito se controllante debba essere considerato ciascun azionista partecipante al patto di sindacato o soltanto quello che detiene la maggioranza delle azioni "sindacate".

La l. 149/1992 non prevede, diversamente dalla disciplina inglese e francese, una definizione di azione di concerto. Di comportamento concertato rilevante ai fini dell'obbligo di OPA parla invece l'art. 8 l. 474/1994, in materia di dismissione delle partecipazioni dello Stato nelle società per azioni. Secondo l'art. 10, comma 4, l. 149/1992 dev'essere comunicato alla CONSOB qualsiasi accordo per l'esercizio concertato del diritto di voto o per l'acquisto concertato di azioni (si veda anche l'art. 20, comma 2, della nuova legge bancaria – T.U. del 1993 – il quale dispone che qualsiasi accordo che regola o da cui comunque possa derivare l'esercizio concertato del voto in una banca dev'essere comunicato alla Banca d'Italia).

8. Il nostro ordinamento non contempla deroghe all'obbligo di OPA connesso all'acquisizione del controllo di una società quotata, se non nel caso di trasferimento infragruppo del controllo medesimo (11). Più precisamente, l'art. 10, comma 12, l. 149/1992 prevede che quando il trasferimento del controllo avviene tra società direttamente legate da rapporto di controllo ovvero direttamente controllate da una stessa e unica società, non sussiste alcun obbligo di OPA. In effetti, in tale ipotesi non vi è un effettivo trasferimento del controllo, non essendovi un reale mutamento della proprietà della società.

9. Diversamente da quanto previsto dalla disciplina belga, la legge italiana non annovera tra i presupposti dell'OPA obbligatoria la corresponsione di un premio di controllo all'azionista che lo ha trasferito. In taluni casi, tuttavia, colui che acquisisce una partecipazione maggioritaria in una società quotata potrebbe, in effetti, non avere l'intenzione di acquisire il controllo. Ciò è apparso con particolare evidenza dalle

(9) V. comunicazioni CONSOB 92/008534 del 4 dicembre 1992 e SGE/RM/93001300 del 24 febbraio 1993, *Bollettino Consob* 12/92, p. 231 e 2/1993, p. 173.

(10) V. COSTI, *I sindacati di blocco e di voto nella legge sulle Opa*, *BBTC*, 1992, p. 478; ROSSI, *Le diverse prospettive dei sindacati azionari nelle società quotate ed in quelle non quotate*, *Riv. soc.*, 1991, p. 1353; SBISA', *Patti di sindacato e Opa*, *Contratto e impresa*, 1992, 2, p. 653.

(11) V. COSTI, *Operazioni infragruppo e Opa obbligatoria*, *Giur. comm.*, 1993, p. 65; GALGANO, *Gruppi di società, insider trading, Opa obbligatoria*, *Contratto e impresa*, 1992, 2, p. 642; GAMBINO, *L'Opa e la circolazione endogruppo della partecipazione di controllo*, *Riv. soc.*, 1992, p. 1249; MARCHETTI, *Opa obbligatoria e circolazione del controllo all'interno del gruppo*, *Riv. soc.*, 1992, p. 1258.

vicende che hanno riguardato la Ferruzzi Finanziaria: un gruppo di banche aveva acquisito una partecipazione maggioritaria nella società per finalità di mero salvataggio della stessa; la CONSOB ha escluso che in tale ipotesi ricorresse un obbligo di OPA (12).

3. Norme concernenti il procedimento di OPA

1. In luogo di fornire un'accurata descrizione del procedimento di OPA, agevolmente ricavabile dalla l. 149/1992, è sembrato più utile dar conto della specifica disciplina che trova applicazione nell'ipotesi in cui oggetto di OPA sia una banca quotata nonchè di alcuni problemi insorti nell'applicazione di singole regole procedurali.

2. Secondo la nuova legge bancaria del 1993, chiunque intende acquisire il controllo di una banca deve comunicarlo alla Banca d'Italia ed alla banca medesima. La Banca d'Italia autorizza detta acquisizione quando ricorrono condizioni atte a garantire la sana e prudente gestione della banca stessa. I soggetti che svolgono in misura rilevante attività d'impresa in settori non bancari nè finanziari non possono essere autorizzati ad acquisire azioni o quote di una banca che consentano loro di ottenerne comunque il controllo.

Una volta che la Banca d'Italia ha autorizzato l'acquisizione, la relativa offerta dev'essere comunicata alla Consob, la quale ultima valuta l'adeguatezza delle informazioni contenute nel documento di offerta.

3. Circa i problemi insorti in sede di concreta applicazione delle norme sul procedimento di OPA, se ne affrontano due in particolare.

3.a. Un primo problema si è posto con riguardo all'ambito di applicazione della norma – di cui all'art. 16 l. 149/1992 – secondo cui, una volta pubblicato il documento di offerta (e per tutta la durata di quest'ultima), la società bersaglio non può procedere ad alcuna modifica nè dell'atto costitutivo nè dello statuto. In proposito si è ritenuto che il divieto, non riscontrabile in altre legislazioni europee, avesse portata assoluta. L'assemblea degli azionisti non avrebbe, pertanto, potuto deliberare alcun aumento di capitale o fusione, ancorchè convocata a tal fine anteriormente alla pubblicazione dell'offerta.

La regola, che impedisce alla società bersaglio di adottare qualsiasi azione di difesa contro OPA ostili, privilegia chiaramente l'interesse dell'offerente.

3.b. Un secondo problema si è posto con riferimento all'OPA Credit sul Rolo e può essere così sintetizzato.

Secondo l'art. 22 della l. 149/1992, il corrispettivo dell'offerta può essere aumentato (offerta in aumento) una sola volta e a condizione che tale aumento non sia inferiore al 5% di quello della prima offerta. L'art. 23 della medesima legge contempla l'offerta concorrente, mentre l'art. 26 stabilisce che un'offerta in aumento può essere lanciata dopo che sia stata pubblicata quella concorrente. Si è posto il problema se l'offerta in aumento potesse essere lanciata solo dal primo offerente o anche dall'offerente concorrente.

(12) V. comunicazione CONSOB SOC/RM/93008004 del 21 settembre 1993, *Bollettino Consob* 9/1993, p. 227.

Da un lato, è stato osservato che la l. 149/1992 ha previsto tre distinte fasi del procedimento di OPA: 1) l'offerta originaria; 2) l'offerta concorrente; 3) l'offerta in aumento dell'offerente originario a seguito della pubblicazione dell'offerta concorrente. Un rilancio da parte dell'offerente concorrente non sarebbe contemplato dalla disciplina sull'OPA. L'art. 22, pertanto, regolerebbe unicamente l'aumento del prezzo di offerta da parte dell'offerente originario finalizzato ad incoraggiare le adesioni.

Dall'altro lato, è stato osservato che le medesime regole devono poter trovare applicazione sia all'offerta originaria sia a quella concorrente. Ciò in quanto entrambe configurano delle offerte di acquisto di azioni quotate con diritto di voto, secondo la legge 149/1992. Conseguentemente, l'offerta in aumento troverebbe la propria disciplina generale nell'art. 22 l. 149/1992 e tale norma sarebbe applicabile a tutte le offerte in aumento effettuate sia dal primo offerente sia dall'offerente concorrente.

GIUSEPPE CARRIERO (*)

BANCA D'ITALIA E CONTROLLO DELLE CLAUSOLE ABUSIVE

SOMMARIO: 1. Trasformazioni del sistema finanziario e tutela del contraente debole. – 2. Caratteristiche della direttiva sulle clausole abusive. – 3. Banca d'Italia: quale controllo? – 4. Conclusioni.

(*) Relazione al convegno sul tema "Le competenze di Banca d'Italia, Consob e Isvap in ordine al controllo sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori", organizzato dall'Istituto di diritto privato dell'Università "La Sapienza" di Roma. Roma, 14 giugno 1995.

1. Trasformazioni del sistema finanziario e tutela del contraente debole

Le profonde trasformazioni dell'assetto disciplinare afferente il comparto bancario e finanziario intercorse negli ultimi anni, il cui momento di sintesi è rappresentato dal recente Testo unico sul credito (d.lgs. n. 385 del 1993), hanno significativamente interessato anche la materia dei contratti, innanzi totalmente rimessa alle regole del gioco dell'autonomia negoziale fissate dal codice civile.

Diritto alla trasparenza delle condizioni contrattuali, costo totale del credito a carico del consumatore o, più frequentemente, «tasso annuo effettivo globale» (meglio noto nella forma dell'acronimo TAEG), forma scritta dei contratti, diritto di recesso, costituiscono espressioni ormai familiari, entrate a far parte del lessico corrente del consumatore dei servizi bancari, grazie soprattutto alla cassa di risonanza fornita dai mezzi di comunicazione di massa.

Al punto che la soglia di attenzione da parte della società civile per gli strumenti adoperati al fine di regolare questi traffici di massa sembrerebbe, in materia, inversamente proporzionale a quella della dottrina giuridica, dopo la grande enfasi degli anni '70. E senza «usi alternativi» del diritto (1).

Il paradosso è, all'evidenza, apparente. In realtà, la letteratura giuridica ha, nel corso degli anni, opportunamente corretto il tiro, passando, sulla più generale tematica dei contratti *standard*, dalla esorcizzazione delle condizioni generali di contratto al più puntuale scrutinio del contenuto dei singoli tipi contrattuali. Ciò nell'acquisita consapevolezza che il contratto per condizioni generali è uno strumento necessitato non per la sola parte debole del rapporto, ma per lo stesso predisponente. La cosiddetta «uniformità metanazionale» (2) dei contratti offre di questo perspicua testimonianza.

Lo spessore delle innovazioni intercorse è tale che il settore bancario e finanziario può oggi fondatamente candidarsi a fungere addirittura da laboratorio, nel quale vengono adottate soluzioni idonee a trasmigrare, in omaggio alla teoria irtiana (3), fra gli istituti di diritto comune.

Ciò anche in quanto, a ben vedere, concorrono nella nuova legge bancaria del '93 due ambiti di tutele aventi ad oggetto, in guisa di cerchi concentrici, tanto il «consumatore» in senso stretto, quanto la più ampia famiglia del contraente cosiddetto «debole», intesa come controparte dell'impresa.

Contraddicendo il tradizionale assioma di ininfluenza della condizione soggettiva delle parti nelle regole del gioco che governano il diritto dei contratti quale espressione

(1) L'espressione designa la nota linea interpretativa promossa agli inizi degli anni '70, che muove dalla norma per rovesciarne il significato a tutela di interessi opposti a quelli che ne determinarono la nascita. Cfr. AA.VV., *L'uso alternativo del diritto*, Bari, 1973; P. BARCELLONA, *L'educazione del giurista*, in AA.VV., *L'educazione del giurista - capitalismo dei monopoli e cultura giuridica*, Bari, 1973. Per più ampi riferimenti sul contesto culturale e politico in cui questa linea andava a calarsi, cfr. N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990, p. 44 ss.

(2) L'espressione è di F. GALGANO, ne AA.VV., *Trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto* (a cura di A. MARINI e C. STOLFI), Napoli, 1992, p. 26.

(3) N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1986, soprattutto p. 18 ss.

del diritto degli uguali, vengono così assicurate, nei confronti del risparmiatore (4), protezioni specifiche sul piano del diritto alla rimozione delle principali asimmetrie informative come su quello del riequilibrio dall'esterno del rapporto. Sicché, a fronte di siffatti mutamenti, affermazioni del tipo che riguardo alle norme bancarie uniformi «non si pone problema di difesa del contraente più debole», non potendo queste essere ricondotte sullo stesso piano delle condizioni generali di contratto in ragione della funzione di interesse pubblico dell'attività bancaria, sembrano di altre epoche, anziché della manualistica corrente di fine anni ottanta (5).

Ho altrove recentemente sostenuto (6) che appare riduttivo ascrivere la causa del mutamento esclusivamente all'impulso fornito in questo settore dal legislatore di Bruxelles. Se è invero di tutta evidenza il nesso eziologico intercorrente tra l'introduzione di discipline specifiche, quali quella sul credito al consumo, e norme di diritto comunitario (nella specie, della direttiva n. 87/102 CEE e successive modificazioni), detto rapporto causale non ha più ragione di porsi con riferimento a non meno significative discipline speciali, quali quelle sulla trasparenza bancaria, innanzi ricordata, o sui contratti di intermediazione mobiliare. Né va sottaciuta la rilevanza di tutele accordate per effetto di iniziative di autoregolamentazione settoriali, come l'istituzione – da parte dell'Associazione Bancaria Italiana (ABI) – dell'Ufficio reclami delle banche e, soprattutto, dell'*Ombudsman*.

La vera risposta risiede allora nel passaggio dal regime pubblicistico dell'attività bancaria al mercato o, se si preferisce, dalla foresta pietrificata alla concorrenza. Nel primo non esiste un problema di «trasparenza», di intellegibilità del regolamento contrattuale, di riequilibrio del rapporto perché, in concreto, non esiste un problema di acquisizione o perdita di fasce di clientela, essendo l'efficienza bancaria variabile indipendente. Il territorio in cui la banca opera è predefinito, predefinite le altre banche, predefinita (o predefinibile) la clientela.

In siffatto sistema oligopolistico, simmetricamente, obiettivo istituzionale è, per l'autorità di settore, quello della stabilità dell'azienda bancaria, la tutela del risparmiatore rimanendo assorbita nella tutela del risparmio. Che poi stabilità del settore e solidità degli operatori significhino, in concreto, tutela del contraente forte, è considerazione elementare, ma irrilevante, ove si osservi che tutto ciò è «in armonia con una concezione (tipica per il diritto amministrativo tradizionale) conciliativa (astrattamente e in modo preconstituito) dell'interesse del soggetto forte ... con l'interesse del soggetto debole (l'utente risparmiatore, anch'egli da reputarsi pago della solidità del sistema) (7).

(4) L'espressione va decodificata con riferimento ai settori di appartenenza, essendo nota la distinzione tra una figura di risparmiatore inconsapevole (quello bancario) contrapposta all'altra di risparmiatore consapevole (principalmente, l'investitore in valori mobiliari).

Sull'argomento, che esula dallo specifico tema trattato, sia consentito di rinviare al mio *Trasparenza bancaria, credito al consumo e tutela del contraente debole*, in *Foro it.* 1992, v, c. 354.

(5) Il riferimento nel testo è a G. MOLLE, *La banca nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1987, p. 175.

(6) Cfr. *L'Ombudsman garante della correttezza bancaria*, Relazione al Convegno *Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente*, Padova, 12-13 maggio 1995, in *Riv. critica del diritto privato*, 1995, p. 481.

(7) Così N. MARZONA, *L'interesse del risparmiatore*, ne AA.VV., *I valori mobiliari*, a cura di G. ALPA, Padova, 1991, p. 78.

Non senza aver ricordato come, in controtendenza rispetto ai tempi, la Banca d'Italia abbia, fin dai primi anni ottanta (8), provato ad introdurre «enzimi di concorrenza» nel sistema (9), mette conto tuttavia constatare che la formale inversione di rotta avviene, per forza di cose, con il definitivo recupero di un autonomo processo di formazione della volontà dell'imprenditore bancario sia sotto il versante dell'atto di commercio e delle regole del gioco della libera competizione economica tra gli operatori, sia sotto quello dell'attività. In tale rinnovato contesto, il Governatore Ciampi ha così modo, nel 1992, di rivendicare obiettivi di trasparenza dei contratti idonei a consentire l'affermarsi di politiche di autore-sponsabilità del risparmiatore in un sistema definitivamente portato ad abbandonare connotazioni di sacralità e di mistero. Ciò in quanto, come sottolinea il Governatore, «con il promuovere maggiore informazione vengono insieme perseguiti il fine di equità, che richiede la protezione del contraente debole, e il fine di efficienza del sistema bancario e finanziario (10).

Ne deriva che il cosiddetto «neointerventismo» (11) non è solo legislativo, coinvolgendo significativamente tanto l'Autorità di controllo, quanto gli organismi di categoria. E basti, quanto alla prima, raffrontare i descritti orientamenti con quelli a suo tempo adottati riguardo al previgente art. 32, lett. b) e c) della legge bancaria del 1936 in tema di fissazione di tassi e provvigioni, norma notoriamente rimasta inattuata, quanto ai secondi ricordare le iniziative di autoregolamentazione promosse dall'ABI prima della legge sulla pubblicità e trasparenza delle condizioni contrattuali e successivamente alle decisioni della Banca d'Italia (12) sulle «norme bancarie uniformi».

Il contributo del diritto comunitario è allora soprattutto di tipo culturale, avendo l'Atto Unico europeo del 1986 e il «libro bianco» dell'anno precedente (13) impresso una decisiva accelerazione al processo di abbattimento delle barriere alla concorrenza, e così fatto lievitare l'interesse per una tematica fino ad allora in Italia relegata alle accademiche discussioni dei civilisti. Non a caso, il collegamento tra tutela del consumatore e diritto della concorrenza è testualmente espresso dal secondo «considerando» della stessa direttiva

(8) V., per tutti, Banca d'Italia, *Ordinamento degli enti pubblici creditizi. Analisi e prospettive*. Estratto dal *Bollettino*, n. 1 e n. 2, Roma, gennaio – giugno 1981 che già prefigurava, sul piano strutturale, scelte poi adottate con la cosiddetta legge Amato (1.30 luglio 1990, n. 218) nel presupposto secondo cui «l'attività di intermediazione bancaria è unica sia per le banche pubbliche sia per le banche private: e cioè essa è identica per ambedue i tipi di soggetti che la svolgono e deve essere realizzata nel rispetto del principio di redditività che è quello che guida e indirizza l'attività di impresa» (così G. CAMMARANO, *La riforma bancaria del 1990: un'analisi della sua preparazione*, in AA.VV., *La ristrutturazione della banca pubblica e la disciplina del gruppo creditizio*, in Banca d'Italia, *Quaderni di ricerca giuridica*, n. 26, Roma, 1992, p. 15).

(9) P. CIOCCA, *Per la concorrenza bancaria: pensieri in occasione del centenario della Comit*, in Banca d'Italia, *Documenti*, n. 468, Roma, 1994, p. 9, osserva, restando nella metafora, che «la foresta, se poteva apparire pietrificata nelle chiome, non lo era più, già da anni, nelle radici e nella tendenza di fondo».

(10) C. A. CIAMPI, *Intervento all'Associazione bancaria italiana*, in Banca d'Italia, *Documenti*, n. 370, Roma, 1992, p. 2.

(11) Usa questa espressione V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 27.

(12) Cfr. Banca d'Italia, provvedimento n. 12 del 3 dicembre 1994, in *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, *Bollettino*, anno IV, n. 48 del 19 dicembre 1994.

(13) La locuzione «libro bianco» è, in realtà, l'abbreviazione del titolo del documento della Commissione «il completamento del mercato interno: libro bianco preparato dalla Commissione per il Consiglio». Una dettagliata e completa analisi delle linee strategiche della Comunità conseguenti all'adozione del libro bianco è contenuta nel c.d. rapporto PADOA-SCHIOPPA (*Efficienza, stabilità ed equità: una strategia per l'evoluzione del sistema economico della comunità europea*, Bologna, 1987), al quale si rinvia per approfondimenti sul tema. Per una verifica sullo stato di attuazione di quelle linee e per gli ulteriori sviluppi conseguenti all'adozione del Trattato di Maastricht rinvio a T. PADOA-SCHIOPPA, *Il governo dell'economia*, ne AA.VV., *Lo stato delle istituzioni italiane: problemi e prospettive*, Roma, 1993, soprattutto p. 290 ss.

sulle clausole abusive, laddove si sottolinea che le disparità tra le legislazioni nazionali in materia di protezione del consumatore alterano principi di libera ed uguale competizione dell'impresa nel mercato unico, nel senso di favorire quella appartenente a paesi in cui esistano normative più permissive, se non vere e proprie carenze, a scapito dell'impresa di paesi dotati di efficaci strumenti di trasparenza e riequilibrio del rapporto.

Né a ciò sembra ostare il corretto rilievo che ben può vessarsi il cliente anche in mercati altamente competitivi (14). Una cosa è infatti l'atteggiamento dell'impresa, per la quale la standardizzazione contrattuale riduce i costi transattivi e limita i rischi, altro gli obiettivi di concorrenza ed efficienza per le autorità di settore e per le associazioni di categoria. Questo segnatamente in un settore, quale quello bancario, che ontologicamente sconta consistenti differenze rispetto alla disciplina dell'impresa di diritto comune.

E peraltro, dal lato dello stesso contraente «forte», esistono notevoli differenze tra la grande impresa e la lavanderia all'angolo, dovendosi la prima, diversamente dalla seconda, far carico di curare la propria immagine di mercato presso il grande pubblico. Ove solo si pongano a raffronto le ingenti spese sopportate da questa al fine di promuovere, per il tramite della pubblicità commerciale, un miglioramento di immagine presso il pubblico ed i negativi ritorni imputabili ad odiose controversie giudiziali in cui vengano in gioco clausole vessatorie, non si tarderà a comprendere come l'inserimento nel contratto di clausole della specie possa rivelarsi un *boomerang* fortemente antieconomico. Non a caso, «inchieste di taglio sociologico compiute in America sui contratti *standard* indicano come le prassi aziendali siano costantemente più favorevoli al cliente rispetto a quanto il regolamento contrattuale», predisposto da zelanti consulenti legali, «faccia temere» (15). Il rilievo coglie vieppiù nel segno nel comparto bancario, avendo riguardo sia alla vigente dimensione polifunzionale dell'impresa, sia all'importanza dell'immagine e della reputazione per l'operatore (16), atteso il carattere fiduciario naturalmente sotteso alla stipula di ogni rapporto non a caso definito come «di credito».

2. Caratteristiche della direttiva sulle clausole abusive

Nel contesto ora illustrato, questo scritto è dedicato alle competenze della Banca d'Italia riguardo al controllo sulle clausole abusive, oggetto della disciplina recentemente introdotta dalla direttiva comunitaria n. 93/13 del 5 aprile 1993.

Esso, nella sua intitolazione, sembrerebbe dare per scontato: a) che il controllo amministrativo costituisca percorso obbligato a fini di tutela del consumatore; b) che sussistano competenze della Banca d'Italia a tale riguardo.

In realtà questo, sia nell'*an* sia nel *quomodo*, è proprio il *thema demonstrandum*.

Avvertendo fin da subito che, tranne per un significativo aspetto, si ometterà di valutare, in ragione dei continui ripensamenti di tecnica legislativa (novellazione diretta del codice civile, delega all'Esecutivo, ritorno alla novellazione) e di contenuti, il testo del dise-

(14) Cfr. A. GAMBARO, *Le clausole vessatorie tra impresa e consumatore. Un viaggio nella Western legal tradition*. in AA.VV., *Trasparenza etc.*, cit., p. 41.

(15) A. GAMBARO, *op. cit.*, p. 45.

(16) Rinvio a C. MOTTI, *Le istituzioni del credito*, Bari, 1990, soprattutto p. 131 ss.. Nell'ambito della letteratura economica v., per tutti, C. GOODHART, *Why do banks need a Central Bank?*, *Oxford Economic Papers*, vol. 39, 1987.

gno di legge comunitaria per il 1994 attuativo della direttiva, mobile almeno quanto la donna, occorre, in proposito, frasi pregiudizialmente carico di qualificare, con la sintesi del caso, l'ambito di applicazione della direttiva con riferimento a: 1) quali contratti; 2) quali clausole.

Sotto il primo dei versanti considerati, sono nella direttiva presenti due paradigmi definitori: soggettivo ed oggettivo.

La direttiva s'indirizza, sul piano soggettivo, ai contratti «stipulati tra un professionista e un consumatore» (art. 1, comma 1). Le rispettive nozioni, definite dall'art. 2, non divergono da pregressi costanti orientamenti adottati in sede comunitaria (17) e ripresi sul fronte interno, stante la omologa qualificazione giuridica di «consumatore» prevista dall'art. 121, comma 1, del Testo unico in materia creditizia (d.lgs. n. 385 del 1993). Non potrà allora non evidenziarsi che, a fronte della sostanziale coincidenza della nozione legale di professionista con la più familiare figura dell'impresa, la definizione di consumatore («qualsiasi persona fisica che ... agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale») pecca senz'altro per difetto, ma forse anche per eccesso, nel rapporto con la realtà fenomenica dei contratti di massa. Ciò in quanto finisce per cortocircuitare, da un lato, soggetti, come i lavoratori autonomi, gli artigiani, i titolari di imprese familiari etc., meritevoli degli stessi livelli di protezione accordati a chi acquista il bene per usi presuntivamente personali e, dall'altro, «perché non è difficile additar casi in cui il soggetto si muove per esigenze puramente personali, eppure esibisce un' *expertise* in grado di mettere alle corde gli esperti di settore» (18).

Potrei proseguire riproponendo, in questa sede, considerazioni che ho già avuto più volte modo di svolgere (19) in ordine alla difficoltà di distinguere casi in cui il contratto abbia ad oggetto beni strumentali all'esercizio dell'impresa da fattispecie rispetto a queste differenti. L'esercizio risulterebbe, tuttavia, sterile se confrontato con l'incontrovertibile dato positivo, a fronte del quale può solo avanzarsi, non senza qualche malizia, il sospetto che il legislatore comunitario in tanto dedica cure particolari a questa parte debole in quanto ciò si rivela indispensabile per assicurare, nella *cash and carry society*, condizioni uniformi di concorrenza tra le imprese.

Secondo requisito. Dispone la direttiva (art. 3, comma 1) che, riguardo ai contratti stipulati tra quelle parti, «una clausola contrattuale che non è stata oggetto di negoziato individuale si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto».

(17) Ad esempio, nella direttiva sul credito al consumo n. 87/102 e successive modificazioni ed integrazioni.

(18) Così R. PARDOLESI, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in AA.VV., *Scintillae juris*, Studi in memoria di G. GORLA, Milano, 1994, p. 1472 ed in *Foro it.*, 1994, V, c. 137. Per ulteriori commenti alla direttiva si rinvia al collettaneo a cura di E. CESARO, *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, Padova, 1994, a G. ALPA, *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori. Commento*, in *Corriere giur.*, 1993, p. 639; ad A. ORESTANO, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 467; D. DAL BO, *La direttiva comunitaria del 5 aprile 1993 in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Dir. comm. int.*, 1993, p. 567 ss.; V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 277 ss. Per i rapporti tra clausole abusive e competenze delle Camere di commercio dopo la legge n. 580 del 1993 v. G. ALPA, F. DEL RE, P. GAGGERO, *Le camere di commercio e la regolazione del mercato*, Milano, 1995.

(19) V. i miei *Direttiva comunitaria sul credito al consumo e inadempimento dell' obbligazione contrattuale*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 306; *Trasparenza bancaria etc.*, cit.; *Commento sub art. 124 d.lgs. n. 385 del 1993*, ne AA.VV., *Commentario al Testo unico in materia bancaria e creditizia* (a cura di F. CAPRIGLIO-NE), Padova, 1994, p. 125.

Prescindendo dall'oscuro riferimento alla buona fede, che da criterio oggettivo pare degradare a requisito soggettivo del predisponente, la scriminante è dunque fornita dalla presenza o no di negoziato individuale, essendo sottratto a scrutinio il caso in cui la previsione contrattuale sia stata oggetto del dispiegarsi dell'autonomo processo di formazione della volontà delle parti.

Detto così, è bello e convince. Che sia pure facile definire l'ambito applicativo dei casi in cui ricorre o no negoziato individuale è tutt'altro discorso. Ne fanno fede i commi successivi della norma in rassegna, che affannosamente si preoccupano sia di stabilire le condizioni al verificarsi delle quali sussiste negoziato, sia gli effetti di questo sulle restanti parti non negoziate del contratto.

Il più circoscritto argomento qui affrontato non consente di attardarsi a dimostrare i limiti di siffatta impostazione, dichiaratamente di compromesso, a fronte della nota proposta della Commissione di estendere il controllo a tutti i contratti dei consumatori. Nel rinviare ai primi contributi di dottrina (20), mette conto, ai fini che qui rilevano, sottolineare – con l'approssimazione del caso – l'obiettivo della direttiva di circoscrivere la sua portata alla nota categoria dei contratti per adesione, quelli cioè rispetto ai quali il consumatore si troverebbe di fronte al drastico *take - it - or leave - it*.

Secondo profilo: come valutare il carattere «abusivo» della (*e*) clausola (*e*). Soccorre, o dovrebbe soccorrere, in aggiunta all'elenco allegato alla direttiva, comunque solo «indicativo e non esauriente», l'art. 4.

Qui si afferma che, fatto salvo il controllo preventivo in vista di una eventuale inibitoria da parte di autorità giudiziarie o di organi amministrativi sulle clausole redatte per un impiego generalizzato ex art. 7, l'abusività è funzione di una serie di elementi (natura dei beni o servizi dedotti in contratto, circostanze che accompagnano la conclusione, tutte le altre clausole contrattuali o di altro contratto collegato), esclusi la definizione dell'oggetto principale del contratto e, soprattutto, il rapporto prezzo-prestazione.

La *ratio* di tale ultima esclusione, rilevante anche ai fini del controllo preventivo, è da rinvenirsi nel fatto che, pur con le limitazioni introdotte, il contratto resta espressione dell'autonomia privata, di guisa che valutazioni eteronome dell'affare, oltre che estremamente difficili, risulterebbero in aperto contrasto con principi fondamentali dell'ordinamento giuridico. Ritorniamo sul punto.

3. Banca d'Italia: quale controllo?

Questo, in termini volutamente generalissimi, l'assetto disciplinare disegnato dalla direttiva. Rinvenire, in tali coordinate, un ruolo specifico assegnato alla Banca d'Italia pare decisamente difficile.

Nessuna delle funzioni che il vigente ordinamento assegna all'Istituto viene invero direttamente in gioco: non quella di Autorità monetaria, né quella di Istituto di emissione, e nemmeno quella di Banca centrale, intesa come *lending of last resort*.

Pare inoltre da escludere la sussistenza di momenti di contatto diretto tra controllo preventivo delle clausole abusive e finalità della vigilanza bancaria. Ciò segnatamente alla luce del vigente art. 5 del Testo unico sul credito, che esplicitamente fissa gli obiettivi della

(20) Cfr. G. ALPA e gli autori citati alla precedente nota 18.

vigilanza nella sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, nonché nella stabilità complessiva, efficienza e competitività del sistema finanziario.

Sono stati innanzi illustrati i benefici effetti in punto di tutela del risparmiatore rivenienti dall'apertura del sistema bancario alla concorrenza. Questo, tuttavia, non toglie che una cosa sia – sul piano concettuale come su quello funzionale – rimuovere gli ostacoli al libero dispiegarsi della competitività tra gli operatori, altro il sindacato sull'eventuale squilibrio di diritti ed obblighi tra le parti nei contratti *standard* in essere nel comparto bancario e finanziario. Tanto che, nella Relazione annuale per il 1993, espressamente si sottolinea l'importanza delle disposizioni sulla trasparenza bancaria a fini sollecitatori di una competizione tra gli intermediari basata sulla qualità dei servizi e sull'efficienza operativa, osservandosi significativamente come «pur rispettoso degli obblighi di legge, il sistema bancario non sembra tuttavia aver pienamente colto le potenzialità insite nella disciplina sulla trasparenza in un mercato caratterizzato da una crescente concorrenzialità, nel quale anche la diffusione delle informazioni e la correttezza dei rapporti contrattuali assumono a strumento di confronto competitivo» (21).

Questo rilievo mi pare opportuno onde sgombrare il campo, sul piano istituzionale, da possibili fraintendimenti e da pericolose fughe in avanti.

Detto ciò, va peraltro considerata l'indubbia esistenza di possibili punti di contatto tra disciplina comunitaria sulle clausole abusive e Banca d'Italia.

In ordine di evidenza, viene subito in considerazione il rapporto tra l'art. 117, comma 8, del Testo unico sul credito ed il comma 2 dell'art. 1 della direttiva.

Il primo, inserito nel Capo dedicato alle operazioni e servizi bancari e finanziari, ha quali destinatari le banche e gli intermediari finanziari, quale ne sia la controparte. Esso testualmente dispone che «la Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti ..., individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualitativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti ... difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia». La norma comunitaria, dal suo canto, prevede la sottrazione alla sfera di applicazione della direttiva delle «clausole contrattuali che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative».

La riconducibilità alla deroga testé menzionata delle clausole di quei contratti a contenuto tipico e determinato appare certa, stante, da un lato, l'ampia portata della disposizione comunitaria, che abbraccia fonti primarie e sub primarie, e, dall'altro, la natura imperativa delle prescrizioni di Banca d'Italia, la cui violazione risulta peraltro sanzionata in via amministrativa (cfr. art. 128 t.u.).

Da ciò il rischio teorico che, in ipotesi di conflitto tra perseguimento degli interessi pubblici istituzionalmente assegnati e tutela del risparmiatore a fronte di clausole abusive, la Banca d'Italia possa immolare questi sull'altare di quelli. In tal caso, i lamentati «*vulnera* all'autonomia ed alla libertà dei privati» (22) giocherebbero non solo nel senso dell'espropriazione del principio di autoresponsabilità, ma anche per tutelare il contraente che, in ragione della sua forza economica, è già in grado di dettare le condizioni dell'accordo.

Insomma, oltre al danno la beffa.

(21) Banca d'Italia, *Relazione per l'anno 1993, I Relazione economica*, Roma, 1994, p. 342.

(22) Così V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore* etc., cit., p. 35.

Donde il conseguente «grido di dolore», eventualmente accompagnato dall'auspicio che il legislatore interno, in sede di attuazione della direttiva, voglia avvalersi di tutte le possibilità sottese alla norma di cui all'art. 8 e pertanto, anche in contrasto con la sua *ratio*, fissare tra le «disposizioni più severe» formali obblighi di osservanza della direttiva in capo alle Autorità.

Risulta però verosimile uno scenario così apocalittico per il risparmiatore?

L'interrogativo è, in realtà, retorico, solo che si abbia presente la evoluzione intercorsa in questi ultimi anni nell'ordinamento del credito, alla quale, non a caso, si è dedicato cospicuo spazio nel paragrafo introduttivo.

Ed invero, l'equazione tutela del risparmio = tutela del risparmiatore tramonta definitivamente con l'affidamento alla Banca centrale degli obiettivi di garanzia di concorrenza ed efficienza del sistema. In tale contesto, la facoltà sancita dal cennato comma 8 dell'art. 117 t.u. «risponde alla finalità di presidiare la correttezza contrattuale, sancendo regole di cornice entro le quali si dovrà svolgere l'autonomia degli operatori» (23). L'ipotesi di comportamenti *unfair* nei confronti del risparmiatore, imposti addirittura dalla Banca d'Italia nell'esercizio delle proprie funzioni, risulterebbe in aperto contrasto non con la sola dinamica dell'ordinamento, ma con la stessa disciplina di diritto positivo codificata nel Testo unico sul credito.

Né va sottaciuto, sul piano dell'effettività della tutela, che la vigente normativa sulla trasparenza bancaria sconta una sfera di applicabilità più ampia rispetto a quella della direttiva, abbracciando la prima l'intera categoria dei contratti (di tutti i contratti) bancari e finanziari, la seconda dei soli contratti posti in essere nei confronti dell'angusta nozione di consumatore, peraltro con eccezioni di rilievo per gli operatori della finanza (cfr. allegato).

Detto questo, appare peraltro utile rilevare come, in via di fatto, i modi e le forme con cui il legislatore interno provvederà a fornire attuazione alla direttiva possano costituire utili indicatori anche per la Banca d'Italia nell'esercizio delle funzioni ad essa assegnate dall'ordinamento.

Oltre a quello considerato, esiste un altro possibile punto di intersezione tra disciplina comunitaria delle clausole abusive e Banca d'Italia, meno immediato, ma di sicuro momento: quello sul controllo preventivo delle condizioni generali di contratto.

Giova premettere che, per le ragioni innanzi esposte, non ritengo, *de jure condendo*, che la norma dell'art. 7, comma 2, della direttiva, nella parte in cui evoca detto controllo delle clausole abusive in vista di una loro inibitoria a largo spettro, possa riguardare direttamente la Banca d'Italia.

Nel sistema della direttiva il vaglio, a seconda del diritto nazionale, da parte dell'autorità giudiziaria o degli organi amministrativi competenti (sembrerebbe «già competenti»), segue ad apposite iniziative da parte di persone o organizzazioni che abbiano un interesse legittimo a tutelare i consumatori ed è teso all'adozione di «mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di siffatte clausole».

Non è chiarissimo se la opzione tra autorità giudiziaria e organo amministrativo sottenda una tutela univoca nei confronti del consumatore o non, piuttosto, tecniche diversificate con riguardo alle esperienze degli Stati membri. A fronte della lettera della norma,

(23) A. M. CARRIERO, *Commento all'art. 17 d.lgs. n. 385/93*, ne AA.VV., *Commentario etc.*, cit., p. 599.

che fa decisamente propendere per la prima conclusione, il penultimo «considerando» parrebbe invece introdurre un significativo distinguo tra autorità giudiziaria ed organo amministrativo in ragione, rispettivamente, della «decisione del reclamo» e dell'inizio di «adeguate azioni giudiziarie».

In ogni caso, calata nel nostro ordinamento, questa previsione sembra meglio atteggiarsi ad ipotesi di controllo da parte dell'autorità giudiziaria perché: a) non esistono organi amministrativi già titolari di attribuzioni della specie né, pertanto, mezzi adeguati per far cessare l'inserzione di clausole abusive. Simili poteri competono infatti solo al giudice; b) sono di tutta evidenza le intrinseche difficoltà e diseconomie sottese alla istituzione di un organismo *ad hoc*; c) il conferimento della legittimazione all'azione in capo a soggetti titolari di interessi diffusi, quali le associazioni dei consumatori, potrebbe – in prospettiva – svolgere una rilevante funzione «promozionale» per veicolare istanze di controllo sociale su rapporti che coinvolgono una pluralità di interessati.

A tal stregua, è palese la estraneità della Banca d'Italia che, lo si ripete, non è titolare di attribuzioni specifiche sulle clausole vessatorie dei contratti.

La soluzione che si va profilando in sede di recepimento della direttiva, impone, tuttavia, un significativo *caveat* al rilievo ora espresso.

Il testo del disegno di legge comunitaria per il 1994 approvato dalla Camera dei deputati il decorso 6 aprile contempla invero, all'art. 19, l'introduzione nel codice civile di un art. 2062-*sexties*, il cui secondo comma testualmente prevede che «le camere di commercio, industria, artigianato ed agricoltura accertano d'ufficio ovvero ad istanza del predisponente o di una associazione di consumatori o di professionisti, la vessatorietà delle clausole contenute in condizioni generali di contratto predisposte da imprese che abbiano la sede nella circoscrizione di competenza la sede legale. Le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura provvedono a dare comunicazione alle autorità competenti dei fatti emersi nel corso dell'accertamento che siano rilevanti ai fini dell'esercizio dei poteri loro attribuiti».

La norma è oscura in più punti. A tacer d'altro, non si comprende quali siano le «autorità» cui le camere di commercio dovranno riferire; quali le «competenze»; quali «i poteri loro attribuiti»; quali le materie. In nessuna parte del cennato art. 19 della «comunitaria» si fa infatti riferimento a ciò.

È, invece, la disposizione insidiosamente chiara per ciò che attiene all'attribuzione in capo alle Camere di commercio del controllo preventivo sull'abusività delle clausole. Insidie sono, all'evidenza, sottese alle difficoltà del riscontro da parte di un organismo che dovrebbe, *ex abrupto*, dotarsi di strutture e di professionalità adeguate per lo svolgimento del delicato compito rimessogli. Vale la pena rammentare che la recente legge n. 580 del 29 dicembre 1993, intitolata al riordinamento delle Camere di commercio, industria, artigianato ed agricoltura opportunamente assegna a queste, *ex art. 2, lett. c)*, la facoltà di «promuovere forme di controllo sulla presenza di clausole inique inserite nei contratti», esaltandone così la funzione di ausilio riguardo ad iniziative tese alla tutela degli interessi di consumatori ed utenti, ma non fissa attribuzioni dirette di selezione e controllo delle clausole vessatorie in capo ad esse. Non troverebbe altrimenti giustificazione la cennata funzione propositiva in luogo di quella valutativa, che è propria di ogni forma di controllo. Da parte del titolare, il controllo si esercita, si effettua, si svolge, certo non si promuove.

Ma, per quel che più direttamente ci occupa, i profili di dubbio di ben più consistente momento afferiscono soprattutto ai delicati punti di contatto tra lo scrutinio demandato dal cennato art. 2062-*sexties* alle Camere di commercio e quello affidato a Banca d'Italia in veste di Autorità garante della concorrenza dalla legge n. 287 del 1990.

Beninteso: questa seconda parte del ragionamento verrebbe comunque in considerazione in ipotesi di affidamento ad un organo amministrativo dei controlli in parola. Ciò per la elementare considerazione che, individuate nelle condizioni generali di contratto il paradigma di riferimento dell'art. 3 della direttiva, queste giocano tanto sotto il versante dell'allocazione dei diritti ed obblighi tra i contraenti, quanto sotto quello dell'uniformazione completa del prodotto o del servizio.

Che si tratti di due facce distinte di una medaglia probabilmente unica quanto a tutela del risparmiatore è autorevolmente testimoniato: *a)* dalla legge che, non a caso, considera prioritario il «beneficio per i consumatori» ai fini della determinazione di deroghe alle intese restrittive della concorrenza (cfr. art. 4 legge n. 287 del 1990); *b)* dalla dottrina giuridica quando osserva che «la standardizzazione contrattuale ... è motivata da considerazioni economiche razionali, ma degenera nelle mani del più forte, tale perché occupa una posizione monopolistica o la condivide», in posizione dominante congiunta, «con altri che utilizzano all'unisono le stesse clausole contrattuali» (24); *c)* dalla stessa Banca d'Italia quando, in veste di Autorità garante della concorrenza, sottolinea la preoccupazione che, per il tramite dei contratti uniformi, «venga a determinarsi un assetto significativamente non equilibrato degli interessi delle parti contraenti» (25).

Non senza aver rammentato che il sindacato sul prezzo del contratto, improponibile in sede di controllo sull'abusività delle clausole, costituisce elemento significativo nell'ambito dei criteri di valutazione che presiedono al vaglio delle intese limitative della concorrenza, giova sottolineare come la crescente importanza di questo compito trovi significativa conferma nelle Considerazioni finali lette dal Governatore il decorso 31 maggio (26).

Alla corte: se, sul piano economico, l'adesione non scatta per il solo fatto che il contraente debole si trova di fronte al classico «prendere o lasciare» rispetto alla singola impresa, ma richiede altresì che la situazione di mercato non offra altre vie di uscita, ecco che opzioni di tutela effettiva risiedono nella congiunta disamina delle clausole negoziali tanto isolatamente, quanto nel contesto in cui vanno a calarsi. Diviene allora difficile negare l'esistenza di un ruolo specifico della Banca d'Italia che, in quanto già garante della concorrenza in materia bancaria dovrebbe, per ragioni di economia e di funzionalità di controlli, cumulare, nella stessa materia, le competenze devolute all'autorità amministrativa dall'art. 7 della direttiva, ovviamente nel caso in cui il legislatore intenda procedere all'attuazione della stessa in termini siffatti.

4. Conclusioni

Si possono avanzare alcune considerazioni conclusive e proporre qualche spunto critico.

Le prime: per effetto dei recenti mutamenti strutturali intervenuti tanto sul piano dei soggetti quanto su quello dell'attività, si è prodotta, in materia creditizia e finanziaria, una disciplina differenziata dei contratti, indotta dalla qualità delle parti. A ben vedere, tale

(24) In termini siffatti R. PARDOLESI, *Clausole abusive*, cit., p. 1477. E v. anche, dello stesso A., *Clausole abusive, pardon vessatorie: l'attuazione di una direttiva abusata*, dattiloscritto in corso di stampa.

(25) Così nel cennato provvedimento del 3 dicembre 1994, p. 77 del *Bollettino*.

(26) Banca d'Italia, *Relazione per il 1994, Considerazioni finali*, Roma, 1995, soprattutto p. 31.

specialità risultava *in nuce* già presente nel codice civile laddove, nell'ambito di taluni contratti nominati, tra cui quelli bancari, non influente è la presenza dell'impresa ai fini dell'applicazione delle peculiari regole poste (27).

Cospicui meriti vanno ascritti al legislatore; l'essenza del mutamento risiede, tuttavia, nel recupero del comparto considerato alla concorrenza, che spiega l'interesse degli operatori a realizzare il confronto competitivo anche sotto il versante della correttezza dei rapporti contrattuali. È in questo ambito che finalmente attecchiscono iniziative di auto-regolamentazione a vantaggio del risparmiatore quali, significativamente, la istituzione dell'*Ombudsman* bancario.

Una volta introdotta, la concorrenza ha bisogno di essere preservata, anche a vantaggio del consumatore. Ciò in quanto, «l'esercizio dell'autonomia privata, individuale e collettiva, esercitata ai vertici del potere economico, si risolve in atti che incidono su sfere giuridiche, le più diverse e lontane ed ignare, di soggetti estranei all'atto: un patto di non concorrenza, una concentrazione industriale, una intesa restrittiva della concorrenza raggiungono sempre ... quel risultato con la differenza, rispetto al contratto d'impresa, di una minore o addirittura inesistente protezione del consumatore, soprattutto perché gli effetti di quei patti si producono nella sfera giuridica del consumatore indipendentemente da un atto di volontà o di un'adesione» (28).

Ciò giustifica l'enfasi per il ruolo svolto dalla Banca d'Italia e, ad un tempo, suggerisce il conferimento ad essa delle funzioni di controllo preventivo delle clausole abusive nel settore considerato, sempre in ipotesi di affidamento di tale vaglio ad un organo amministrativo.

Più specificamente, l'attuazione della direttiva in oggetto potrà utilmente integrare, a vantaggio del risparmiatore, le tutele già assegnate dall'ordinamento.

Se la concorrenza genera maggiore efficienza allocativa, essa genera anche maggiore equità. Difatti, come insegna l'analisi economica del diritto, non necessariamente tra queste due variabili esiste conflitto. O meglio, il conflitto è strettamente dipendente dall'ammontare dei costi transattivi. Le norme giuridiche, tra cui quelle presenti nella direttiva, possono tuttavia, in linea di massima, contribuire alla minimizzazione dei costi transattivi.

Ma, attenzione: come possono ridurli, così possono anche aumentarli, creando evidenti diseconomie a danno del consumatore.

Mi spiego.

La recente disciplina sulla trasparenza bancaria ha sicuramente prodotto vantaggi in capo al risparmiatore per le ragioni più volte esposte in questo scritto. Tuttavia, è stato rilevato «che la grande massa di informazioni disponibili avrebbe talvolta disorientato la clientela meno esperta. In qualche caso, l'utenza si sarebbe espressa per una minore frequenza delle comunicazioni». Inoltre, «le norme in materia di contratti avrebbero influito negativamente sulla rapidità di esecuzione delle operazioni, determinando presso la clientela la percezione di una burocratizzazione dell'attività bancaria (29).

(27) Rilievo opportunamente evidenziato da V. BUONOCORE, *Contratti del consumatori* etc., cit., p. 22.

(28) Ancora V. BUONOCORE, *op. cit.*, p. 16, che richiama, sul punto il fondamentale pensiero di T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trim.*, 1954, p. 873. Più di recente N. IRTI, *Codice civile e società politica*, Bari, 1995, p. 66, osserva che «se l'autonomia privata è oggi potere di scelta tra le cose, la protezione giuridica di essa coincide appieno con la disciplina del mercato e con la tutela della concorrenza».

(29) Banca d'Italia, *Relazione per il 1993*, ci t., p. 343.

Se a questi costi indiretti aggiungiamo quelli che, in alcuni casi, le banche imputano direttamente alla clientela (ad esempio attraverso aumenti delle valute applicate su particolari categorie di operazioni) al fine di traslare su questa gli oneri rivenienti dalla disciplina sulla trasparenza (30), avremo una chiara percezione di ciò che Polinsky qualifica come «costi di applicazione della legge» (31).

Nihil sub sole novi quando si consideri che, assegnando alle regole il compito di frenare e reprimere gli interessi individuali sulla scorta di una loro tendenziale riprovevolezza, il passaggio successivo, in vista del trionfo di un non meglio specificato interesse collettivo, consiste in una progressiva moltiplicazione di quelle regole «in una sequenza potenzialmente infinita, con una normativa sempre più articolata che tuttavia apre a nuovi spazi all'inventiva individuale» (32) e determina costi crescenti in capo alla parte più debole del rapporto.

Da ciò l'esigenza di selezionare con estrema attenzione le tecniche giuridiche davvero in grado di assicurare un effettivo miglioramento nell'informazione del risparmiatore e nella sua protezione, avendo presente, da un lato, che l'asimmetria informativa è variabile dipendente non della quantità, ma della qualità dell'informazione e, dall'altro, che il giudizio sulla riduzione dei costi transattivi non può essere fornito isolatamente, ma investe l'impatto della norma in tutti i suoi aspetti.

Sotto quest'ultimo profilo, l'attuazione della direttiva sconta livelli di problematicità di rilevante momento, se è vero che «un contratto di buona qualità costa», e potrebbe, per il risparmiatore, risultare meno conveniente rispetto ad un'offerta meno protettiva, ma decisamente più a buon mercato (33).

La questione è evidentemente complessa. Sede, materia e spazi concessi non consentono di affrontarla, neanche per linee generali.

Un aspetto non può, tuttavia, essere qui sottaciuto: quali che siano le soluzioni, dovranno risolutamente evitarsi duplicazioni di costi dovuti a duplicazioni di controlli. Se esistono momenti di connessione tra valutazione del grado di vessatorietà delle clausole *standard* e scrutinio delle stesse in punto di concorrenza, unico (o, almeno, coordinato) dovrà risultare – per una non evanescente tutela del consumatore – il controllo amministrativo.

(30) V. A. TIDU, *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari*, voce dell' *Enciclopedia giuridica*, vol. XXXI, Roma, 1994, p. 2 dell'estratto.

(31) Cfr. A. M. POLINSKY, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, 2^a ed., Roma Bologna, 1992, con *postfazione* di R. Pardolesi, p. 139 ss.

(32) G. GALEOTTI, *La tutela dei consumatori in Italia: presupposti e contorni di un problema aperto*, ne AA.VV., *Consumatore, ambiente, concorrenza. Analisi economica del diritto*, a cura di U. MATTEI e F. PULITINI, Milano, 1994, p. 167.

(33) R. PARDOLESI, *Clausole abusive etc.*, cit., p. 1491.

GIUSEPPE CARRIERO

L'OMBUDSMAN GARANTE DELLA CORRETTEZZA BANCARIA (*)

SOMMARIO: **1.** Peculiarità e funzioni dell'*Ombudsman* bancario – **2.** Disciplina del procedimento – **3.** Esperienze applicative e tutela offerta – **4.** Conclusioni.

(*) Relazione al convegno «Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente» organizzato dal Dipartimento di diritto comparato dell'Università di Padova e dall'Istituto Giuridico Italiano. Padova, 12-13 maggio 1995.

1. Peculiarità e funzioni dell'*Ombudsman* bancario

L'argomento oggetto di questo scritto presenta, fin dalla enunciazione, profili di opacità sia sul piano semantico che su quello sistematico.

Sul primo, dubbia è la definizione di *Ombudsman*, segnatamente con riferimento all'aggettivo « bancario » che qualifica, nel Regolamento allegato all'Accordo istitutivo, l'organismo in rassegna.

Né la etimologia e la genesi storica aiutano. L'espressione, di origine svedese, assume, nella traduzione letterale, il significato di « persona che fa da tramite », ovvero di « mediatore ». E, di fatto, nella Costituzione svedese del 1809, *Ombudsman* è il Commissario eletto dal Parlamento per vigilare sulla corretta applicazione della legge, contro i possibili abusi del monarca. In questo senso, egli è chiamato a svolgere un ruolo di mediazione tra il potere esecutivo e quello legislativo (1).

Esportato in altri contesti ordinamentali, l'*Ombudsman* perde gradualmente quelle originarie funzioni ed attribuzioni, segnatamente per effetto della evoluzione democratica degli Stati e della corrispondente centralità del ruolo del Parlamento. Non cessa, tuttavia, l'attrazione per le polivoche virtù taumaturgiche a ragione o a torto ascritte alla figura considerata. Tanto che, come è stato osservato, tra la fine degli anni 60 e l'inizio degli anni '70, nasce, nel mondo, in media un *Ombudsman* ogni sei mesi, raggiungendo l'istituto quaranta paesi in appena una ventina d'anni (2).

La mera descrizione delle diverse funzioni svolte dall'*Ombudsman* nell'ambito degli Stati che hanno introdotto un siffatto organismo esaurirebbe gli spazi concessi in questa sede, senza peraltro riuscire ad individuare le peculiarità dell'*Ombudsman* bancario. Nel rinviare alla principale dottrina giuridica in argomento (3), mentre tuttavia conto, da un lato, avvertire come talune realtà (es.: il *Médiateur* francese istituito nel 1973) tangibilmente evidenzino una sorta di eterogenesi dei fini riguardo all'organismo in discorso, qui collegato all'esecutivo anziché al Parlamento, dall'altro evidenziare il ruolo di difensore civico a fronte dei possibili abusi da parte delle pubbliche amministrazioni assunto dall'*Ombudsman* tanto nell'ordinamento regionale ed in quello comunale e provinciale in Italia (4), quanto soprattutto nel Trattato di *Maastricht*. L'art. 138 E testualmente prevede al riguardo che «il Parlamento europeo nomina un Mediatore, abilitato a ricevere le denunce di qualsiasi cittadino dell'Unione o di qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro, e riguardanti casi di cattiva amministrazione nell'azione delle istituzioni o degli organi comunitari, salvo la Corte di giustizia e il tribunale di primo grado nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali».

(1) V., in proposito, G. DE VERGOTTINI, *Dall'Ombudsman al difensore civico*, in «Regione e governo locale», 1992, p. 517 SS.; Id., *Ombudsman*, voce dell'«Enc. dir.», vol. XXIX, Milano, 1979, p. 879 ss.; T. GROPPI, *Ombudsman pubblico, privato, bancario: dalla Svezia del 1809 all'Italia del 1994*, in «Bancaria», n. 5/1994, p. 16 ss.; S. MACCARONE, *Le esperienze europee di Ombudsman bancario*, in AA. VV., *La banca e l'arbitrato* (a cura di F. Riolo), Roma, 1994, p. 33 ss.

(2) E. ZECCA, *Il difensore civico. L'Ombudsman svedese e la sua diffusione nel mondo*, in «Foro amm.», 1979, II, p. 407.

(3) Oltre agli A. precedentemente citati, v. NAPIONE, *L'Ombudsman. Il controllore della pubblica amministrazione*, Milano, 1969; BERNARDI, *Ombudsman*, in «Noviss. dig. it.», Appendice, vol. V, Torino, 1984; sull'*Ombudsman* bancario, CRISCUOLI, *Il Banking Ombudsman*, Milano, 1989.

(4) Cfr. T. GROPPI, *Ombudsman pubblico*, cit., p. 23.

La differenza tra soggetti che, pur nella evidenziata diversità di funzioni, rinvergono la loro fonte istitutiva nella legge, e fenomeni di autorganizzazione, di cui l'*Ombudsman* bancario costituisce perspicua espressione, è di tutta evidenza.

Ciò, lungi tuttavia dal costituire l'ultima puntata del romanzo intitolato alla *vis expansiva* dell'istituto, rappresenta solo l'emersione, nel contesto considerato, di interessi la cui cura è affidata ad un organismo dalle funzioni, struttura e finalità notevolmente diversificate rispetto al primigenio modello di *Ombudsman* pubblico. Sicché, sul piano semantico, *Ombudsman* è, nel settore considerato, una sintesi verbale di contenuti che spetta all'interprete ricostruire.

Ritorniamo sul punto. Valga, intanto, qui sinteticamente osservare come, in ordine al versante funzionale, diverso sia il senso dei controlli ed ispezioni sull'esecutivo da quello sulla lealtà nei rapporti tra avvocati e clienti (è il caso del *Legal Ombudsman*), ovvero sull'efficienza sanitaria (Tribunali dei malati), o, ancora, sulla stampa (*Ombudsman* della carta stampata) etc., per citare fattispecie di *Ombudsman* privati alquanto ricorrenti (5); quanto alla struttura, è ben evidente come, nell'ambito di fenomeni di autorganizzazione, l'indipendenza che caratterizza o, almeno, teleologicamente tende a caratterizzare l'*Ombudsman* investito di funzioni pubbliche sia requisito nient'affatto compatibile con la fonte istitutiva dell'organismo privato. È sì vero che la locuzione indipendenza evoca un giudizio relativo tra i più difficili da definire con chiarezza e precisione ma, nel caso di specie, non sembra revocabile in dubbio che l'indipendenza dell'organismo presenta, per definizione, connotati totalmente antinomici con la sua derivazione genetica (6). Infine, riguardo alle finalità, tra l'interesse pubblico all'osservanza delle leggi o anche, nelle forme di *Ombudsman* più avanzate, quello alla buona amministrazione, da un lato, e la protezione dei consumatori dei beni o servizi relativi all'*Ombudsman* settoriale, dall'altro, non v'è chi non veda, sul piano formale, consistenti differenze concettuali e giuridiche.

Emerge tuttavia, proprio dalla frammentazione della figura considerata, un significativo tratto unitario, peraltro individuabile non già nella connotazione di «difensore civico», usualmente riferita all'*Ombudsman*, sibbene in quella di garante o tutore della correttezza sostanziale nell'applicazione della legge nei confronti delle fasce di soggetti più deboli sia da parte dei pubblici poteri, che da parte dei poteri privati. Certo, ove si continui a fissare il rigido spartiacque tra diritto pubblico e diritto privato nel paradigma soggezione – parità, il criterio ora enunciato si rivela fortemente dubbio. Ma, senza scomodare avanzate teorie di diritto dei privati, così certo non è. La letteratura giuridica più recente

(5) Una esauriente elencazione di *Ombudsmans* della specie è in T. GROPPi, *Ombudsman pubblico*, cit., nt. 61 a p. 29.

(6) Quello dell'indipendenza dell'*Ombudsman* bancario è, in realtà, un falso e distorsivo problema. In ogni latitudine, ivi compresa la Gran Bretagna, la creazione dell'*Ombudsman* ad opera di convenzioni tra le principali banche (cfr. il *Banking Ombudsman* del 10 agosto 1985) sottende inespressi ma tangibili vincoli di dipendenza, più o meno stretta, dell'organismo dal comparto di cui costituisce espressione. Sicché, affermare, come si fa nella Raccomandazione della Commissione del 14 febbraio 1990 concernente la trasparenza delle condizioni bancarie applicabili alle transazioni finanziarie transfrontaliere, che, ai fini della trattazione dei reclami, è opportuna la istituzione di organismi indipendenti dalle parti in causa, quali, tra gli altri, l'*Ombudsman* bancario, significa solo creare, a mio modo di vedere, mistificatorie illusioni nei consumatori e spostare il dibattito dalla funzionalità dell'organismo, che è ciò che più sta a cuore al risparmiatore, alla maggiore o minore indipendenza di questo dall'impresa. Altre, e funzionali agli interessi di settore sono, come viene spiegato nel testo, le ragioni che inducono l'*Ombudsman* ad assumere, nei confronti del contraente forte, posizioni di rigore. Una esauriente panoramica dell'*Ombudsman* bancario nel contesto europeo è offerta da S. MACCARONE, *Le esperienze europee*, cit., ove ampi spunti sui diversi meccanismi istitutivi di soggetti della specie.

si fa anzi carico di avvertire che «questa netta separazione è un modello ideale, che non trova riscontri storici neppure nel periodo del liberismo più sfrenato» (7).

In tal guisa, un problema di correttezza (che definisco sostanziale in relazione all'intima essenza della prescrizione considerata) si pone tanto con riferimento alla norma di diritto pubblico, quanto a quella di diritto privato ogni qual volta, in quest'ultimo caso, venga in gioco un rapporto posto in essere da una «controparte non professionale dell'impresa professionalmente attiva sul mercato dell'allocazione di beni e/o servizi di massa» (8). Correttezza quindi, com'è stato detto, intesa in termini di «*standard* o modello di comportamento sempre in corso di adattamento, con cui si descrive il comportamento eticamente accettabile e accettato» (9). L'analisi della struttura e delle funzioni dell'*Ombudsman* bancario, di seguito condotta, fornirà testuali conferme a siffatta enunciazione.

Nel frattempo, conviene chiedersi come, sul versante sistematico, la istituzione dell'organismo in oggetto interagisca con la vigente disciplina speciale a tutela del contraente debole.

È noto che, per effetto del «diluvio delle leggi» (10) prodottosi nel corso degli anni '90, il comparto bancario e finanziario, per l'innanzi esente da interventi espliciti in materia di diritto dei contratti, si presenta ora come uno tra i più avanzati settori di analisi per il civilista. Al punto da fungere da laboratorio nel quale vengono adottate soluzioni che spesso trasmigrano, in momenti successivi, fra gli istituti di diritto comune, in omaggio alla teoria irtiana secondo la quale «le leggi speciali» apparse un tempo come mero svolgimento di discipline generali, riguardano logiche autonome e principi organici, che «dapprima si contrappongono a quelli fissati nel codice civile e poi finiscono per soppiantarli del tutto» (11).

La puntuale elencazione di norme della specie, talora inserite in testi legislativi intitolati a materie le più disparate, sarebbe, in questa sede, inappropriata e fuorviante. Inappropriata per l'oggetto, concernente un argomento più circoscritto, fuorviante in ragione tanto della diversa fonte disciplinare, quanto delle peculiari tecniche a tutela di categorie di soggetti portatrici di diversificati bisogni di protezione. La contrapposizione tra il cosiddetto risparmiatore «consapevole» e quello «inconsapevole» è, ancorché rozza, certamente significativa.

Basti allora solo qui rammentare le rilevanti disposizioni di normazione primaria e secondaria, contemplate dalla legge n. 1/1991 sui contratti di intermediazione mobiliare, nonché quelle sulla trasparenza bancaria e sul credito al consumo contenute nel Titolo VI del Testo unico sul credito di cui al d.lgs. n. 385/1993.

(7) V. G. ALPA, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1994, p. 17.

(8) Così M. BESSONE, *Costituzione economica e tutela dei consumatori. Quali policies di intervento legislativo?*, in «Giust. civ.», 1986, II, p. 357.

(9) Cfr. ancora G. ALPA, *Istituzioni*, cit., p. 143. Per una estensione del paradigma della correttezza ai delicati problemi concernenti l'abuso di informazioni riservate, mi permetto di rinviare al mio *Informazione, mercato, buona fede: il cosiddetto Insider trading*, Milano, 1992, soprattutto p. 181 ss. Per la correttezza, più in generale, nei mercati mobiliari, v. F. CARBONETTI, *I contratti di intermediazione mobiliare*, Milano, 1992, p. 56 ss.; M. PORZIO, *Vigilanza e correttezza nelle attività di intermediazione mobiliare*, in AA. VV., *L'intermediazione mobiliare*, Napoli, 1993, p. 15 ss.

(10) Il significato dell'espressione viene esaustivamente illustrato da G. MINERVINI e G. VESPERINI nella Introduzione alla raccolta di disposizioni contenute ne *Il controllo del mercato finanziario*, Napoli, 1993.

(11) N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1986, p. 64.

A fronte dell'ampia e penetrante informazione del risparmiatore (talora estesa alla fase precontrattuale), del requisito della forma scritta del contratto, del regime delle nullità, delle prescrizioni tese al riequilibrio delle posizioni delle parti etc., affermazioni quali quella che riguardo alle norme bancarie uniformi «non si pone problema di difesa del contraente più debole», non potendo queste essere ricondotte sullo stesso piano delle condizioni generali di contratto in ragione della funzione di interesse pubblico dell'attività bancaria, sembrano di altre epoche, anziché della manualistica di fine anni ottanta (12). Viene pertanto spontaneo interrogarsi sulle ragioni della caduta di questa sorta di «muro», culturale prima ancora che giuridico.

La tradizionale risposta, che vuole le innovazioni nel settore dei contratti finanziari derivare direttamente dall'impulso fornito in materia dal legislatore di Bruxelles (13), non soddisfa del tutto. In particolare, se è vero che discipline specifiche, quali ad es. quella sul credito al consumo, costituiscono la risultante dell'attuazione di direttive comunitarie (nella specie, la n. 87/102 e successive modificazioni), non altrettanto è a dirsi per altri non meno significativi interventi del legislatore interno, quale quello sulla trasparenza bancaria o quello sui contratti di intermediazione mobiliare. In ogni caso, iniziative di autoregolamentazione, del tipo di quella che ci occupa, prescindono da specifiche sollecitazioni, in senso stretto «comunitarie» (14).

Ora, è pensabile che nel volgere di un limitato numero di anni legislatore, autorità di settore ed operatori economici abbiano *ex abrupto* deciso di dedicare simili attenzioni ad una tematica, quella della tutela del risparmiatore, fino ad allora relegata alle accademiche discussioni dei civilisti?

L'interrogativo è, all'evidenza, retorico, costituendo la dinamica economica sottostante ai processi di evoluzione normativa la naturale soluzione eziologica del mutamento. È tuttavia importante, per il giurista, aver ben chiari la genesi e l'indirizzo del mutamento, anche al fine di comprendere il reale valore aggiunto dell'organismo di settore.

La vera risposta risiede allora nel passaggio dal regime pubblicistico dell'attività bancaria al mercato o, se si preferisce, dalla foresta pietrificata alla concorrenza. Nel primo non esiste un problema di «trasparenza», di intellegibilità del regolamento contrattuale, di riequilibrio del rapporto perché, in concreto, non esiste un problema di acquisizione o perdita di fasce di clientela, essendo l'efficienza bancaria variabile indipendente. Il territorio in cui la banca opera è predefinito, predefinite sono le altre banche, predefinita (o predefinibile) la clientela.

In siffatto sistema oligopolistico, simmetricamente, unica cura dell'autorità di settore è la stabilità dell'azienda bancaria, la tutela del risparmiatore rimanendo assorbita nella tutela del risparmio. Non a caso, a fronte del previgente art. 32, lett. b) e c) della legge bancaria del 1936 in materia di fissazione di tassi e provvigioni, l'orientamento dell'Autorità è stato costantemente nel senso della sua inattuazione.

Di converso, con l'affermarsi della concorrenza bancaria l'esigenza di acquisire maggiori e più consistenti settori di mercato, da parte dell'impresa, di favorire la competizione

(12) Cfr. G. MOLLE, *La banca nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1987, p. 175.

(13) V., ad es., C. M. PRATIS, *L'accordo interbancario del 1993 per l'istituzione dell'Ufficio reclami degli enti creditizi e dell'Ombudsman bancario nell'ambito della tutela del consumatore. Raffronto con analoghi sistemi di altri paesi della Cee*, in «Banca, borsa etc.», 1994, I, p. 216.

(14) Eccezion fatta per la cennata Raccomandazione della Commissione del 14 febbraio 1990, comunque relativa a specifico diverso settore.

tra gli operatori e l'efficienza del sistema, da parte dell'autorità e degli organismi di categoria, determinano un rinnovato interesse per la materia contrattuale. Tanto che, fin dal 1992, il Governatore della Banca d'Italia aveva modo di affermare che «con il promuovere maggiore informazione vengono insieme perseguiti il fine di equità, che richiede la protezione del contraente debole, e il fine di efficienza del sistema bancario e finanziario» (15). Il conseguente mutamento di rotta, soprattutto sotto il versante culturale, può allora ben dirsi compiuto.

Che, d'altronde, il problema della tutela del contraente debole sia strettamente connesso a quello della tutela della concorrenza è testimoniato dalla stessa evoluzione del diritto comunitario, atteso che le disparità tra le legislazioni nazionali in materia di protezione del consumatore alterano principi di libera ed eguale competizione dell'impresa nel mercato unico, nel senso di favorire quella appartenente a paesi in cui esistano normative più permissive, se non vere e proprie carenze, a scapito dell'impresa di paesi dotati di efficaci strumenti di trasparenza e riequilibrio del rapporto.

Né a ciò osta il corretto rilievo che ben può vessarsi il cliente anche in mercati altamente competitivi (16). Una cosa è infatti l'atteggiamento dell'impresa, per la quale la standardizzazione contrattuale riduce i costi transattivi e limita i rischi, altro gli obiettivi di concorrenza e di efficienza per le autorità di settore e per le associazioni di categoria. Ciò segnatamente in un settore, quello bancario, che ontologicamente sconta consistenti differenze rispetto alla disciplina dell'impresa di diritto comune. E peraltro, dal lato dello stesso contraente «forte», esistono consistenti differenze tra la grande impresa e la lavanderia all'angolo, dovendosi la prima far carico di curare la propria immagine di mercato. Ove solo si pongano a raffronto le ingenti spese sopportate dalla grande impresa al fine di promuovere, per il tramite della pubblicità commerciale, un miglioramento di immagine presso il grande pubblico ed i negativi ritorni imputabili ad odiose controversie giudiziali in cui vengano in gioco clausole vessatorie, non si tarderà a comprendere come l'inserimento nel contratto di clausole della specie possa, per questa, rivelarsi un *boomerang* fortemente antieconomico. Non a caso, «inchieste di taglio sociologico compiute in America sui contratti *standard* indicano come le prassi aziendali siano costantemente più favorevoli al cliente rispetto a quanto il regolamento contrattuale», predisposto da zelanti consulenti legali, «faccia temere» (17). Il rilievo coglie vieppiù nel segno nel comparto bancario, avendo riguardo tanto alla vigente dimensione polifunzionale dell'impresa, quanto all'importanza dell'immagine per l'operatore, atteso il carattere fiduciario naturalmente sotteso alla stipula di ogni rapporto non a caso definito come «di credito».

Questo contribuisce, ci pare, alla individuazione di un ruolo dell'*Ombudsman* non «paternalistico» (18), ma funzionale, nella autonomia delle sue decisioni, agli stessi interessi del comparto di appartenenza.

(15) C. A. CIAMPI, *Intervento all'Associazione bancaria italiana*, in Banca d'Italia, *Documenti* Roma, n. 370/92. p. 2.

(16) V. A. GAMBARO, *Le clausole vessatorie tra impresa e consumatore. Un viaggio nella Western legal tradition*, in AA. VV., *Trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto*, Napoli, 1992, p. 41.

(17) A. GAMBARO, *op. cit.*, p. 45.

(18) L'espressione è qui usata in senso, evidentemente, atecnico. Sulle norme paternalistiche, v. F. CONSENTINO, *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, in «Quadrimestre», 1993, p. 119 ss.

2. Disciplina del procedimento

L'accordo contenuto nella Circolare dell'Associazione Bancaria Italiana (d'ora innanzi: ABI) del 1° febbraio 1993, entrata in vigore il 15 aprile dello stesso anno, prefigura l'*Ombudsman* bancario come organo di secondo grado, costituendo il previo ricorso all'Ufficio reclami degli enti creditizi (meglio: delle banche, secondo il più felice lessico introdotto dal Testo Unico sul credito), 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 una 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 *Ombudsman* privati» (19).

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

Intanto per la sua stessa composizione, facendo parte di questo, oltre al Presidente, nominato dal Governatore della Banca d'Italia, due membri di nomina ABI ed altri due membri in rappresentanza del Consiglio Nazionale Forense e del Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti. La evidente assenza di rappresentanti dei risparmiatori, e 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 (20).

Inoltre perché tra le condizioni di procedibilità, v'è l'espressa menzione (cfr. art. 7, lett. a del Regolamento) 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».

Infine, come è stato autorevolmente osservato, 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 l'ente creditizio (art. 10), mentre il cliente, oltre a non essere privato, pur 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» (21).

Ciò conferma che «l'Autorità introdotta dall'ABI; priva della natura di organo giudiziario, opera in veste di garante della regolarità dell'attività bancaria» (22).

Fin da queste battute, traspare che l'accesso all'*Ombudsman*, diversamente dall'adizione dell'Ufficio reclami, sconta una serie di limitazioni, tanto oggettive, quanto soggettive.

(19) S. MACCARONE, *Le esperienze europee*, cit., p. 34.

(20) F. MAIMERI, *L'Ombudsman bancario in Italia*, in *La banca ed il mercato*, cit., p. 49.

(21) Così C. M. PRATIS, *Peculiarità ed operatività dell'Ombudsman bancario*, in *La banca*, cit., p. 58.

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

Oltre alla richiamata 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 non ecceda valori superiori a cinque milioni di lire (art. 7, lett. b del Regolamento) e che, a seguito del ricorso all'Ufficio reclami: i) la banca non abbia fornito risposta nel previsto termine di sessanta giorni, 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. 18 della l. 19 febbraio 1992, n. 142, per controversie relative a rapporti aventi ad oggetto operazioni o servizi, da essi intrattenuti con gli enti creditizi, per finalità estranee all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta» (art. 7, cit.).

A seguito dell'entrata in vigore del Testo Unico sul credito di cui al cennato d.lgs. n. 385/1993, la nozione di consumatore dovrà, come correttamente osservato (23), essere «attualizzata» con l'art. 121 del cennato T.U.. Il risultato è, tuttavia, equivalente, visto che qui vi si fa riferimento alla «persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta».

Ora, ho in più sedi espresso perplessità per le nozioni adottate al riguardo dal legislatore, sia interno che comunitario (della direttiva sul credito al consumo), evidenziando le difficoltà a distinguere casi in cui il contratto abbia ad oggetto beni strumentali all'esercizio dell'impresa da altre fattispecie (24) e ricevendo, al riguardo, conforto da un'autorevolissima dottrina che aveva segnalato come «poco felice» l'esclusione dell'impiego dell'oggetto acquisito in qualunque attività professionale (25).

La disciplina dell'*Ombudsman* bancario sottende, *in parte qua*, incongruenze al quadro laddove a quelle esclusioni, che cortocircuitano professionisti, lavoratori autonomi, artigiani, titolari di imprese familiari ed altre categorie di soggetti «deboli», si sommano quelle rivenienti dal limite oggettivo, peraltro modesto, dei cinque milioni di lire. Ho ben presente che, a livello comunitario, viene opportunamente esclusa l'applicabilità di norme della specie allorché controparte dell'impresa sia altra impresa (cfr., da ultimo, la direttiva sui servizi di investimento n. 93/22 CEE). Mi chiedo, tuttavia, se a tal fine, il limite dei cinque milioni (26), eventualmente accompagnato dalla esclusione soggettiva delle società di capitali, non potesse, in maniera meno equivoca, risultare funzionale allo scopo perseguito.

Ulteriore aspetto critico è rinvenibile nella esclusione della legittimazione al ricorso in capo a soggetti titolari di interessi diffusi, quali le associazioni dei consumatori. La soluzione prescelta è poco lungimirante in quanto, al di là anche delle gradualità giurisprudenziali (specie di giustizia amministrativa) in argomento, non tiene conto dell'interesse del sistema bancario alla crescita di associazioni della specie attraverso cui veicolare, anche a fini promozionali, istanze di controllo «sociale» sulla correttezza dei rapporti, dal

(23) F. MAIMERI, *L'Ombudsman*, cit., nt. 17 sub p. 50.

(24) V. *Direttiva comunitaria sul credito al consumo e inadempimento dell'obbligazione contrattuale*, in «Quadrimestre», 1987, p. 306; *Trasparenza bancaria, credito al consumo e tutela del contraente debole*, in «Foro it.», 1992, V, c. 354; *Commento sub art. 124 d. lgs. n. 385/1993*, in AA. VV., *Commentario al testo unico in materia bancaria e creditizia* (a cura di F. Capriglione), Padova, 1994, p. 125.

(25) G. OPPO, Presentazione, in AA. VV., *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, in Banca d'Italia, *Quaderni di ricerca giuridica*, Roma, 1987, p. 12.

(26) Che l'ABI opportunamente riferisce al danno subito dal reclamante. Cfr. «Il Sole 24 Ore» del 17 aprile 1993, richiamato da E. INCHINGOLO, *op. cit.*, p. 35.

ritorno certo in chiave di immagine e di efficienza. Ma forse, anche riguardo a ciò, non è influente il cennato limite dei cinque milioni di lire.

Per il resto, il procedimento innanzi all'organismo collegiale in rassegna è estremamente semplificato. Ferma la legittimazione del cliente, che non ha bisogno di alcuna rappresentanza per così dire «processuale» (ancorché il ricorso a consulenti legali si riveli 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 (art. 8). 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 al riguardo termini perentori. Concordo coll'opinione da altri espressa (27) 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 cennato requisito di procedibilità che vuole l'*Ombudsman* competente a conoscere questioni già esaminate dall'Ufficio reclami competente.

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

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

Non è questa la sede per analizzare diffusamente l'importanza del bene «reputazione» all'interno del sistema bancario e finanziario. E, d'altronde, compiute valutazioni non mancano nella più recente letteratura, anche italiana, che, attraverso rivisitazioni della cosiddetta «teoria dei *club*», pone opportunamente in evidenza come la fiducia o, meglio, il suo prodotto, cioè la reputazione, costituisca, nel settore del credito, un «bene» in senso economico avente attitudine ad essere riconosciuto come tale anche in senso giuridico. Essa è una risorsa che può essere più facilmente generata da una coalizione anziché dalla singola impresa, che è nell'interesse generale degli appartenenti al settore produrre «perché ciò agevola la mobilità del credito a vantaggio delle attività economiche» (28), e che è nell'interesse generale tutelare. Se dunque, dal lato dell'impresa, l'istituzione dell'*Ombudsman* presenta sempre il vantaggio di elevare «la reputazione della società, facendola apparire "customer concerned"» (29), ciò vale in misura massima nel settore del credito, dove il fattore fiduciario rappresenta la linfa stessa dell'impresa ed è alla base del tacito accordo di autogoverno da parte degli associati. Si comprende come, in tal guisa, meccanismi di coercizione extra legali giochino un ruolo determinante e siano ben in grado di fungere da deterrente efficace rispetto ai comportamenti di indisciplina, costituendo «un dato di comune osservazione che i poteri formali a disposizione delle autorità del credito vengono azionati solo raramente..., nel mentre fin quando è possibile si preferisce il ricorso alla *moral suasion*» (30).

(27) F. MAIMERI, *L'Ombudsman*, cit., nt. 17 sub p. 50.

(28) Cfr. C. MOTTI, *Le istituzioni del credito*, Bari, 1990, p. 131. Nell'ambito della letteratura economica v., per tutti, C. GOODHART, *Why do banks need a Central Bank?*, Oxford, Economic Papers, vol. 39, 1997.

(29) Così R. DELFINO, *L'Ombudsman come modello di alternative dispute resolution nel settore privato: alcune considerazioni sull'istituto attraverso l'analisi dell'Insurance Ombudsman Bureau*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1993, p. 310.

(30) C. MOTTI, *op. cit.*, p. 135.

3. Esperienze applicative e tutela offerta

Le relazioni semestrali dell'*Ombudsman*, contemplate dall'art. 6, u.c., del Regolamento consentono di verificare lo stato di operatività dell'organismo in discorso. Proveremo, di seguito, a dare alcune significative cifre, elaborate dalle tre relazioni (l'ultima del semestre giugno – novembre 1994) disponibili.

Intanto, il favorevole accoglimento dell'iniziativa, da parte della clientela bancaria, è testimoniato dalla rilevante mole di reclami pervenuti, pari, in media, a ca. 450 per semestre. A fronte di questo dato, in controtendenza rispetto a prime negative valutazioni riportate dalla stampa quotidiana in ordine al giudizio di obiettività espresso dai consumatori per una struttura di esclusiva emanazione bancaria (31), va tuttavia osservato che le decisioni di accoglimento in senso stretto dei reclami sono state complessivamente solo 27 a fronte delle 130 decisioni di rigetto.

Occorre, peraltro, tener conto di alcuni consistenti fattori: a) dei 1390 reclami di cui l'*Ombudsman* è stato investito, restano, al novembre 1994, n. 746 reclami ancora da definire. Ciò significa che il dato complessivo da prendere in esame si ragguaglia a n. 644 reclami complessivamente definiti; b) si registrano n. 1329 casi di cessazione della materia del contendere per intervenuto accordo tra le parti, con accoglimento totale o parziale delle richieste del cliente, in seguito ad informale intervento presso le banche da parte dell'*Ombudsman*; c) n. 358 reclami hanno comportato una dichiarazione di inammissibilità da parte dell'*Ombudsman* motivata dalla carenza delle condizioni di procedibilità innanzi descritte.

È, in realtà, quest'ultimo elemento a dover, ad avviso di chi scrive, far riflettere, visto che rappresenta diretta espressione delle lamentate incongruenze regolamentari tanto relative al doppio sbarramento all'accesso (soggettivo – nozione di consumatore – ed oggettivo – valore della controversia –), quanto alla esclusione della legittimazione in capo ad associazioni esponenziali di interessi diffusi. Non sembra invece che l'apparente modesto numero di decisioni di accoglimento in senso stretto del reclamo sia significativo in ordine al giudizio sulla funzionalità dell'organismo, avuta presente la natura di giudice di secondo grado dell'*Ombudsman* e, soprattutto, dei casi risolti a favore del cliente per cessazione della materia del contendere.

Giova, piuttosto, segnalare che, in omaggio a valutazioni di spiccata connotazione equitativa, intesa in senso correttivo rispetto ai rigori cui condurrebbe l'applicazione del diritto in termini formali, il giudizio sia spesso risultato favorevole al cliente, «nonostante la legittimità del comportamento della banca nell'ambito della regolamentazione contrattuale» allorché, «per le particolarità applicative della stessa, ci si allontana(va) da una effettiva trasparenza delle condizioni praticate» (32). O, ancora, rimarcare l'importanza di interventi propositivi dell'*Ombudsman*, in seguito alla constatazione che, pur essendo legittimo, «l'operato della banca dal punto di vista delle condizioni praticate, tuttavia in concreto le stesse risulta(va)no palesemente troppo onerose rispetto alla modesta entità economica della fattispecie» (33). Né va sottaciuta l'attività di consulenza su operazioni bancarie e finanziarie resa dall'*Ombudsman* alla clientela, nonostante l'estraneità di

(31) Cfr. «Il Sole 24 Ore» del 27 settembre 1993.

(32) Relazione semestrale ex art. 6 comma 3 del Regolamento sull'attività svolta dall'*Ombudsman* bancario nel periodo dicembre 1993 - maggio 1994, p. 2.

(33) Relazione e pag. cit.

siffatta funzione dalle attribuzioni conferite all'organismo (34). Sarà, dunque, di estremo interesse prendere visione del massimario della giurisprudenza dell'*Ombudsman*, preannunciato in un apposito «quaderno» di prossima pubblicazione.

La «reazione» del sistema bancario pare inoltre favorevole, se è vero che, da un lato, non si segnalano casi di inottemperanza alle pronuncie dell'*Ombudsman* (e ciò conforta la prospettazione innanzi svolta in ordine alla importanza, nell'ambiente considerato, del bene reputazione) e che, dall'altro, in positivo, viene evidenziata «la rapidità con la quale gli Uffici reclami delle banche hanno fornito alla segreteria tecnica» dell'*Ombudsman*, per la definizione del giudizio, «la documentazione e i dati occorrenti» (35).

4. Conclusioni

È tempo di tirare sinteticamente le somme.

Se la concorrenza genera, come la teoria economica ritiene, maggiore efficienza allocativa, essa genera anche maggiore equità. Difatti, come insegna l'analisi economica del diritto, non necessariamente tra queste due variabili esiste conflitto. O, meglio, il conflitto è strettamente dipendente dall'ammontare dei costi transattivi. Le norme giuridiche, intese in senso ampio, possono tuttavia contribuire alla minimizzazione dei costi transattivi.

Ora, costituendo i costi di applicazione della legge e quelli dell'azione giudiziaria (36) categorie di costi transattivi tanto per il cliente quanto per l'impresa bancaria, ecco che il ricorso all'organismo in rassegna, in alternativa all'Autorità giudiziaria, solleva, da un lato, la banca dall'onere di impegnarsi direttamente in un lungo contenzioso con i clienti insoddisfatti e, dall'altro, il risparmiatore dai costi materiali di accesso alla giustizia ordinaria e da quelli indiretti derivanti dalla lungaggine della lite.

Ciò segnatamente in Italia, ove i tempi di trattazione dei procedimenti si ragguagliano, in media (dati 1995), a 616 giorni in Pretura, 1261 giorni in Tribunale, 1050 giorni in Corte d'Appello (37).

Se, come diffusamente si ritiene, ritardata giustizia equivale a denegata giustizia, è facile arguire come, per rapporti aventi ad oggetto così limitati importi, l'idea di giustizia equivalga, nella sostanza, ad un bel sogno e nulla più.

Ove alle anzidette considerazioni si aggiungano quelle concernenti le caratteristiche del giudizio dell'*Ombudsman* bancario, meno vincolato del giudice ordinario al dato formale contenuto nella disposizione giuridica, nonché la circostanza che il ricorso a questo organismo non priva, in ogni caso, il risparmiatore del diritto di investire della controversia, in qualunque momento, l'Autorità giudiziaria, il complessivo giudizio sulla *alternative dispute resolution* non potrà che risultare positivo.

Restano, sullo sfondo, i cennati rilievi critici, concernenti l'assetto disciplinare dell'organismo di settore.

In proposito, l'ovvio auspicio è nel senso che, superata la prima fase applicativa, l'ABI possa farsi carico di opportune modifiche delle norme regolamentari, idonee a consentire un più diffuso ricorso a questa procedura, economica e facilmente accessibile.

(34) Relazione semestrale etc., periodo giugno – novembre 1993, p. 3.

(35) Relazione ult. cit., p. 5.

(36) Cfr. A. M. POLINSKY, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, II ed., Roma-Bologna, 1992, con postfazione di R. Pardolesi, p. 139 ss.

(37) Traggio questi dati dalla Relazione del Procuratore generale presso la corte di Cassazione per l'anno 1995, in *Documenti giustizia*, 1996, p. 230.

OLINA CAPOLINO

IL RUOLO DELLA BANCA D'ITALIA NELLA LOTTA ALL'USURA (*)

SOMMARIO: **1.** Premessa. – **2.** Le ragioni dell'intervento della Banca d'Italia nella lotta all'usura. – **3.** L'intervento sul piano normativo. – **3.1.** L'uso delle leggi esistenti. – **3.1.1.** La disciplina di contrasto al riciclaggio. – **3.1.2.** L'accresciuta intensità dei controlli. – **3.1.3.** La disciplina degli intermediari finanziari. – **3.1.4.** Gli obblighi di informazione e trasparenza. – **3.1.5.** Le norme penali sulla concessione di credito. – **3.1.6.** La repressione dell'abusivismo. – **4.** L'attività di vigilanza e la collaborazione con l'autorità giudiziaria. – **4.1.** Le imprese bancarie e l'usura. – **4.2.** L'opera di sensibilizzazione degli intermediari. – **4.3.** L'attività ispettiva e la collaborazione con l'autorità giudiziaria. – **5.** Ipotesi di una nuova disciplina in materia di usura. – **6.** Conclusioni.

(*) Relazione tenuta a Brescia il 10 maggio 1995 nel seminario sul tema "L'usura" promosso dalla Fondazione universitaria M. Tirandi e coordinato dal prof. V. Allegri. Il disegno di legge cui la relazione fa riferimento è stato definitivamente approvato con la legge 7 marzo 1996 n. 108.

1. Premessa

Le problematiche connesse al reato di usura hanno da tempo acquistato notevole rilievo, sia a causa dell'incremento subito dall'attività criminosa in questione, sia per le nuove connotazioni che il fenomeno è andato assumendo.

Suscita infatti apprensione la crescente complessità delle forme in cui l'attività usuraria si manifesta, per l'elevato grado di sofisticazione delle tecniche adottate (1) e per le difficoltà probatorie che ne conseguono, così come risulta preoccupante la gravità degli effetti che l'usura può avere sul tessuto economico generale, in termini di distorsioni nei trasferimenti della proprietà delle imprese e nel funzionamento del mercato finanziario.

È stato infatti osservato che, allo stato attuale, gran parte delle attività usuarie è direttamente gestito dalla criminalità organizzata (2), la quale ha tra i suoi obiettivi, per molteplici motivi (che vanno dalla necessità di reinvestire i proventi delle attività illecite all'esigenza di una diversificazione dei rischi), l'acquisizione di posizioni di dominio anche all'interno del sistema economico legale (3).

L'usura rappresenta, insieme ad altre attività criminali, un mezzo idoneo al raggiungimento di questo scopo (4). Il metodo comunemente seguito è noto: la criminalità organizzata approfitta delle difficoltà economiche di un imprenditore, o si occupa direttamente di creare tali difficoltà. Poiché lo stato di disagio economico preclude all'imprenditore l'accesso al credito bancario, gli usurai affiliati all'organizzazione criminale sono in grado di assumere agevolmente il controllo della posizione debitoria dell'impresa (5). Tale posizione, attraverso successivi rinnovi del prestito originario, si accresce in progressione geometrica, e la vittima viene quindi costretta a procedere alla cessione forzata delle sue proprietà immobiliari o, soprattutto, delle sue attività commerciali ed industriali. Ancora, l'usuraio può costringere la vittima, con minacce e violenze, a tenere determinati comportamenti (6), coinvolgendola nell'attività illecita e aprendo anche in tal modo la strada all'appropriazione dell'impresa da parte dell'organizzazione criminale, che la rileverà con costi minimi, o comunque la gestirà occultamente.

In ipotesi della specie, emerge chiaramente come lo scopo ultimo dell'attività usuraria non sia tanto la restituzione del capitale dato a prestito e dei relativi interessi, quanto l'impossessamento dei beni e delle imprese dell'usurato (7): non a caso, nei rapporti usurari

(1) G. MUSIO, *Modelli investigativi correlati ai delitti in tema di usura*, relazione all'Incontro di studio promosso dal CSM, Frascati, 30 gennaio – 3 febbraio 1995, p. 11 del dattiloscritto.

(2) L. DONATO, D. MASCIANDARO, *Economia criminale e intermediazione finanziaria. Profili economici e giuridici*, Banche e banchieri, 1995, p. 27; A. AZZI, *Alcune riflessioni e proposte in tema di usura*, *Coop. di credito*, 1994, p. 371.

(3) Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali similari, *Indicazioni per un'economia libera dal crimine*, in AA.VV., *Economia e criminalità*, Roma, 1993, p. 345 e s..

(4) F. BARCA, *Criminalità organizzata ed effetti sull' "economia legale"*, in *Economia e criminalità*, cit., p. 157.

(5) A. D'ALTERIO, *Brevi cenni sulle forme di aggressione dell'economia da parte delle organizzazioni camorristiche*, in *Economia e criminalità*, cit., p. 76 e ss.

(6) G. MUSIO, *op. cit.*, p. 12.

(7) A. CAPERNA, L. LOTTI, *Il fenomeno dell'usura tra esperienze giudiziarie e prospettive di un nuovo assetto normativo*, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, I, p. 83; L. DONATO, D. MASCIANDARO, *op. cit.*, p. 28.

ricorrenti forme di garanzia impropria sono rappresentate da preliminari di vendita di immobili, da polizze di pegno, da atti di cessione di quote di società, dalla consegna di beni.

In definitiva, può certamente affermarsi che anche nei confronti dell'usura, quando è inserita in un contesto di attività criminali associate, si vengono a realizzare le condizioni previste dall'art. 416-*bis*, comma 3, cod. pen. in relazione alle forme criminali di controllo del territorio. Detta norma definisce infatti le associazioni mafiose o di tipo analogo come quelle in cui "coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione, del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche".

Un aspetto particolare, ma non per questo meno preoccupante, delle nuove connotazioni assunte dal fenomeno è costituito dalla possibilità che l'usura rappresenti anche un consistente canale di riciclaggio, consentendo l'impiego remunerativo e la circolazione di ingenti masse di capitali di provenienza illecita, che non potrebbero transitare per i canali ordinari (8). Non bisogna tuttavia dimenticare che l'attitudine dell'attività usuraria a procurare elevati margini di profitto a fronte di rischi minimi può spingere anche soggetti non appartenenti al mondo della malavita organizzata a prestarsi a collaborare con usurai. Questi ultimi provvedono ad erogare i prestiti con le disponibilità fornite dai finanziatori occulti, i quali, per la loro attività professionale o per la loro posizione nel mondo degli affari, hanno interesse all'elevato lucro in tal modo conseguibile solo se ed in quanto possano restare nell'ombra (9).

Di fronte al moltiplicarsi di episodi di usura aventi le caratteristiche ora sommariamente accennate, è maturata la consapevolezza che una efficace reazione dell'ordinamento non può limitarsi al momento della repressione, ma deve incidere sulle cause stesse del fenomeno.

Viene comunemente ripetuto che l'espandersi dell'usura è strettamente connesso con le inefficienze del mercato del credito: le banche, per carenze informative e scarsa propensione al rischio, negherebbero il credito a soggetti meritevoli, costringendoli così a rivolgersi agli usurai. Occorre tuttavia considerare anche che le banche sono tenute ad informare la loro attività ai canoni di una "sana e prudente gestione" e debbono operare secondo criteri imprenditoriali, selezionando la clientela in modo da contenere i rischi (10). All'esigenza di rispettare tali criteri si aggiungono probabilmente remore connesse alle lungaggini delle procedure esecutive e concorsuali che, incidendo negativamente sui costi e sui tempi di recupero, scoraggiano le banche dall'allacciare relazioni creditizie che non offrano prospettive sicure di rientro.

Senza dubbio, il sostegno economico nei confronti dei soggetti meritevoli che incontrano difficoltà di accesso al credito potrebbe essere più agevolmente assicurato dalle banche ove queste riuscissero a superare le loro carenze informative sulla clientela, e potessero ottenere garanzie adeguate, messe a disposizione anche da terzi. Altri soggetti, bisognosi di credito, ma in ogni caso del tutto "immeritevoli", andrebbero invece aiutati esclusivamente in base a considerazioni di solidarietà: ciò presupporrebbe, tuttavia, la creazione o l'individuazione di specifiche strutture, idonee a svolgere tale compito.

(8) A. TADDEO, *Modelli investigativi correlati ai delitti in tema di usura*, relazione all'Incontro di studio promosso dal CSM, cit., p. 1 e s. del dattiloscritto; G. MUSIO, *op. cit.*, p. 17.

(9) A. AZZI, *op. cit.*, p. 372.

(10) C. BARBAGALLO, A. GUMINA, *L'usura tra realtà e prospettive*, Banca, impresa, società, 1995, p. 104; A. AZZI, *op. cit.*, p. 378 e ss..

2. Le ragioni dell'intervento della Banca d'Italia nella lotta all'usura

L'interesse dell'autorità di vigilanza bancaria per il fenomeno dell'usura è andato accrescendosi dal momento in cui il prestito usurario, abbandonata la sua tradizionale veste di attività individuale del classico "strozzino" (attività limitata a circoscritti ambiti territoriali nei quali non era, sovente, percepita come illegale), è divenuto oggetto di attenzione da parte del crimine organizzato, assumendo connotazioni rilevanti per il sistema economico legale.

È infatti evidente che l'espandersi dell'economia criminale può avere effetti dannosi sul mercato "legale" non solo sotto il profilo sociale ma anche sotto quello più strettamente economico, in quanto i suoi comportamenti ed i suoi scopi contrastano con l'uso efficiente delle risorse (11).

L'imprenditore criminale, quando agisce sul mercato "legale", continua a ricorrere a metodi (intimidazione, violenza, corruzione), che nulla hanno in comune con i canoni di buon funzionamento del mercato stesso. Quando poi opera sottraendosi ai controlli, evita anche di sopportare i costi connessi con una operatività rispettosa delle regole, turbando in tal modo l'equilibrio concorrenziale.

Anche i mercati finanziari possono essere danneggiati dal "contagio" con le imprese criminali, che può determinare il moltiplicarsi di fenomeni di inefficienza, compromissione o addirittura di partecipazione attiva all'organizzazione criminale, comportando, complessivamente, conseguenze negative sull'equilibrio e sulla rischiosità del sistema finanziari (12).

In particolare, il diffondersi dell'usura può creare effetti negativi nel mercato "legale" del credito, sia perché attraverso il rapporto con il cliente-usuraio l'intermediario bancario può diventare strumento inconsapevole dell'attività illecita di costui, sia perché la presenza di intermediari illegali, che si sottraggono ai vincoli ed ai controlli previsti per l'attività bancaria e finanziaria, rappresenta un fattore distorsivo rispetto al regolare funzionamento del mercato, ed ostacola la corretta allocazione delle risorse, consentendo che siano finanziati, sia pure a condizioni usuarie, soggetti non meritevoli di credito.

Occorre considerare inoltre che, come già accennato, l'usura si accompagna spesso ad altri reati che coinvolgono l'attività finanziaria e di intermediazione mobiliare, come il riciclaggio; possono verificarsi, infine, episodi di favoreggiamento, se non aperte complicità, da parte di dipendenti di banca, come nell'ipotesi in cui si neghi il credito a soggetti meritevoli, favorendo al tempo stesso il loro incontro con l'usuraio (13): si tratta, certamente, di collusioni individuali, che assumono però valore emblematico come tentativi di infiltrazione criminale nell'esercizio dell'attività bancaria o finanziaria legale. Anche nei confronti degli intermediari finanziari la criminalità organizzata può infatti porre in atto tecniche di dominio, non necessariamente nella sola forma del tentativo di acquisizione della proprietà o del controllo.

La consapevolezza che tra gli scopi dell'economia criminale è l'acquisizione del controllo dei mercati legali genera il convincimento che un'efficace reazione non possa prescindere dall'attività delle amministrazioni preposte alla regolamentazione ed alla vigilanza dei mercati stessi.

(11) G. REY, *Relazione introduttiva*, in *Economia e criminalità*, cit., p. 18 e ss.

(12) F. BARCA, *op. cit.*, p. 156.

(13) C. BARBAGALLO, A. GUMINA, *op. cit.*, p. 102.

Per quel che riguarda il mercato finanziario, alla Banca d'Italia sono attribuite dalla legge (e segnatamente dal testo unico approvato con il d.lgs. n. 385 del 1993) competenze sia regolamentari che di controllo. Scopo dell'attività di vigilanza della Banca d'Italia e delle altre autorità creditizie è la stabilità, l'efficienza, il corretto funzionamento degli intermediari e del mercato finanziario (14).

Ma la stabilità e l'efficienza del sistema finanziario possono essere messe in pericolo dalla penetrazione della criminalità organizzata, i cui metodi ed i cui scopi contrastano con le regole del mercato. Le autorità creditizie devono dunque prestare attenzione anche ai possibili fattori distorsivi, in relazione alle esigenze di tutela degli intermediari dalle infiltrazioni criminali e di correttezza nel funzionamento dei meccanismi di allocazione delle risorse (15). Una efficace azione di vigilanza non può, in sostanza, non considerare anche l'esistenza, accanto al mercato legale del credito, di quello illegale, e la possibilità di loro reciproche interazioni. È infatti evidente che una strumentalizzazione degli intermediari bancari e finanziari può compromettere gravemente la stabilità degli intermediari stessi, riflettendosi negativamente sull'intero sistema finanziario (16).

Nella lotta ai fenomeni di criminalità in esame, il ruolo della Banca d'Italia può esplicarsi tanto sul piano normativo, mediante la formulazione delle disposizioni per le quali essa è competente, quanto sul piano della concreta attività di vigilanza sugli intermediari legali, attraverso l'uso dei suoi poteri di controllo sulla proprietà e la gestione degli intermediari, sulla trasparenza e l'efficienza del mercato finanziario.

In quest'ottica, la collaborazione della Banca d'Italia con le autorità competenti nell'azione di difesa del sistema finanziario dall'attività criminale, con l'apporto delle specifiche competenze tecniche di cui essa dispone, si inquadra pienamente nelle finalità istituzionali attribuite dall'ordinamento alla Banca stessa.

3. L'intervento sul piano normativo

3.1. L'uso delle leggi esistenti

Le norme penali che specificamente colpiscono il reato di usura possono rivelarsi di non semplice applicazione a causa di difficoltà probatorie e incertezze interpretative (quali quelle connesse all'individuazione della ricorrenza dello stato di bisogno); ulteriori perplessità possono discendere dalla introduzione, con la legge 7 agosto 1992, n. 356, del concetto di difficoltà economica e finanziaria per la fattispecie della c.d. "usura impropria" di cui all'art. 644-*bis* cod. pen., che non risponde, peraltro, ai bisogni di protezione dei soggetti diversi dagli imprenditori.

Oltre all'applicazione di tali specifiche norme incriminatrici, è comunque possibile rinvenire nell'ordinamento anche altri strumenti per la repressione dell'usura, e segnatamente nelle leggi che concernono il campo dell'intermediazione bancaria e finanziaria (17). In questo ambito, in cui si esplica la funzione di vigilanza della Banca d'Italia, rilevano in particolare non solo gli obblighi di segnalazione imposti dalla disciplina di

(14) Cfr. l'art. 5 del testo unico.

(15) L. DONATO; D. MASCIANDARO, *op. cit.*, p. 20.

(16) B. BIANCHI, *Il ruolo della Banca d'Italia nel contrasto al riciclaggio*, intervento alla Conferenza Internazionale di Courmayeur, 20 giugno 1994, Banca d'Italia, *Documenti*, n. 453, p. 6; L. DONATO, D. MASCIANDARO, *op. cit.*, p. 20.

(17) In tal senso cfr. C. BARBAGALLO, A. GUMINA, *op. cit.*, p. 110 e ss.; L. FERRAJOLI, *La legge bancaria arma contro l'usura*, in *Il Sole 24 Ore*, 18 gennaio 1995.

contrasto al riciclaggio, ma anche le norme del testo unico bancario che consentono il controllo sulla qualità dei partecipanti alle banche, quelle che disciplinano gli intermediari finanziari, le regole in materia di informazione e trasparenza, le norme penali che tutelano la corretta erogazione del credito e quelle che consentono la repressione dell'abusivismo bancario e finanziario.

3.2. *La disciplina di contrasto al riciclaggio*

Non è possibile, in questa sede, esaminare dettagliatamente le disposizioni vigenti per la lotta al riciclaggio dei capitali di provenienza illecita. Deve però certamente ricordarsi il recente ampliamento del campo di applicazione della norma sul reato di riciclaggio, che comprende ora, ai sensi dell'art. 648-*bis* cod. pen., come modificato con la legge 9 agosto 1993, n. 328, di ratifica della Convenzione di Strasburgo, tutti i delitti non colposi e non più solo la rapina aggravata, l'estorsione aggravata, il sequestro di persona e il traffico di stupefacenti.

La modifica della norma accresce il ruolo della collaborazione richiesta dalla legge n. 197 del 1993 agli intermediari, i quali debbono prestare attenzione a tutti i rapporti con la clientela, e individuare, con le capacità professionali che li caratterizzano, ogni elemento di anomalia delle operazioni, senza più limitazioni riferite alla presumibile natura della fattispecie criminosa. L'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette previsto dall'art. 3 della citata legge concerne infatti, nel nuovo quadro normativo, tutte le operazioni che facciano sorgere il ragionevole sospetto di una provenienza illecita dei valori trasferiti, e risulta dunque applicabile, in particolare, anche alle ipotesi riguardanti fatti di usura.

Un ulteriore rafforzamento della disciplina antiriciclaggio potrà discendere dalle integrazioni e dal coordinamento normativo previsti dall'art. 10 del disegno di legge comunitaria per il 1994, che dovrebbero, al tempo stesso, garantire una maggiore riservatezza delle segnalazioni.

3.3. *L'accresciuta intensità dei controlli*

Il criterio della sana e prudente gestione, assunto nel testo unico bancario a fondamentale parametro di riferimento delle valutazioni di vigilanza, impone tra l'altro alle banche di evitare il coinvolgimento in attività criminose. Il concetto della gestione sana e prudente riassume infatti in sé le esigenze sia di correttezza nello svolgimento degli affari e di esclusione di comportamenti devianti nella gestione delle imprese, sia di rispetto delle regole di efficienza e di contenimento dei rischi eccessivi o anomali. Ciò a garanzia della stabilità degli intermediari e dell'intero sistema finanziario.

Assume poi particolare rilievo la sottoposizione ad autorizzazione della Banca d'Italia delle acquisizioni di partecipazioni qualificate al capitale delle banche. Il potere autorizzatorio è volto a consentire la verifica della permanenza di condizioni atte a salvaguardare la gestione sana e prudente dell'impresa bancaria interessata: in relazione a tale scopo, la Banca d'Italia valuta la qualità dei soggetti che intendono acquisire la partecipazione, e nega l'autorizzazione qualora non sia garantita l'adeguatezza di tali soggetti sotto il profilo indicato.

È così possibile identificare tempestivamente, con la collaborazione di altre autorità pubbliche, le situazioni in cui soggetti coinvolti in vicende criminali promuovano la costituzione di una società bancaria o acquisiscano partecipazioni significative al capitale della stessa, allo scopo di conseguire il controllo asservendola alle attività illecite, o comunque di condizionarne l'operatività.

3.4. *La disciplina degli intermediari finanziari*

Le società finanziarie esercenti attività di finanziamento, in passato moltiplicatesi a ritmi incontrollati, hanno rappresentato un canale privilegiato per l'esercizio di attività usuarie, potendo operare da una parte come centri di confluenza di capitali di provenienza illecita e dall'altra come distributori degli stessi attraverso l'erogazione di crediti a tassi usurari (18). Ciò, tra l'altro, ha indotto anche il legislatore penale ad introdurre per il reato di usura (con l'art. 11-*quinquies* del d.l. n. 306 del 1992) una specifica aggravante per l'ipotesi in cui i fatti siano commessi nell'esercizio di attività finanziaria. Una efficace azione di prevenzione del fenomeno non può dunque prescindere dalla sottoposizione a regolamentazione ed a controlli adeguati di tali intermediari.

Questo obiettivo è stato perseguito attraverso disposizioni che hanno progressivamente regolato aspetti diversi dello svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria, e che sono state, da ultimo, riunite e coordinate nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia.

Sulla base del principio che lo svolgimento delle attività finanziarie è riservato alle figure soggettive previste dalla legge, questi interventi normativi hanno determinato l'inclusione nell'ambito degli intermediari vigilati di un numero via via crescente di soggetti operanti nel campo dell'intermediazione finanziaria. Per ciascuno di tali soggetti sono state fissate regole di accesso al mercato, con la prescrizione di un capitale minimo, la previsione di requisiti di professionalità ed onorabilità degli esponenti; per alcuni di essi sono previsti requisiti di affidabilità della struttura e di trasparenza della proprietà, il rispetto di coefficienti patrimoniali.

Nei confronti delle diverse categorie di intermediari, la vigilanza si esplica in maniera graduata, in relazione alla rilevanza dell'attività esercitata: le banche, in ragione dell'entità e della particolare natura delle loro passività, che determinano un alto rischio sistemico, sono soggette a regole, controlli ed adempimenti finalizzati a garantire l'esistenza dei presupposti per una corretta gestione. Per l'esercizio dell'attività è richiesto un capitale minimo, più elevato di quello stabilito per gli altri intermediari, la presentazione di un programma di attività e l'esistenza di una idonea struttura organizzativa.

Gli intermediari finanziari non bancari maggiormente rilevanti per l'attività svolta e le dimensioni sono iscritti in un elenco speciale tenuto dalla Banca d'Italia e sono sottoposti ad una vigilanza modellata su quella delle banche, anche se meno intensa (art. 107, commi 2, 3 e 4 del testo unico), che comprende in particolare l'imposizione di obblighi informativi e l'assoggettamento al potere ispettivo della Banca d'Italia; gli altri intermediari finanziari, infine, non sono sottoposti a vigilanza prudenziale, ma solo a limitate forme di controllo, volte esclusivamente a verificare la permanenza dei requisiti che ne consentono l'iscrizione nell'elenco tenuto dall'Ufficio Italiano Cambi (art. 106, comma 6, del testo unico).

L'attuale disciplina dell'intermediazione finanziaria, con l'inclusione delle società finanziarie tra le imprese soggette a regolamentazione e a vigilanza, dovrebbe evitare episodi di usura nell'ambito delle finanziarie iscritte, specie nel caso in cui i controlli siano più penetranti (ex art. 107 del testo unico); le finanziarie non inquinate da infiltrazioni criminali dovrebbero essere spinte ad acquisire visibilità e ad assoggettarsi ai controlli, onde evitare le sanzioni previste per l'attività abusiva (19).

(18) A. TADDEO, *op. cit.*, p. 8.

(19) Cfr. in proposito il successivo paragrafo 6. Sulla "tipizzazione" degli intermediari, L. DONATO, D. MASCIANDARO, *op. cit.*, p. 23 e s.

3.5. *Gli obblighi di informazione e trasparenza*

La correttezza e la regolarità dell'attività delle società erogatrici di finanziamenti viene perseguita anche, e in modo determinante, attraverso la normativa sulla trasparenza.

Quando si parla di obblighi di informazione e di trasparenza nell'ambito della disciplina degli intermediari bancari e finanziari ci si riferisce, in realtà, a due ipotesi ben diverse. In primo luogo, si intende considerare la trasparenza degli intermediari nei confronti delle autorità di vigilanza, con riferimento agli obblighi informativi in tema di assetti proprietari, requisiti degli amministratori e dei dirigenti. Funzionale all'esercizio dei poteri di vigilanza è infatti la conoscibilità da parte delle autorità di controllo degli atti e delle situazioni rilevanti che interessano i soggetti vigilati. Tale conoscibilità, che è assicurata da apposite disposizioni, consente tra l'altro, come si è già ricordato, di evitare che soggetti criminali costituiscano un'impresa bancaria o se ne impadroniscano successivamente.

Parallelamente alle norme sulla trasparenza nei confronti delle autorità di supervisione, vengono in rilievo le norme che pongono obblighi di informazione nei confronti del pubblico, sul cui rispetto vigilano le autorità stesse. Infatti, con l'accentuazione delle regole che ha accompagnato la liberalizzazione dei mercati, l'ambito dei controlli è stato tendenzialmente esteso anche ai rapporti tra impresa e consumatore, nella consapevolezza che anche la correttezza, insieme alla stabilità, costituisce un fattore di equilibrio del mercato.

In particolare la legge prevede, tra le norme poste a tutela dei consumatori di prodotti finanziari, la trasparenza delle condizioni contrattuali stabilite dagli intermediari nei confronti dei clienti. La Banca d'Italia ha specifici poteri in materia, potendo acquisire informazioni, atti e documenti ed eseguire ispezioni.

Il mancato rispetto dei principi sulla trasparenza implica anche conseguenze di tipo civilistico. L'art. 117 del testo unico bancario prevede la nullità dei contratti non redatti per iscritto e l'applicazione automatica di tassi determinati in base all'andamento dei titoli di Stato in caso di mancata indicazione scritta del tasso praticato. Gli artt. 124 e 126 del medesimo testo unico estendono la sanzione della nullità ai contratti di credito al consumo. Gli intermediari debbono pubblicizzare il tasso annuo effettivo globale (TAEG), che costituisce il costo complessivo del credito a carico del consumatore, su base annua.

Occorre osservare, tuttavia, che questi presidi rappresentano solo una limitata tutela nei confronti di rapporti usurari, in quanto l'accordo usurario prescinde normalmente da ogni formalizzazione (il che, tra l'altro, rende particolarmente ardua la prova delle condizioni effettivamente praticate); essi non hanno, poi, alcuna efficacia con riferimento ai crediti concessi a condizioni usurarie da intermediari abusivi.

In quest'ultima ipotesi, soccorrono le norme del codice civile, tra cui l'art. 1815, comma 2, che prevede l'applicazione del tasso legale in luogo del tasso usurario eventualmente pattuito, nonché l'art. 1284, comma 3, che ugualmente prevede l'applicazione del tasso legale in caso di mancata determinazione per iscritto della misura degli interessi.

Può osservarsi inoltre che l'informazione degli utenti dei servizi finanziari dovrebbe essere maggiormente garantita con riferimento non solo alla trasparenza delle condizioni contrattuali. Così ad esempio, allo scopo di combattere l'abusivismo, sarebbe opportuno che tutti gli intermediari fossero sempre chiaramente identificabili: sarebbe dunque auspicabile un'estensione agli intermediari finanziari dell'obbligo, previsto per le banche dall'art. 13 del testo unico, di indicare in tutti gli atti e comunicazioni il numero di iscrizione all'albo.

Potrebbe inoltre prevedersi, quale sanzione per gli intermediari inadempienti agli obblighi di correttezza e trasparenza, che i comportamenti contrari alle regole siano resi pubblici. L'informazione alla clientela sui comportamenti irregolari potrebbe, infatti, rappresentare per essi un efficace strumento di dissuasione.

3.6. *Le norme penali sulla concessione di credito*

Gli obblighi di segnalazione delle operazioni sospette previsti dall'art. 3 della legge n. 197 del 1991 possono essere un utile mezzo per l'individuazione di soggetti che praticano l'usura, con riferimento alle operazioni bancarie previste dalla legge stessa (che non comprendono, peraltro, la concessione del credito). Per l'ipotesi in cui l'usuraio si rivolga alla banca affinché questa finanzi la sua attività, è applicabile invece l'art. 137 del testo unico bancario, che ha introdotto il reato di falso interno (20), specificamente volto a colpire i comportamenti degli amministratori, dirigenti e dipendenti bancari che, nell'attività concernente la concessione o l'istruttoria degli affidamenti, consapevolmente omettono di segnalare dati e notizie concernenti l'attività dell'affidando o si avvalgono di dati e notizie falsi, inducendo in errore gli organi deliberanti o di controllo della banca.

Il medesimo articolo punisce anche, con una previsione che risale alla legge bancaria del 1936, il cliente che, indipendentemente dal coinvolgimento di soggetti interni alla banca, si fa concedere credito sulla base di dati falsi riguardanti la sua attività o la sua situazione (c.d. mendacio bancario).

3.7. *La repressione dell'abusivismo*

La disciplina speciale dell'intermediazione bancaria e finanziaria è completata dal regime penale dell'abusivismo.

3.7.1. *L'abusivismo bancario*

Il divieto di svolgimento di attività bancaria per i soggetti non autorizzati preesisteva, come è noto, al recente testo unico: si tratta infatti di una condotta che è sempre stata vietata, e che anzi è stata per la sua pericolosità nuovamente ritenuta meritevole di sanzione penale (21).

I confini dell'attività vietata sono stati peraltro meglio delineati recentemente grazie alla normativa secondaria di attuazione dell'art. 11 del testo unico bancario relativa alle ipotesi ammesse di raccolta del risparmio. Si tratta di una materia apparentemente distante dal tema dell'usura, che riguarda il versante dell'attività di erogazione del credito e non quello della raccolta. Ma, a ben vedere, nella normativa in questione emergono importanti elementi di connessione con l'argomento ora in esame.

Occorre ricordare preliminarmente che il divieto di svolgimento dell'attività bancaria da parte dei soggetti non autorizzati è stato spesso eluso in passato dalle società cooperative mediante il ricorso alla raccolta del risparmio nell'ambito della compagine sociale.

Ciò in quanto l'art. 2520 cod. civ., stabilendo che la variazione del numero e delle persone dei soci non importa modificazione dell'atto costitutivo, configura il contratto di so-

(20) In proposito cfr. C. BARBAGALLO, A. GUMINA, *op. cit.*, p. 112.

(21) La ripenalizzazione è stata operata con l'art. 29 della legge 19 marzo 1990, n. 55; cfr. ora l'art. 131 del testo unico bancario.

cietà cooperativa come un contratto aperto: per tale loro caratteristica strutturale, le cooperative si prestano dunque a consentire l'ingresso, con estrema facilità, di un numero di soci vasto e potenzialmente illimitato, sicché la raccolta effettuata tra i soci equivale, in realtà, a raccolta del risparmio tra il pubblico (22).

In sostanza, la struttura mutualistica di queste società non è altro che un mezzo per la raccolta dei capitali: l'assenza di ogni controllo sull'operatività "bancaria" di tali soggetti può, poi, renderli facile strumento di attività illegali, consentendo, in particolare, il reinvestimento delle somme raccolte tra i soci in prestiti usurari (23).

La delibera del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio del 3 marzo 1994, adottata su proposta della Banca d'Italia, e le successive istruzioni applicative della Banca d'Italia stessa, nell'individuare le ipotesi di deroga al generale divieto di raccolta di fondi rimborsabili da parte di soggetti non bancari previsto dalla legge, hanno escluso la possibilità di operare la raccolta tra i soci per le società cooperative svolgenti attività di finanziamento (attività che, se congiunta alla raccolta del risparmio, è riservata alle banche).

È stata così esplicitamente affermata l'inammissibilità di un sistema di intermediazione creditizia alternativo rispetto a quello bancario e, quel che è peggio, affidato ad intermediari non soggetti ai controlli previsti per la tutela del risparmio. D'altra parte, la presenza di tali intermediari non appare giustificata né dal loro radicamento in piccoli centri, dal momento che nulla limita attualmente la libertà di sportello delle banche autorizzate o la costituzione di nuove banche di credito cooperativo, né dall'economicità del servizio offerto, considerato che l'abbattimento dei costi si accompagna alla carenza di controlli interni e di strutture (il che si traduce, poi, in mancanza di garanzie per i depositanti e in scarsa professionalità e scarsa trasparenza per i prenditori di credito).

In definitiva, le c.d. "casche di mutualità", lungi dal rappresentare una valida difesa contro il fenomeno dell'usura, ne possono costituire un agevole canale di realizzazione. Ciò tanto più che la forma societaria utilizzata, le operazioni svolte, e le stesse denominazioni adottate sono tali da ingenerare spesso, negli inconsapevoli clienti, l'erroneo convincimento di una loro piena equiparazione alle imprese bancarie cooperative autorizzate.

3.7.2. *L'abusivismo finanziario*

Il testo unico bancario ha introdotto, coordinando e completando diverse precedenti norme incriminatrici, una generale figura di reato per chiunque eserciti attività finanziaria senza essere iscritto nell'elenco tenuto dall'Ufficio italiano dei cambi (art. 132).

Le attività finanziarie il cui esercizio abusivo è sanzionato comprendono in particolare, ai sensi dell'art. 106 dello stesso testo unico, le attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma. La norma incriminatrice costituisce dunque un fondamentale strumento di repressione dell'impresa illegale che concede credito, anche ove questa sia gestita da una persona fisica.

La possibilità di ricorrere, per tutte le fattispecie di usura, alla sanzione per abusiva attività finanziaria appare particolarmente importante, soprattutto in considerazione delle difficoltà probatorie che l'attuale disciplina del reato di usura presenta. In ogni caso, come

(22) Cass., SS.UU. civili, 25 marzo 1988, n. 2579, *Banca, borsa, tit. cred.* 1989, II, p. 7; Cass., sez. V pen., 12 novembre 1993, n. 828, *Cass. penale* 1994, p. 1341.

(23) A. CAPERNA, L. LOTTI, *op. cit.*, p. 78, con riferimento alle società di fatto a genesi mutualistica.

già qualche autore ha fondatamente osservato (24), non sussistono dubbi sulla possibilità di un concorso tra le due norme incriminatrici, tenuto conto che esse tutelano interessi diversi. Il bene protetto viene infatti identificato, per il delitto di usura, nell'inviolabilità del patrimonio, secondo la teoria tradizionale o, secondo altre opinioni, nella libera determinazione dei soggetti nei rapporti negoziali (25); mentre è invece rappresentato, per l'abusivismo, dalla stabilità e dall'efficienza del mercato finanziario. Può dunque considerarsi non operante, nella fattispecie, il principio di specialità.

Più in generale, deve osservarsi che la disciplina dell'abusivismo ha un'importanza strategica nella repressione dell'attività criminale. È da considerare infatti che di norma l'intermediario abusivo ha interesse ad agire in assenza di autorizzazione non tanto per la difficoltà di conseguire i requisiti richiesti dalla legge, ma proprio al fine di mantenersi in una condizione di "opacità" rispetto alle autorità competenti e di sottrarsi ai controlli (26), onde poter svolgere le sue attività illecite (come l'usura) senza ricorrere a più rischiose tecniche di mascheramento.

L'abusivismo finanziario costituisce quindi un campo privilegiato per lo sviluppo di tutte le attività illecite in qualche modo connesse con l'erogazione del credito (27): di ciò sono ben consapevoli le autorità di vigilanza, che non hanno mancato di sottolineare come "le attività abusive producono effetti distorsivi sulla concorrenza e possono costituire il terreno di coltura di altre attività criminose, quali il riciclaggio e l'usura" (28).

Tuttavia, appare al tempo stesso evidente che i soli meccanismi di repressione dei casi di abusivismo non sono sufficienti ad eliminare il fenomeno dell'usura: è necessario innanzitutto evitare che i soggetti bisognosi di credito si rivolgano ad intermediari non autorizzati. Per questo motivo assumerebbero rilievo iniziative legislative che si proponessero di intervenire sul piano non solo della repressione ma anche della prevenzione, introducendo a tal fine strumenti adeguati.

4. L'attività di vigilanza e la collaborazione con l'autorità giudiziaria

4.1. Le imprese bancarie e l'usura

L'azione delle autorità creditizie non si limita, ovviamente, al solo momento della produzione ed applicazione delle norme, ma si esplica anche, ed anzi in primo luogo, nella concreta attività di vigilanza sugli intermediari sottoposti al loro controllo.

Come già osservato, gli intermediari bancari e finanziari autorizzati possono trovarsi nella situazione di divenire strumento, consapevole o inconsapevole, di attività illecite.

Si consideri che l'usuraio, almeno in una delle fasi della sua attività, inevitabilmente entra in rapporto con una banca. Questo rapporto può riguardare il momento della provvi-

(24) A. CAPERNA, L. LOTTI, *op. cit.*, p. 85 e s.; L. FERRAJOLI, *op. cit.*.

(25) Cfr. al riguardo P. DE ANGELIS, *Usura*, Enc. giur. Treccani; C.F. GROSSO, *Usura (dir. pen.)*, Enc. dir. vol. XLV, Milano 1992, 1147 e s.

(26) L. DONATO, D. MASCIANDARO, *op. cit.*, p. 22 e s.

(27) G. MUSIO, *op. cit.*, p. 14.

(28) V. DESARIO, audizione innanzi alla Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali, Roma, 7 ottobre 1994, in Banca d'Italia, *Documenti*, n. 458, p. 18.

sta dei fondi da destinare alla sua attività, con la richiesta di un affidamento apparentemente non giustificato in base all'attività economica "ufficiale" (sempre che ve ne sia una) del richiedente, ovvero la fase della smobilizzazione degli effetti cambiari e degli assegni ricevuti dagli usurati, che vengono presentati alla banca per essere scontati, o ancora il deposito o l'investimento dei proventi dell'attività usuraria, e la successiva movimentazione del conto in relazione alla concessione di nuovi finanziamenti.

Il ruolo dell'eventuale dipendente di banca connivente, poi, può consistere non solo nel rifiutare il credito bancario e mettere al tempo stesso in contatto la vittima con l'usuraio, ma anche nel trasmettere a quest'ultimo utili notizie sulle condizioni patrimoniali del potenziale usurato, avvalendosi dei dati in suo possesso in ragione della sua attività lavorativa. Anche le informazioni bancarie, dunque, possono essere piegate al servizio di intermediari illegali.

Si tratta, è opportuno ripeterlo, di fenomeni specifici di devianza, che sono tuttavia espressione di una patologia che richiede interventi immediati e decisi in primo luogo da parte degli stessi intermediari bancari.

Questi ultimi hanno certamente interesse a combattere il fenomeno dell'usura, sia onde evitare che la correttezza, la professionalità, la reputazione della categoria vengano messe in discussione, sia soprattutto per contrastarne gli effetti negativi sulla loro efficienza e stabilità. Anch'essi sono, in un certo senso, annoverabili tra le vittime dell'usura, non solo per il rischio di coinvolgimento delle loro strutture periferiche, che può causare, oltre alla perdita di reputazione, ingenti danni patrimoniali all'impresa, ma anche perché danneggiati, sotto il profilo della concorrenza, dalle prassi operative e dalle politiche dei prezzi applicate dagli usurai e dagli intermediari abusivi in genere, che non rispondono certo ad una logica di mercato.

Le banche possono, d'altra parte, svolgere indubbiamente un ruolo importante nella lotta all'usura: in particolare, la diffusione degli sportelli anche nelle piazze minori, e soprattutto la presenza di numerose banche locali, consentono di offrire sostegno finanziario alle categorie delle famiglie e delle piccole imprese, la cui situazione e le cui potenzialità non rappresentano un'incognita per intermediari fortemente radicati nel territorio (29). Occorre peraltro ricordare che, al tempo stesso, le piccole banche sono anche le più esposte alle infiltrazioni della criminalità organizzata, la quale, come già ricordato, può essere fortemente interessata a conseguire il controllo delle istituzioni finanziarie presenti nella sua zona di influenza (30).

4.2. *L'opera di sensibilizzazione degli intermediari*

Già la Relazione del Governatore all'Assemblea dei partecipanti del 31 maggio 1994 poneva l'accento sulle dimensioni preoccupanti assunte dall'usura e sul maggior grado di sofisticazione delle forme in cui il fenomeno andava manifestandosi, e sottolineava come la reazione dell'ordinamento debba evitare di limitarsi alla repressione penale, per considerare anche il momento della prevenzione (31).

(29) A. AZZI, *op. cit.*, p. 380 e s.

(30) C. A. CIAMPI, audizione innanzi alla Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della mafia, 18 dicembre 1985.

(31) Banca d'Italia, *Relazione del Governatore sull'esercizio 1993*, p. 344.

Successivamente, in occasione dell'audizione presso la Commissione parlamentare antimafia del 7 ottobre 1994, il Governatore ed il Vice Direttore Generale della Banca d'Italia, dopo aver affermato l'opportunità di impostare la lotta contro la criminalità finanziaria partendo da una visione globale dei fenomeni illegali (usura, abusivismo, riciclaggio), hanno dedicato specifica attenzione all'usura, sintetizzando le iniziative già assunte e quelle in via di realizzazione.

È stato in quell'occasione ricordato, in particolare, come la Banca d'Italia abbia avviato una serie di approfondimenti sui profili economici e giuridici dell'usura, volti ad individuare i punti deboli dell'ordinamento e del sistema finanziario, che abbiano potuto favorire l'espansione del fenomeno. Ciò in relazione sia al momento dell'offerta di credito, con riferimento ai motivi che impediscono a coloro che si rivolgono agli usurai di accedere direttamente ai finanziamenti bancari, sia alle difficoltà e ai tempi lunghi propri della fase del recupero delle somme erogate da parte delle banche e degli intermediari finanziari (32).

Nei confronti delle banche, la Banca d'Italia ha operato, nel giugno del 1994, uno specifico intervento di sensibilizzazione, rivolgendosi anche alle Associazioni di categoria (33).

Nella sua comunicazione, la Banca d'Italia ha osservato che il fenomeno dell'usura ha ormai assunto dimensioni preoccupanti, per i suoi effetti devastanti sulle vittime del reato, per la sua attitudine a favorire l'ingresso della criminalità organizzata nel sistema economico legale, e per le conseguenze negative sul funzionamento dei mercati finanziari.

Ciò premesso, sono state ricordate le principali novità nel campo degli strumenti normativi per la lotta all'usura, richiamando in particolare l'introduzione della fattispecie della c.d. "usura impropria", l'ampliamento del novero dei reati-base del riciclaggio, la sottoposizione a vigilanza di tutti gli intermediari, la fissazione di precise regole di accesso al mercato del credito.

La comunicazione ha invitato quindi le banche a partecipare attivamente alla lotta all'usura, sollecitando un loro intervento attraverso una serie di indicazioni operative. Si è chiesto loro, in particolare, di:

- a) sensibilizzare la clientela sui rischi rivenienti dal ricorso a soggetti non legittimati allo svolgimento dell'attività di finanziamento;
- b) attivare meccanismi di controllo interno per evitare forme di sostegno a fatti di usura da parte dei dipendenti;
- c) verificare che i finanziamenti richiesti siano giustificati dalla situazione economico-finanziaria della clientela, laddove possa presumersi un utilizzo delle disponibilità ricevute in attività finanziarie illegali.

Sugli stessi temi la Banca d'Italia è tornata, nel novembre 1994, in occasione della riedizione del documento contenente "Indicazioni operative per la segnalazione di operazioni sospette", meglio conosciuto come "Decalogo bis". Sottolineato l'ampliamento della fattispecie di riciclaggio in relazione alla quale gli operatori sono tenuti a collaborare, che comprende ora anche l'usura, il "Decalogo bis" ha evidenziato come la nuova disciplina valorizzi le capacità professionali e il patrimonio informativo degli intermediari, richiedendo loro di valutare e selezionare la clientela anche con specifico riferimento alle potenziali attività illecite della stessa.

(32) V. DESARIO, *op. cit.*, p. 23.

(33) In proposito cfr. L. DONATO, D. MASCIANDARO, *op. cit.*, p. 29.

La casistica delle operazioni che possono destare sospetto è stata maggiormente articolata, il che dovrebbe renderne più agevole l'utilizzazione da parte degli intermediari (34), nonché integrata con la previsione di uno specifico indice sintomatico dell'esistenza di un rapporto usurario, attraverso il riferimento ai conti che denotano una operatività non correlata all'attività svolta dal cliente.

La previsione intende riferirsi a quelle situazioni in cui, ad esempio, sia frequente il versamento di assegni o la presentazione allo sconto di effetti rilasciati da nominativi ricorrenti e per importi costanti, da parte di soggetti che non siano intermediari finanziari operanti nel campo della concessione di finanziamenti, o che comunque non svolgano attività economiche tali da giustificare operazioni della specie.

Questo indice di anomalia dovrebbe rivelarsi efficace anche nei confronti dell'usuraio prudente, che non opera con un unico conto ed un'unica banca, perché prende in considerazione tutte le operazioni comunque ricorrenti.

A tale specifico indice se ne aggiungono altri (quali quelli relativi ai rilevanti versamenti e prelevamenti di contante privi di giustificazione in relazione alle attività note del cliente, ai conti utilizzati per ricevere o versare ingenti somme non giustificate dall'attività del cliente) che, sebbene più generici, possono essere ugualmente di ausilio nell'individuare operazioni sintomatiche di attività usuarie.

La collaborazione attiva richiesta agli intermediari in adempimento dell'obbligo di segnalazione delle operazioni che essi sospettano effettuate con proventi di reati riveste un ruolo centrale, se solo si considerano le asimmetrie esistenti tra il patrimonio informativo che gli intermediari stessi posseggono e le informazioni che sono disponibili da parte delle autorità (35). Va sottolineato al riguardo come l'accresciuta attenzione richiesta non debba essere considerata dalla banca un costo, ma piuttosto un vantaggio, perché consente una migliore valutazione della clientela ed evita i rischi di coinvolgimento dell'impresa.

È infatti vero che un rafforzamento dei controlli interni può contrastare l'usura attraverso il blocco delle concessioni di credito a coloro che non siano in grado di dimostrarne la coerenza con le attività economiche dichiarate, così come un monitoraggio dell'andamento della relazione creditizia e della movimentazione dei conti può rendere evidente la rete di rapporti tra "soci in affari" e clientela del soggetto esercente l'usura. Ma è altrettanto vero che, attraverso tali controlli, la banca può salvaguardare la propria stabilità e la propria immagine, in quanto viene posta in grado di evitare le conseguenze patrimoniali, penali e di perdita di reputazione che un coinvolgimento in fatti di usura può causare.

Le regole previste dal c.d. "Decalogo" suggeriscono agli intermediari una condotta pienamente corrispondente alle indicazioni sui comportamenti degli operatori economici fornite nel 1993 dalla Commissione parlamentare Antimafia, con un documento che evidenziava proprio l'opportunità di una partecipazione attiva e responsabile di tutti i soggetti interessati, per affermare una cultura della legalità nella quale la violazione delle regole fosse percepita come un disvalore (36).

(34) Sottolinea la conseguente riduzione dei costi applicativi D. MASCIANDARO, *Allo sportello un ruolo decisivo*, in *Il Sole 24 Ore*, 25 novembre 1994.

(35) L. DONATO, D. MASCIANDARO, *op. cit.*, p. 31, 38 e ss.

(36) Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali similari, *Indicazioni per un' economia libera dal crimine*, in *Economia e criminalità*, cit., p. 347.

Il documento citato sottolineava, tra l'altro, anche l'utilità dell'adozione esplicita e trasparente di regole di comportamento da parte degli operatori allo scopo di favorire prassi operative ispirate a principi di correttezza e valide ad isolare comportamenti individuali devianti (37).

4.3. *L'attività ispettiva e la collaborazione con l'autorità giudiziaria*

È possibile che ipotesi di coinvolgimento di intermediari in fatti di usura emergano nel corso delle ispezioni presso i soggetti vigilati compiute periodicamente da funzionari della Banca d'Italia.

Il criterio della sana e prudente gestione impone che, nell'esercizio della vigilanza ispettiva, siano sottoposti ad analisi tutti gli aspetti organizzativi e gestionali delle banche, ivi comprese le misure adottate per evitare coinvolgimenti in attività criminose. Nell'ambito di tali indagini, le verifiche sull'andamento dei rapporti creditizi possono condurre all'individuazione di specifici episodi di usura, che, in relazione alle previsioni dell'art. 7 del testo unico bancario, e con il rispetto delle procedure interne previste, divengono oggetto di denuncia all'autorità giudiziaria da parte del Governatore della Banca d'Italia.

La collaborazione della Banca d'Italia con le altre autorità interessate alla repressione del fenomeno dell'usura assume tuttavia molteplici altri aspetti.

Una forma indiretta di collaborazione è rappresentata, ad esempio, dalla rilevazione dei tassi di mercato, di cui si avvalgono spesso i magistrati, come parametro di riferimento, nei procedimenti penali relativi a fatti di usura. Detti tassi, pubblicati periodicamente sul Bollettino economico del Servizio Studi della Banca d'Italia, si riferiscono alla media dei tassi di mercato praticati da un campione di banche, e vengono rilevati trimestralmente, su base regionale, distinti in relazione alla tipologia dell'operazione tecnica utilizzata (apertura di credito, sconto, ecc.), all'importo del finanziamento cui accedono ed alla categoria economica di appartenenza dei soggetti finanziati.

Una forma di collaborazione diretta con l'autorità giudiziaria è costituita invece dalla risposta alle richieste di informazioni rivolte alla Banca d'Italia in occasione di procedimenti penali. In queste ipotesi, non opera infatti l'obbligo del segreto d'ufficio che è imposto, con una previsione alquanto stringente, dall'art. 7 del testo unico bancario, e che copre tutti i dati e le notizie in possesso della Banca d'Italia in ragione delle sue funzioni di vigilanza.

La Banca d'Italia fornisce inoltre il suo ausilio ai giudici penali mettendo a loro disposizione propri funzionari per l'espletamento di perizie e consulenze tecniche nei procedimenti di usura. Il problema principale di tali indagini è rappresentato, frequentemente, dalla ricostruzione contabile dei rapporti intercorsi tra usuraio e vittima (38). È infatti generalmente del tutto assente, e non a caso, ogni documentazione contabile, il che rende arduo ricostruire le singole operazioni ed i tassi effettivamente applicati. Spesso il denunciante non è in grado di offrire all'autorità giudiziaria alcuna collaborazione in proposito, considerato che le condizioni del prestito vengono di volta in volta e del tutto unilateralmente determinate dall'usuraio; si rende quindi necessario l'apporto di tecnici qualificati.

(37) *Indicazioni per un'economia libera dal crimine*, in *Economia e criminalità*, cit., p. 352 e s.

(38) A. TADDEO, *op. cit.*, p. 3.

5. Ipotesi di una nuova disciplina in materia di usura

Si è già accennato che la modifica delle norme penali sull'usura attuata con l'art. 11-*quinquies* della legge n. 356 del 1992 (sostanziatasi nell'introduzione di un'aggravante per l'ipotesi che i fatti di usura e di mediazione usuraia siano commessi nell'esercizio di un'attività professionale o di intermediazione finanziaria, e nell'introduzione del reato di usura impropria) ha suscitato perplessità, sia per la duplice competenza giurisdizionale prevista, sia perché la considerazione dello stato di "difficoltà economica o finanziaria" del soggetto usurato nella fattispecie dell'usura impropria rende ora problematica quella interpretazione evolutiva del concetto di "stato di bisogno" che in passato la giurisprudenza aveva seguito nell'applicazione dell'art. 644 cod. pen.

Sono state, quindi, in epoca successiva presentate ulteriori proposte di legge, tra cui, in particolare, il d.d.l. n. 1242/C, approvato con modificazioni dalla Camera e attualmente all'esame del Senato con il numero 987/S. Tale disegno di legge unifica le due fattispecie di usura ed introduce la previsione di un'aggravante nell'ipotesi di applicazione di un tasso pari ad otto volte il tasso di sconto.

Con riferimento all'attuale testo del disegno di legge, è certamente condivisibile la scelta di non condizionare la sussistenza del reato di usura all'esistenza dello stato di bisogno della vittima e di ampliare la nozione di utilità usuraria comprendendovi tutte le modalità di aggressione dei beni delle vittime.

Possono però esprimersi dubbi sull'individuazione per legge del tasso individuato come "abnorme" ai fini dell'applicazione dell'aggravante.

È vero che la previsione concerne solo l'eventuale aumento di pena, e non limita la libertà del giudice di configurare il reato anche in presenza di tassi inferiori; così come è vero che l'attuale riferimento operato dal codice penale a interessi e vantaggi "usurarii" dei quali manca una definizione normativa può suscitare problemi interpretativi. Non bisogna tuttavia dimenticare che il ricorso a concetti il cui concreto contenuto deve essere enucleato in sede di interpretazione non è infrequente nell'ordinamento: appartengono a questa categoria le nozioni di correttezza e buona fede, di comune sentimento del pudore o, per rimanere nell'ambito della legislazione bancaria, lo stesso concetto di sana e prudente gestione. In tutti questi casi, l'individuazione dei limiti di applicabilità della previsione viene affidata dalla legge alla cultura giuridica ed alla sensibilità sociale di coloro che hanno il compito di interpretare ed applicare la norma, senza che sia avvertita l'esigenza di più puntuali e rigide specificazioni (39).

L'introduzione di una presunzione assoluta di usurarietà, con l'individuazione per legge di un tasso usurario fisso e predeterminato, potrebbe determinare effetti controproducenti sotto molteplici profili, in quanto favorirebbe fenomeni elusivi e rischierebbe di ostacolare la possibilità di colpire quelle situazioni in cui più operazioni, delle quali alcune con tassi inferiori alla soglia predeterminata, si intrecciano configurando comunque, complessivamente considerate, un unico rapporto di tipo usurario.

(39) La Corte di cassazione, sez. II penale, con sentenza n. 1444 del 26 giugno 1990 (la cui massima è pubblicata in *Cass. penale*, 1992, p. 2758), ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 644 cod. pen. sollevata per l'asserita indeterminatezza della previsione, in quanto, pur non contenendo la norma alcuna previsione sulla natura usuraria degli interessi, è evidente che il giudice debba riferirsi in proposito alla nozione comune, che li individua in quelli notevolmente superiori agli interessi di regola corrisposti per prestazioni similari.

Deve osservarsi infatti che, in primo luogo, in presenza di un tasso predeterminato, si svilupperebbero agevolmente tecniche di elusione della norma: a tal fine, basterebbe all'usuraio predisporre scritture private da cui risulti un tasso inferiore a quello effettivo o un finanziamento di importo superiore a quello realmente erogato, così da giustificare la misura degli interessi pretesi, o ricorrere a tecniche di frazionamento del finanziamento, o ancora richiedere, accanto alla corresponsione degli interessi in misura non superiore alla soglia prevista dalla legge, prestazioni di altro genere (40).

In secondo luogo, la necessità di dimostrare l'applicazione di un determinato tasso costringerebbe le vittime a ricostruire operazioni che spesso presentano, per l'accavallarsi dei rinnovi ed il mutare delle condizioni praticate, aspetti di complessità tali da renderle difficilmente leggibili anche per i tecnici incaricati delle perizie.

Infine, ove il tasso venga fissato in una misura che si riveli troppo bassa rispetto all'andamento dei tassi di mercato, l'applicazione della norma rischierebbe di determinare l'espulsione dal mercato legale del credito di quelle società finanziarie che, accettando di finanziare clientela marginale per importi contenuti, praticano però, considerato l'alto rischio assunto, un TAEG elevato, che verrebbe ad essere incluso nella soglia di presunzione di usurarietà.

La soluzione di prevedere un tasso stabilito non in misura fissa, ma con riferimento a determinati indici presenta, d'altra parte, il problema della necessità di individuare un parametro adeguato. Tale potrebbe essere, più che il tasso ufficiale di sconto (41), che è pur sempre frutto di una determinazione in via amministrativa, un indice elaborato sulla base dell'andamento dei tassi di mercato, rilevati dalla Banca d'Italia.

In ogni caso, occorre considerare comunque che l'usura non è riducibile alla mera applicazione di un tasso elevato. Rilevano, infatti, complessivamente, anche le stesse modalità di corresponsione degli interessi (42): sono spesso previste, ad esempio, rate di soli interessi e la successiva restituzione dell'intero capitale in unica soluzione, con la conseguenza che alla scadenza il cliente, non disponendo della somma necessaria ad estinguere il debito, acconsente ad una serie rovinosa di rinnovi.

Occorre considerare, soprattutto, le rimanenti condizioni dell'accordo: questo è, del resto, quanto la stessa norma del codice penale richiede, riferendosi espressamente non solo agli interessi, ma anche agli altri "vantaggi usurari". La stipula di preliminari di vendita in favore dell'usuraio, la cessione di quote societarie o di altri beni, la consegna di deleghe per la riscossione di pensioni (43), o altre prestazioni, della più svariata natura, accessorie alla restituzione del capitale, costituiscono altrettanti dati sintomatici di un sottostante patto usuraio, ed attestano l'assoggettamento anche psicologico della vittima del reato.

Tornando all'esame del disegno di legge governativo, sembra opportuno approfondire l'analisi del previsto fondo destinato alla concessione di contributi a favore delle vittime dell'usura. Nella versione sottoposta all'esame della Camera, il disegno di legge prevedeva la costituzione di un fondo per contributi in conto interessi in favore delle vittime

(40) A. CAPERNA, L. LOTTI, *op. cit.*, p. 89; C.F. GROSSO, *op. cit.*, p. 1145.

(41) In senso contrario all'adozione come parametro del tasso ufficiale di sconto cfr. C. BARBAGALLO, A. GUMINA, *op. cit.*, p. 89; A. AZZI, *op. cit.*, p. 376.

(42) A. TADDEO, *op. cit.*, p. 3.

(43) A. TADDEO, *op. cit.*, p. 7; L. DONATO, D. MASCIANDARO, *op. cit.*, p. 28; A. CAPERNA, L. LOTTI, *op. cit.*, p. 90.

dell'usura, attivabile subordinatamente alla denuncia di queste ultime: ma, in considerazione delle critiche suscitate, relative sia all'autorità competente (che era stata individuata nel prefetto), sia all'affidamento alle banche del compito di erogare il contributo, sia infine al pericolo che la previsione, sostituendosi ingiustificatamente ai meccanismi di mercato, potesse incentivare comportamenti di *moral hazard*, la relativa disciplina è stata eliminata nel testo trasmesso al Senato (44).

Nel testo attuale del disegno di legge, il Fondo viene menzionato al solo scopo di rinviare la disciplina a provvedimenti successivi. Anche questa scelta, tuttavia, non appare condivisibile, in quanto l'efficacia delle norme repressive risulterebbe immediatamente accentuata dalla contestuale presenza di meccanismi volti a spezzare il vincolo di dipendenza della vittima dal responsabile del reato e ad incentivare le denunce da parte delle vittime. Occorrerebbe poi, in ogni caso, allo scopo di evitare denunce infondate, subordinare l'attivabilità del fondo alla formalizzazione della richiesta di rinvio a giudizio dell'usuraio.

Agli interventi *ex post* previsti dal menzionato disegno di legge andrebbero affiancati inoltre quelli volti a prevenire il ricorso al credito usuraio.

Infatti, affinché la repressione dell'usura dia effettivamente frutti, occorre agire anche – parallelamente – sul piano della prevenzione, e quindi sulla domanda che alimenta il fenomeno criminoso: occorre cioè predisporre strumenti creditizi di soccorso per fronteggiare le situazioni dei soggetti bisognosi di credito, in modo da consentire loro di superare gli ostacoli attuali, senza peraltro prescindere del tutto dalla valutazione della loro affidabilità.

Il carattere imprenditoriale delle banche ed il vincolo della sana e prudente gestione cui esse sono astrette non consentono di considerare realistica l'ipotesi che le banche stesse si assumano tale compito (45): per le imprese bancarie non è possibile prescindere dalla regola secondo cui la decisione di accordare un finanziamento ed il costo dell'operazione per il cliente debbono tener conto del rischio finanziario, e quindi del merito creditizio del cliente stesso.

In presenza di un certo grado di affidabilità, tale però da non risultare ancora sufficiente secondo i canoni bancari, potrebbero invece intervenire, con un'attività di sostegno, istituzioni non aventi un fine di lucro, quali ad esempio le fondazioni che hanno scorporato l'azienda bancaria (46); l'intervento di garanzia in favore delle piccole imprese potrebbe essere affidato, poi, a strutture quali i consorzi e le cooperative di garanzia fidi. In ogni caso, i fondi di sostegno dovrebbero essere gestiti secondo criteri di efficienza e professionalità (47), in modo da contemperare le esigenze della solidarietà con l'opportunità di non premiare comportamenti di azzardo da parte di soggetti non realmente bisognosi di credito.

Un aspetto del fenomeno dell'usura su cui sarebbe possibile intervenire nell'ambito della legislazione finanziaria è quello dei mediatori che, senza essere sottoposti ad alcun tipo di controllo, si interpongono tra chi necessita di un credito e la società finanziaria che provvede ad erogarlo.

(44) Cfr. in proposito C. BARBAGALLO, A. GUMINA, *op. cit.*, p. 93 e ss; L. DONATO, D. MASCIANDARO, *op. cit.*, p. 30.

(45) Cfr. A. AZZI, *op. cit.*, p. 378 e s.

(46) In tal senso G. TAGLIAVINI, *Alcune considerazioni economiche per una legge sull'usura, Banche e banchieri*, 1994, p. 744; C. BARBAGALLO, A. GUMINA, *op. cit.*, p. 105; L. DONATO, D. MASCIANDARO, *op. cit.*, p. 30.

(47) C. BARBAGALLO, A. GUMINA, *op. cit.*, p. 95.

Questi soggetti operano nei confronti di chi concede il credito come procacciatori di affari, percependo una provvigione che può costituire il vantaggio usurario. L'attività di interposizione nella concessione di finanziamenti potrebbe essere regolata mediante l'imposizione di requisiti di onorabilità e professionalità, di regole di comportamento e dell'iscrizione in un apposito albo, così come nel campo dell'intermediazione mobiliare è stata disciplinata, con la legge n. 1 del 1991, la figura dei promotori finanziari (48).

Un altro aspetto che una legge di contrasto all'usura dovrebbe prendere in considerazione è l'attività di recupero del credito. Potrebbe pensarsi che il recupero dei crediti vantati dagli usurai avvenga sempre attraverso attività estorsive poste in atto dalla criminalità organizzata della zona, ma più banalmente gli usurai si avvalgono, spesso, oltre che di metodi intimidatori, anche delle ordinarie procedure esecutive. Ciò è reso agevole dalla circostanza che essi generalmente esigono dai debitori il rilascio di assegni ed effetti cambiari, e si trovano quindi già in possesso di titoli esecutivi agevolmente azionabili al momento opportuno (49).

Potrebbe dunque ipotizzarsi una disciplina della fase di recupero crediti che preveda, fatte salve ovviamente le competenze professionali dei legali che curano il recupero per conto di clienti, una riserva dell'attività (ove non comprendente anche la cessione dei crediti stessi, già disciplinata dalla legge) in favore di società aventi requisiti predeterminati di capitale minimo, di professionalità ed onorabilità degli esponenti.

6. Conclusioni

Il Governatore della Banca d'Italia, nell'audizione del 7 ottobre 1994 presso la Commissione parlamentare Antimafia, ha osservato che l'usura rappresenta una vera e propria piaga sociale, sottolineandone lo stretto legame con i fenomeni della criminalità organizzata, del riciclaggio e delle altre patologie, come le estorsioni, le truffe e l'abusivismo finanziario (50). In effetti, abbiamo potuto constatare in queste riflessioni come il problema dell'usura non possa essere affrontato isolatamente, ma vada piuttosto considerato in rapporto con le altre forme di criminalità economica e finanziaria con le quali sovente si intreccia.

In quest'ottica, le finalità assegnate all'autorità di vigilanza dall'ordinamento presentano evidenti elementi di convergenza rispetto agli scopi della lotta alla criminalità economica.

Lo stesso intervento del Governatore ora ricordato si concludeva con un richiamo alla necessità di un'azione coordinata e tenace da parte di tutti i soggetti pubblici e privati che formano il tessuto economico e finanziario del nostro paese. È in questo spirito che la Banca d'Italia collabora, nell'esplicazione dei poteri di sua competenza, all'azione volta a contrastare dette forme di criminalità.

(48) L. DONATO, D. MASCIANDARO, *op. cit.*, p. 29; L. FERRAJOLI, *op. cit.*.

(49) A. CAPERNA, L. LOTTI, *op. cit.*, p. 78.

(50) A. FAZIO, audizione innanzi alla Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali similari, 7 ottobre 1994, in Banca d'Italia, *Documenti*, cit., p. 9.

MARCELLO CONDEMI

STRATEGIE DI CONTRASTO DEL RICICLAGGIO (*)

Tavola rotonda, svoltasi con la partecipazione del prof. Giovanni Maria Flik, del prof. Guido M. Rey, del prof. Victor Uckmar e del dott. Pier Antonio Ciampicali, a margine del Convegno, tenutosi a Siena nei giorni 18-20 maggio 1995, su “Il riciclaggio del denaro: un confronto internazionale”.

(*) Estratto dal volume *Il riciclaggio del denaro nella legislazione civile e penale* a cura di CIRO G. CORVESE e VITTORIO SANTORO.

Dagli interventi precedenti emerge soprattutto una riflessione di fondo sulla quale è possibile convergere. E cioè che l'attività di controllo, nella sostanza, sia pure secondo diversi punti di vista e in misura diversa, è funzionale alla libertà dei movimenti di capitale. Dice il prof. Flick che non c'è contrasto fra libertà dei movimenti di capitale e controllo sulle attività illecite. E ciò è pienamente condivisibile. Ma, poi, a conclusione del suo intervento, se non vado errato, pone il seguente interrogativo: «qual è il grado di trasparenza necessario per avere libertà?». Questa affermazione, ricollegandola con la riflessione di fondo fatta dal medesimo in premessa, ritengo vada interpretata non nel senso che la trasparenza implichi un rifiuto di controllo sulle attività, ma, all'incontro, che le forme di controllo, che proprio il termine trasparenza non respinge, debbono trovare un giusto punto di equilibrio nella necessità di non ledere la libertà dei movimenti di capitale. Se questo è il senso allora è accoglibile anche la conclusione fatta dal prof. Flick.

Condivido, poi, anche la conclusione cui perviene il prof. Rey il quale, tra l'altro, si sofferma sulla necessità di un controllo globale dei flussi finanziari e non su singole operazioni. Mi permetto tuttavia di sottolineare che il controllo globale o su singole operazioni, ciascuno volto in via immediata al soddisfacimento di finalità diverse, è, unitariamente considerato, comunque funzionale ad un'efficace vigilanza sulla regolarità dei flussi finanziari nazionali ed internazionali. Si concorda, inoltre, con l'affermazione, sempre del prof. Rey, secondo cui si sarebbe fatto poco a livello internazionale in ordine al controllo dei movimenti di capitale. Dei paesi però che egli ha citato, alcuni, tra i quali gli Stati Uniti, hanno fatto molto in campo nazionale ed internazionale per fronteggiare in particolare il fenomeno del riciclaggio. E ciò è doveroso ricordarlo, così come è doveroso ricordare il grande impegno dell'Italia in campo internazionale, che è sfociato in sede di G-7 con la costituzione di una *task-force* finanziaria (Gruppo di azione finanziaria - GAFI) tuttora operante. Il controllo dei flussi finanziari internazionali, e su questo concordo senza riserve con il prof. Rey, costituisce la chiave di volta per pervenire ad un'efficace azione di monitoraggio dei movimenti di capitale.

Concordo, infine, con le conclusioni cui perviene il direttore dell'UIC, che possono riassumersi nel senso che il controllo è compatibile e non in contrasto con la libertà dei movimenti di capitale.

Passo adesso a qualche riflessione personale sul tema della tavola rotonda. Per noi giuristi, il tema proposto oggi, è, oserei dire, cruciale dal momento che ci pone dinanzi alla necessità di individuare quali siano le forme e i limiti dell'intervento pubblico nel campo dei movimenti di capitale. Pur consapevole dell'estrema difficoltà di tale individuazione, soprattutto perché il fenomeno in esame travalica i confini dell'interesse nazionale, sono tuttavia dell'opinione che, nell'individuazione dei limiti dell'esercizio del controllo siano di grande ausilio i principi desumibili dal Trattato sull'Unione europea in tema di libertà dei movimenti di capitale. Un primo limite, di tipo ontologico, non può che trovarsi nella stessa contrapposizione tra libertà di movimenti di capitale e controlli su di essi, che è poi insito nel tema posto in questa tavola rotonda. Direi, anzi, che non debba parlarsi di contrapposizione in senso proprio tra libertà e controllo, poiché essi, riguardati unitariamente, risultano porsi come substrato indefettibile del principio della libera concorrenza.

Dalla lettura attenta di alcuni articoli basilari del Trattato sull'Unione ci si rende agevolmente conto che il controllo sui movimenti di capitale, che è poi un controllo utilizzabile anche per fini antiriciclaggio, tutela in definitiva il principio della libera concorrenza. Non a caso la libertà dei movimenti di capitale trova espressione in un sistema che, per il raggiungimento dei propri fini, richiama espressamente il principio della libera concorrenza. Ed invero, dal combinato disposto degli artt. 2, 3 e 3A del Trattato è dato ricavare che la «Comunità ha il compito di promuovere (...) uno sviluppo armonioso ed equilibrato

delle attività economiche nell'insieme della Comunità (...) attraverso l'adozione di una politica economica (...) condotta conformemente al principio di un'economia di mercato libera ed in libera concorrenza».

Individuati i termini del problema e, più precisamente, i concetti sui quali lavorare proviamo a fare un passo successivo.

Libertà e controllo, anzitutto, debbono trovarsi in rapporto tale da non elidersi a vicenda. Sembrerà un paradosso ma tanto più incisivo è il controllo sulle attività illecite tanto più è assicurata la libertà dei movimenti di capitali. Ovviamente un limite bisognerà trovarlo. Ed il limite, una volta individuato, segnerà il punto di equilibrio tra libertà e controllo. Il controllo, naturalmente, non dovrà spingersi oltre una certa soglia poiché, viceversa, esso porterebbe ad una paralisi del sistema. Vale a dire all'assenza di libertà (di movimenti di capitale) e, correlativamente, di libera e sana concorrenza, impedendo in ultima analisi il perseguimento degli scopi che si prefigge il Trattato sull'Unione.

La ricostruzione del quadro normativo comunitario, ai fini della individuazione del menzionato punto di equilibrio, va fatta muovendosi su vari piani. Sul piano civilistico ed amministrativo e, anche, sul piano penale. La materia della libera circolazione dei capitali presenta punti di contatto con la disciplina, sempre di fonte comunitaria, volta a contrastare il fenomeno del riciclaggio. In ambito europeo sono state predisposte le regole per armonizzare quest'ultimo fenomeno: ciò ha riguardato il profilo civilistico ed amministrativo, ma anche il versante penale, nonostante quest'ultimo fuoriesca dal campo di armonizzazione in senso stretto delle direttive comunitarie. Occorre sottolineare tuttavia che, anche quando talune indicazioni "armonizzatorie" provengono dalla Comunità, in realtà non sembra potersi parlare di vera e propria armonizzazione bensì, come è stato sottolineato, di sollecitazione alla «criminalizzazione». Ed è ciò che è dato riscontrare, per esempio, in materia di riciclaggio dove gli Stati membri sono stati lasciati liberi di criminalizzare o meno le varie condotte antiriciclaggio, ricorrendo per l'individuazione delle fattispecie alle indicazioni provenienti dalla Convenzione di Vienna. Anche questa è una forma di controllo, più precisamente una forma di controllo-repressione di comportamenti delittuosi che, in aperta violazione delle regole su cui si fonda l'Unione Europea, minano la stessa esistenza del mercato. D'altra parte la stessa Corte di giustizia, avuto riguardo all'art. 5 del Trattato sull'Unione, ha sottolineato che gli aspetti penali, rientrando essi nel più ampio concetto di armonizzazione, non possono essere tralasciati.

Il principio di libertà dei movimenti di capitali, per passare agli aspetti civilistici ed amministrativi, è disciplinato dall'art. 73B e 55, del Trattato sull'Unione ed è poi ribadito nel successivo art. 109E. Tali disposizioni, entrate in vigore il 10 gennaio 1994, hanno sostituito gli artt. da 67 a 73 del Trattato istitutivo della Comunità europea. Sulla base di tali ultimi articoli, alla fine degli anni ottanta, è stata emanata la direttiva n. 88/361 CEE in materia di liberalizzazione dei movimenti di capitale. La direttiva ha trovato attuazione con decreto ministeriale, con cui sono state liberalizzate tutte le attività all'interno del nostro territorio, salvo alcune limitazioni, permesse dall'art. 4 della stessa direttiva, consistenti nel diritto degli Stati membri di adottare le «misure indispensabili per impedire le infrazioni alle leggi e ai regolamenti interni, specialmente in materia fiscale o ai fini di una sorveglianza cautelare degli istituti finanziari».

Tenendo presente il delineato quadro normativo occorre vedere fino a che punto i controlli sui movimenti di capitale sono ammissibili e quando invece, violando il principio di libertà che sottende gli appena nominati movimenti, i controlli medesimi mettono in seria discussione la stabilità del sistema oltre che i principi sui quali è fondata l'Unione.

La legislazione nazionale, in modo particolare con la l. n. 197/1991, ha introdotto limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore e, quindi, ancorché in ambito nazionale, al movimento dei capitali. Mi riferisco alle forme di canalizzazione previste nell'art. 1, uniche nel panorama europeo. Su tale limitazione si può discutere per stabilire fino a che punto esse non ledano il principio della libertà di movimento dei capitali. Ma, comunque, non è l'unica limitazione presente nell'ordinamento italiano. Un'altra disposizione è contenuta nell'art. 3 della l. n. 227/1990. Essa è presente in un provvedimento avente, apparentemente, solo carattere fiscale.

In realtà l'art. 3 della l. n. 227/90 ha anche finalità di contrasto della criminalità economica. Ne è prova, tra l'altro, quanto contenuto nel progetto di legge comunitaria per il 1994, già approvato da un ramo del Parlamento, dove, nella parte relativa alla materia dell'antiriciclaggio, viene indicata appunto la necessità di modificare il predetto art. 3.

L'art. 3 della l. n. 227/90, è bene ricordarlo, vieta ai residenti di esportare/importare al seguito o mediante plico postale o equivalente banconote e titoli al portatore per importi superiori a lire ventimilioni, ponendo loro l'obbligo di canalizzare tali trasferimenti attraverso un intermediario; negli altri casi, titoli nominativi e trasferimenti effettuati da non residenti, è richiesta una dichiarazione alla dogana. L'art. 3 della l. n. 227/90, a differenza dell'art. 1 della l. n. 197/91, ha dato luogo a rilievi da parte della Commissione delle Comunità europee, formulati con lettera del 1992; e ciò nel presupposto che essa fosse in contrasto con la direttiva n. 88/361/CEE che stabilisce appunto l'obbligo della completa liberalizzazione dei movimenti di capitale. In risposta alle osservazioni della Commissione, il governo italiano ha sostenuto la piena applicabilità dell'art. 4 della direttiva 88/361/CEE alla fattispecie prevista dall'art. 3 della l. n. 227/90, la cui emanazione, ha tenuto a ribadire, si è resa necessaria per contrastare sia il riciclaggio del denaro proveniente da attività illecite sia la lotta all'evasione fiscale. La CE ha ritenuto, però, non convincenti le argomentazioni del governo italiano e non è escluso che il detto organo inviti il governo italiano ad adottare le misure necessarie per conformare la propria legislazione al Trattato.

La Corte di giustizia, da ultimo, ha preso in esame la legislazione della Spagna, altro paese, assieme all'Italia, che prevede un controllo sui movimenti transfrontalieri. Per molti aspetti, però, tali forme di controllo differiscono dalla canalizzazione prevista dall'art. 3 della l. n. 227/90, poiché prevedono un'autorizzazione, cosa che non esiste nel nostro ordinamento, per l'esportazione di mezzi di pagamento che superino la soglia di cinquemila pesetas, mentre è sufficiente una semplice dichiarazione per l'esportazione di mezzi di pagamento il cui ammontare risulti compreso tra le mille e le cinquemila pesetas. L'esame in questione ha portato la Corte, con una decisione del febbraio ultimo scorso, a ritenere incompatibile con il diritto comunitario il sistema basato sull'autorizzazione, ancorché questo fosse finalizzato a contrastare la perpetrazione di reati particolarmente gravi, in quanto collidente con il principio della libera circolazione dei capitali; la Corte, viceversa, ha ritenuto compatibile con il principio appena richiamato il sistema basato sulla dichiarazione.

Questa decisione è di aiuto ai fini dell'individuazione del punto di equilibrio fra controllo e libertà dei movimenti di capitale. La Corte, nel motivare la decisione, ha precisato che, un conto è prevedere una dichiarazione al fine di sorvegliare i flussi transfrontalieri, che in ultima analisi lascia immutata la libertà di compiere l'operazione, altra cosa è prevedere il rilascio di una autorizzazione affinché questa si compia.

La valutazione discrezionale dell'Autorità competente, al cui rilascio è subordinata la transazione, è, secondo la Corte, in contrasto con il principio di libera circolazione dei capitali; e ciò malgrado gli artt. 73B del Trattato sull'Unione consentano agli Stati membri di poter adottare misure volte a preservare il sistema da forme di criminalità.

Da tale decisione, allora, cosa si può dedurre? Si può dedurre che il criterio al quale occorre fare riferimento per comprendere l'esatto rapporto tra libertà dei movimenti di capitale e controlli su essi è quello, anzitutto, della «proporzionalità». E cioè che in tanto è ammissibile una qualche forma di limitazione, e quindi un controllo, in quanto sia dato riscontrare un rapporto di proporzionalità tra il controllo stesso e la libera circolazione dei capitali; proporzionalità che, a sua volta, deve liberamente consentire il compimento dell'operazione senza condizionarla ad adempimenti limitativi della sfera decisionale dell'interessato.

Questa decisione, in ragione dei diversi assetti dei trasferimenti transfrontalieri, non sembra possa estendersi al caso italiano.

Di diverso avviso è, come detto, la Comunità europea. Anche se inspiegabilmente il giudizio di un possibile contrasto con il principio di libera circolazione dei capitali viene espresso nei confronti del solo art. 3 della 1. n. 227/90 e non anche nei confronti dell'art. 1 della 1. n. 197/91. L'art. 3 della 1. n. 227/90 e l'art. 1 della 1. n. 197/91, quest'ultimo riguardante i pagamenti in contanti che superano i 20 milioni di lire, rappresentano entrambi una forma di canalizzazione, a fini di controllo, dei movimenti di contante.

Ma, opinioni personali a parte, il legislatore italiano ha deciso comunque di intervenire nella materia, tant'è che nel disegno di legge comunitaria per il 1994, attualmente all'esame del Parlamento, fra le materie da modificare è presente quella disciplinata dall'art. 3 della 1. n. 227/90. A tale materia, secondo le indicazioni contenute nel disegno, debbono apportarsi modifiche che siano tali da assicurare la compatibilità del regime del trasferimento dei capitali con la libera circolazione delle persone e dei capitali sancita dal diritto comunitario e dalla giurisprudenza interpretativa della Corte di giustizia delle Comunità europee. Per cui il legislatore, prescindendo da un possibile esame di merito della questione, ha scelto di modificare la propria legislazione accogliendo in definitiva la tesi della Commissione.

Concludo il mio brevissimo intervento, anche perché il tempo a mia disposizione è abbondantemente scaduto, affermando che i controlli sulle attività illecite sono strettamente funzionali alla libertà di circolazione dei capitali. Si potrà quindi discutere della misura, delle modalità dei controlli, ma non si potrà comunque discutere della necessità che questi esistano. Ma se si concorda, come mi sembra finora si sia concordato, sulla necessità che questi debbono esistere, proprio perché funzionali alla libera circolazione dei capitali, appare francamente insostenibile che, per rigoroso formalismo, si finisca poi per limitare i controlli che di tale libertà assicurano la sopravvivenza.

MARCELLO CONDEMI

**PROFILI INTERNAZIONALI DEL FENOMENO DEL RICICLAGGIO.
ORGANISMI E FORME DI COLLABORAZIONE (*)**

SOMMARIO: 1. Le principali iniziative in campo internazionale. – **1.1.** Premessa. – **1.2.** Comitato per la regolamentazione bancaria e le pratiche di vigilanza di Basilea. Dichiarazione di principi del 12 dicembre 1988. – **1.3.** Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope adottata a Vienna il 20 dicembre 1988. – **1.4.** Gruppo di azione finanziaria (GAFI). – **1.5.** Direttiva n. 308/Cee del 10 giugno 1991 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite. – **1.6.** Iniziativa dell'ONU sulla criminalità. – 2. Le forme di collaborazione. – **2.1.** Premessa. – **2.2.** Evoluzione del sistema finanziario. – **2.3.** La collaborazione in campo finanziario. – **2.4.** I rapporti con le autorità di vigilanza degli altri stati comunitari. – **2.5.** La collaborazione con le autorità di vigilanza extracomunitarie. – **2.6.** Collaborazione sul piano dell'assistenza giudiziaria e di polizia. – **3.** Conclusioni.

(*) La relazione, successivamente rivista ed ampliata, è stata preparata per la Conferenza, organizzata dal Consiglio d'Europa, dal titolo *Conference on Money Laundering in States in Transaction*, svoltasi a Strasburgo nei giorni 29 novembre-1^o dicembre 1994.

1. Le principali iniziative in campo internazionale

1.1. Premessa

Gli ingentissimi flussi finanziari rivenienti dal riciclaggio del denaro di provenienza illecita, oltre a determinare un rallentamento dell'attività economica legale a causa dell'allontanamento di capitali onesti dalla produzione (1), producono effetti distorsivi sull'equilibrio economico del mercato e sulle stesse regole della concorrenza, stravolgendo l'economia legale ed insidiando, attraverso la circolazione di fondi a bassissimo costo, la libertà e l'autonomia degli intermediari operanti.

I flussi illegali, che trovano origine in fonti assai variegati, rifluiscono inevitabilmente nei circuiti economici non solo nazionali, ma, anche, internazionali allo scopo di soddisfare esigenze di immediato e sicuro loro reimpiego.

Le metodologie criminali in materia di riciclaggio, facendo uso di prodotti finanziari sempre più sofisticati, mutano molto frequentemente, sfruttando realtà economiche e situazioni di mercato differenti. Tale fenomeno, sul piano generale, risulta favorito e facilitato da fattori esterni, che possono essere individuati sia nei rapidi collegamenti esistenti tra Stati, sia nel diffuso impiego di strumenti informatici anche sofisticati, sia nell'esistenza di un sistema bancario e finanziario ormai globalizzato.

La comunità finanziaria internazionale, consapevole dei rischi di siffatta integrazione, guarda poi con preoccupazione i cosiddetti paradisi fiscali e cioè Stati che, per precisa scelta politica oltre che per discutibile convenienza economica, si sottraggono sovente alle strategie di contrasto del fenomeno del riciclaggio poste in essere dalla maggior parte delle nazioni civili.

Occorre aggiungere, inoltre, che negli ultimi anni, in conseguenza della caduta dei due blocchi, lo scenario internazionale si è ulteriormente aggravato.

Segnali preoccupanti, sotto il profilo dell'intensificarsi dei fenomeni di riciclaggio, provengono dalla disgregazione dei Paesi dell'est europeo e, in particolare, dell'ex Unione Sovietica, dove è dato riscontrare, a causa dei mutamenti di regime e della forma di mercato, un sistema economico-finanziario estremamente fragile e privo di controlli. Ciò costituisce un fertile terreno di conquista da parte delle organizzazioni criminali e, anche, importante crocevia di ingenti proventi criminali.

Va sottolineato che nel 1982 in Unione Sovietica, si contavano solo quattro banche, tutte rigorosamente vigilate dalla Banca Centrale Sovietica, mentre oggi si stima che ve ne siano circa duemila e di queste, secondo esperti di quel Paese, circa quattrocento sarebbero al servizio delle organizzazioni criminali.

Motivi di preoccupazione giungono, altresì, dall'area del pacifico, dall'estremo oriente, dal sud America e, anche, dal continente africano, in ragione, soprattutto, dell'intenso traffico di sostanze stupefacenti che interessa gli stati presenti in tali aree. Si pensi, soltanto, alle individuate rotte della "cocaina", della "marijuana" e dell'"hashish" senza tralasciare, ovviamente, l'importante rotta baltica riguardante l'oppio, la morfina e l'eroina (2).

(1) Cfr. SGROI, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1990*, Roma, 1991.

(2) Cfr. *La cooperazione internazionale nella lotta alla droga*, in *Materiali di documentazione realizzati per gli Istituti d'Istruzione*, Roma, 1994.

Il fenomeno devastante del riciclaggio, come appare evidente, interessa ormai l'intero pianeta. Da qui il sorgere e l'intensificarsi di iniziative in campo internazionale (FATF, Convenzione ONU, Commonwealth, Comitato di Basilea, IOSCO) ovvero, in un più limitato ambito regionale (Direttiva Comunitaria, Normativa modello OAS, Carribean FATF, South Pacific Forum, Convenzione del Consiglio d'Europa), volte a predisporre idonee misure di contrasto di siffatto fenomeno ovvero a promuovere l'adozione, da parte dei Paesi non ancora allineati agli standards internazionali, dei presidi già posti in essere in un centinaio dei duecento stati che compongono la comunità finanziaria mondiale (3).

1.2. Comitato per le regolamentazioni bancarie e le pratiche di vigilanza di Basilea. Dichiarazione di principi del 12 dicembre 1988

Il Comitato di Basilea per le Regolamentazioni bancarie e le pratiche di vigilanza, istituito nel 1975 dai Governatori delle banche centrali dei paesi del Gruppo dei Dieci, è un comitato composto da alti funzionari delle autorità di vigilanza bancaria e delle banche centrali di Belgio, Canada, Francia, Germania, Giappone, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Regno Unito, Stati Uniti, Svezia e Svizzera. Il Comitato si riunisce solitamente presso la Banca dei Regolamenti Internazionali a Basilea dove ha sede il Segretariato permanente.

Il Comitato, al fine di impedire che le banche e le altre istituzioni finanziarie vengano utilizzate per il trasferimento o il deposito di fondi di provenienza illecita, in data 12 dicembre 1988 ha emanato un'articolata dichiarazione di principi. In realtà già in precedenza una qualche forma di sollecitazione ad assumere più attenti atteggiamenti verso il fenomeno in discorso si era avuta con la Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 27 giugno 1980, R(80)101 avente ad oggetto "Misure contro il trasferimento e l'occultamento dei capitali di origine criminale". Detto documento, peraltro, prospettava l'opportunità dell'accertamento dell'identità dei clienti ed, in modo generico, la necessità di instaurare una stretta collaborazione tra gli istituti bancari.

L'attenzione verso il fenomeno del riciclaggio, con la Dichiarazione dei principi del 1988, diventa invece più mirata, più concreta, più articolata.

Ai sistemi bancari nazionali, in sintesi, viene con essa richiesto di attenersi a regole di comportamento che riguardano: *a)* l'identificazione della clientela; *b)* l'accertamento della conformità delle transazioni a "elevati standards etici", alle leggi e alle regolamentazioni; *c)* la cooperazione con le autorità giudiziarie; *d)* l'adozione di politiche aziendali coerenti con la Dichiarazione, da realizzarsi sul piano delle procedure operative per l'identificazione dei clienti e per la registrazione delle operazioni, dei controlli interni, dell'addestramento del personale.

La Dichiarazione è stata divulgata al sistema bancario italiano, insieme con la nota della Banca d'Italia del 15 febbraio 1989, per la sua concreta attuazione. All'Associazione bancaria italiana, inoltre, è stato richiesto dall'organo di vigilanza di adoperarsi, ove necessario, per favorire soluzioni organizzative uniformi da parte degli enti creditizi. L'Associazione bancaria italiana, in accoglimento dell'invito, ha elaborato il testo di un *Accordo interbancario in tema di identificazione della clientela*, da applicare a far data dal 1° luglio 1989, sul quale si è registrato il giudizio favorevole della Banca d'Italia.

(3) Cfr. *Money Laundering. The Way Forward Through international Cooperation*, in Atti, Londra, 1994.

Le banche con tale accordo assumevano l'impegno: a) a non effettuare operazioni di importo non inferiore a dieci milioni se non con persone che fossero già conosciute o fossero in grado di farsi identificare; b) a non agire e a non estinguere libretti di deposito al portatore indipendentemente dall'importo depositato o ritirato, senza procedere all'identificazione di colui che effettua l'operazione; c) a conservare la documentazione contabile in modo tale che fosse sempre possibile ricostruire le singole operazioni.

1.3. Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope adottata a Vienna il 20 dicembre 1988

La Convenzione rappresenta, senza ombra di dubbio, una tappa importante nel lungo cammino della lotta al riciclaggio. La sua ratifica, nelle competenti sedi internazionali, viene presa a base per valutare il grado di affidabilità di un Paese. Ciò si verifica soprattutto per i Paesi ubicati in aree geografiche particolarmente a rischio, tra cui quelle interessate dal traffico illecito di sostanze stupefacenti.

La Convenzione delle Nazioni Unite, ratificata in Italia con legge 5 novembre 1990, n. 328, presenta indiscutibilmente il grande merito di aver criminalizzato la condotta del riciclaggio (art. 3, paragrafo 1, lett. b). Essa fornisce la definizione della fattispecie delittuosa, e, inoltre, priva coloro che praticano il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope del frutto delle loro attività criminali, sì da eliminare il loro movente principale; per contro, il limite immediatamente rilevabile è che le condotte criminalizzate si riferiscono esclusivamente ai proventi rivenienti dal traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, malgrado le "Parti", "profondamente preoccupate dall'ampiezza e dall'incremento della produzione della domanda di tali sostanze", avessero riconosciuto esservi "legami tra il traffico illecito ed altre attività criminali organizzate correlate, che minano i fondamenti della legittima economia e minacciano la stabilità, la sicurezza e la sovranità degli Stati".

In tale quadro la Convenzione, nel prevedere la confisca dei proventi di riciclaggio (art. 5), prevede migliori forme di cooperazione internazionale ed in particolare la estradizione per reati di riciclaggio (art. 6).

1.4. Gruppo di azione finanziaria (GAFI)

Nel luglio del 1989, a Parigi, nel corso del vertice dei Capi di Stato e di Governo dei Sette Paesi più industrializzati (G-7), è stata decisa la costituzione di una Task-force finanziaria (GAFI) con l'incarico di studiare il fenomeno del riciclaggio, cercandone di stimare altresì la consistenza dei flussi, e di formulare utili indicazioni al fine di apprestare un'efficace azione di contrasto dello stesso.

Alla Task-force aderirono inizialmente quindici Stati più, in veste di osservatori, il Consiglio d'Europa, il Fondo Monetario Internazionale, l'Interpol e l'Unidcp (United Nations International Drug Control Programme).

La prima fase di lavori ebbe inizio a Parigi nel settembre 1989, sotto la presidenza della Francia, e si concluse nel maggio 1990 con l'adozione di quaranta raccomandazioni. Il rapporto finale adottato dal GAFI venne approvato dal G-7 ad Houston nel luglio del 1990, con il formale impegno da parte degli Stati presenti in quel consesso di adeguare la propria legislazione a quanto contenuto nelle quaranta raccomandazioni.

Le raccomandazioni si suddividono in quattro sezioni. Le prime tre attengono all'inquadramento generale della materia; le raccomandazioni dalla quattro alla otto attengono alla integrazione delle legislazioni nazionali per la lotta al riciclaggio; le raccomandazioni dalla nove alla ventinovesima concernono misure atte a prevenire l'inquinamento del sistema finanziario; le ultime dieci, infine, sono rivolte al rafforzamento della cooperazione internazionale.

Le quaranta raccomandazioni costituiscono il frutto di un'intenso lavoro degli esperti presenti ai lavori della conferenza e, senza tema di smentita, costituiscono, per la loro completezza e vastità di oggetto, un importante strumento di lotta del fenomeno del riciclaggio. Esse costituiscono, non a caso, un'insostituibile base di lavoro nei vari consessi internazionali che si occupano di tematiche afferenti il riciclaggio oltre che un utile veicolo di sensibilizzazione in campo planetario nei confronti del devastante fenomeno in parola.

Sulle quaranta raccomandazioni si è molto lavorato attraverso un'opera di chiarificazione e di integrazione dei loro contenuti. Non è escluso che, nei prossimi lavori del GAFI, si possa dar luogo ad una nuova versione di esse, rivista ed aggiornata sulla base delle esperienze nel frattempo maturate.

Il GAFI, dopo la stesura delle quaranta raccomandazioni, ha proseguito i suoi lavori.

Nel corso della seconda fase di attività, da novembre del 1990 a giugno del 1991, il numero dei Paesi partecipanti al Gruppo è notevolmente aumentato. Attualmente fanno parte del GAFI ventisei governi (Australia, Austria, Belgio, Canada, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Hong Kong, Islanda, Irlanda, Italia, Giappone, Lussemburgo, Paesi Bassi, Nuova Zelanda, Norvegia, Portogallo, Singapore, Spagna, Svezia, Svizzera, Turchia, Regno Unito, Stati Uniti) e due organizzazioni regionali (Commissione europea e Consiglio di Cooperazione del Golfo), cui si aggiungono, in veste di osservatori, le organizzazioni internazionali attive nel settore della lotta al riciclaggio già menzionate.

Nel corso di tale fase sono state individuate procedure idonee per verificare lo stato di realizzazione delle raccomandazioni presso ciascun Paese aderente; inoltre, è stato definito l'assetto strutturale da dare al Gruppo, confermandone le caratteristiche di autonomia rispetto ad altre organizzazioni internazionali già esistenti.

Si è così stabilito di fare assumere la presidenza del GAFI a turno, tra i vari Paesi che ne fanno parte, limitando la durata dell'incarico ad una sola sessione annuale di lavori, e di utilizzare le strutture amministrative dell'OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico) solo a fini di supporto del Segretariato.

Il GAFI gode di autonomia finanziaria poiché ciascun Paese partecipante elargisce un contributo finanziario per far fronte alle sue spese di funzionamento.

La seconda fase dei lavori si è conclusa nel maggio del 1991. Le conclusioni del Gruppo sono state approvate dal G-7 riunitosi a Parigi nel giugno successivo, il quale, nell'auspicare una ancora più vasta partecipazione di Stati al consesso, manifestava ampia disponibilità a fornire assistenza tecnica ai Paesi che ne facessero richiesta.

La terza fase dei lavori, da settembre del 1991 a giugno del 1992, è servita per meglio definire le già citate procedure di verifica. Sono stati elaborati due questionari (*Mutual Evaluation e Self Evaluation*) da utilizzare, tra l'altro, a supporto della procedura di verifica dello stato di recepimento delle raccomandazioni presso ciascun Paese.

Nel corso della terza fase è stato esaminato l'assetto ordinamentale di Francia, Gran Bretagna, Svezia ed Australia.

Tale fase si è conclusa a giugno del 1992 alla presenza del Ministro delle Finanze svizzero.

La quarta fase dei lavori, iniziata a settembre del 1992 e conclusasi nel giugno del 1993, ha fatto registrare un'intensa azione di globalizzazione del GAFI. Sono state assunte concrete iniziative nell'area Caraibica dell'est asiatico, nell'est europeo e nell'Africa. Si è poi proseguito nelle procedure di esame. Nel febbraio del 1993 è stata esaminata l'Italia.

Particolare attenzione, inoltre, è stata dedicata alla individuazione e allo studio dell'evoluzione delle tipologie di riciclaggio al fine di rendere disponibili a tutti i Paesi le esperienze maturate nell'azione di contrasto del riciclaggio.

Nel corso della quinta fase dei lavori, iniziata nel settembre del 1993 sotto la presidenza inglese, è proseguita la procedura di valutazione dei Paesi aderenti al GAFI.

Un acceso dibattito ha riguardato, in tale fase, il futuro del GAFI. Le soluzioni prospettate dai vari Paesi aderenti sono state le seguenti: *a)* mantenimento della struttura organizzativa e dei compiti in essere in quel momento; *b)* mantenimento dei medesimi compiti, da perseguire peraltro attraverso una diversa organizzazione; *c)* attribuzione di compiti di natura eminentemente politica previa Convenzione che potesse cristallizzare i risultati fino a quel momento raggiunti.

Approfondimenti, inoltre, sono stati condotti sulle problematiche connesse ai centri *off-shore* e sulla possibilità di controllo delle *shell-corporation* (società ombra).

I lavori della quinta fase si sono conclusi nel luglio del 1994. Il G-7 del luglio 1994, tenutosi a Napoli, nel prendere atto dei lavori svolti dal GAFI, ha auspicato un'intensificazione degli sforzi compiuti da tale consesso e ne ha proposto un rinnovo del mandato.

La sesta fase dei lavori, l'attuale, che si concluderà nel giugno prossimo impegna il GAFI in un'opera di analisi delle attuali raccomandazioni e delle relative note interpretative via via aggiunte nel corso delle sessioni di lavoro fin qui tenutesi.

Un'attenta riflessione, altresì, si sta svolgendo sulla possibilità di estendere le raccomandazioni esistenti, oltre che alle istituzioni finanziarie non bancarie, agli organismi non finanziari e a quelle attività suscettibili di essere utilizzate a scopi di riciclaggio.

Entro giugno di quest'anno verrà completato il programma di verifica dello stato di attuazione delle raccomandazioni da parte dei Paesi aderenti.

1.5. Direttiva n. 308/Cee del 10 giugno 1991 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite

Tale iniziativa, di ambito "regionale", risulta collegata ad altre già presenti in ambito internazionale. Ciò risulta inequivocabilmente, tra l'altro, dalla lettura del settimo e del nono "considerando" della direttiva n. 308/1991, dove si afferma, rispettivamente, che le misure adottate in materia (di riciclaggio) dalla Comunità devono essere coerenti con le altre iniziative assunte in altre istanze internazionali, segnatamente con le raccomandazioni della Task-force finanziaria contro il riciclaggio, GAFI, e che la definizione di riciclaggio è quella che figura nella Convenzione di Vienna.

L'avanzato stato della legislazione italiana in materia di antiriciclaggio introdotta con la legge n. 197/91, ha permesso al nostro Paese di ritenere sostanzialmente recepite le disposizioni della direttiva comunitaria e, conseguentemente, di prescindere da qualsiasi riferimento alla direttiva in questione nel disegno di legge comunitaria 1992.

Sebbene con ritardo rispetto alla data prevista dalla direttiva (1° gennaio 1994), allo stato, tutti gli Stati membri, ad eccezione della Grecia, hanno notificato alla Commissione

di aver attuato la direttiva. L'Irlanda ne ha compiuto un'attuazione solo parziale, quantunque le disposizioni principali della direttiva siano attualmente incluse nella nuova legge irlandese. La Spagna, che ha recepito pienamente le disposizioni del testo comunitario, non ha però ancora adottato le necessarie disposizioni applicative. La Grecia, infine, sta preparando un progetto di legge che, secondo le previsioni, dovrebbe essere sottoposto al parlamento per l'approvazione entro il primo semestre del 1995.

L'attuazione della direttiva in materia di riciclaggio assume un particolare rilievo nella strategia di contrasto di siffatto fenomeno. È importante osservare che la direttiva ha esercitato un impatto considerevole a livello europeo consentendo un coordinamento nel settore della lotta al riciclaggio; essa, inoltre, ha contribuito all'applicazione delle principali raccomandazioni, frutto del lavoro della Task-force finanziaria contro il riciclaggio, essendo oltre due terzi dei Paesi membri di tale Task-force soggetti all'atto comunitario.

La direttiva, per altro verso, esercita un impatto indiretto anche al di fuori della Comunità, poiché tutti gli accordi di associazione, compartecipazione o cooperazione firmati tra l'Unione europea e i Paesi terzi includono sistematicamente una clausola specifica sul riciclaggio, che consente di avviare una cooperazione nel settore al fine di ottenere l'adozione di parametri comparabili a quelli previsti dalla direttiva. Nel contesto di un programma PHARE per la lotta contro la droga è stato messo a punto un progetto di assistenza tecnica per sei Paesi dell'Europa centrale e orientale (Bulgaria, Repubblica Ceca, Ungheria, Polonia, Romania e Repubblica Slovacca) che verrà esteso ad altri cinque Paesi di questa regione (Albania, Estonia, Lettonia, Lituania e Slovenia).

Qualche considerazione adesso in ordine agli aspetti della direttiva recepiti nelle legislazioni nazionali.

Emerge, anzitutto, che tutti gli Stati hanno penalizzato la condotta del riciclaggio dei proventi di attività illecite. La maggior parte di essi ha introdotto il reato specifico di riciclaggio; alcuni di essi, come la Danimarca e i Paesi Bassi, hanno invece optato per l'inclusione del riciclaggio nel reato di ricettazione, del quale hanno ampliato la formulazione.

Per quanto concerne la definizione penale di riciclaggio, quattro Paesi (Francia, Lussemburgo, Portogallo e Spagna) hanno incluso nella definizione penale il solo riciclaggio dei proventi di reati connessi al traffico di stupefacenti. La grande maggioranza dei Paesi ha invece inserito nella definizione anche il riciclaggio dei proventi di altri reati.

In tutti i Paesi il riciclaggio costituisce reato anche quando si verifica in un altro Paese.

La direttiva si rivolge agli enti creditizi nell'accezione fornita nella legislazione bancaria comunitaria (impresa la cui attività consiste nel ricevere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e nel concedere crediti per proprio conto – articolo 1, primo trattino, direttiva 77/780/CEE) e agli enti finanziari secondo la definizione molto ampia contenuta nella direttiva. La definizione di enti finanziari include qualsiasi impresa la cui attività principale consista nell'effettuare una o più operazioni contenute nell'elenco allegato alla seconda direttiva bancaria (89/646/CEE) o nell'assicurazione sulla vita. Pertanto tutti gli intermediari finanziari professionali, come enti creditizi, imprese d'investimento, assicurazioni ramo vita, emittenti di carte di credito, società di leasing e di factoring, cambisti, rientrano virtualmente nel campo d'applicazione della legislazione sul riciclaggio. Sono incluse inoltre le succursali di enti creditizi e finanziari di Paesi terzi ubicate nella Comunità.

L'articolo 12 della direttiva stabilisce che gli Stati membri provvedono ad estendere "in tutto o in parte" le disposizioni della direttiva ad attività professionali e categorie di impresa diverse dagli enti creditizi e finanziari "le quali svolgono attività particolarmente suscettibili di essere utilizzate a fini di riciclaggio". I settori professionali che hanno attri-

to l'attenzione del legislatore nazionale, sono: l'industria del gioco d'azienda (casinò), i commercianti di beni di elevato valore (società immobiliari, metalli preziosi, gioielli, opere d'arte e oggetti d'antiquariato) e taluni operatori del diritto (avvocati, notai ed altri professionisti del diritto).

Il principio della conoscenza del cliente assume, in base all'art. 3 della direttiva, importanza capitale per la prevenzione del riciclaggio.

Gli Stati membri hanno recepito gli obblighi imposti da tale articolo in caso di allacciamento di rapporti d'affari (apertura di conti o offerta di servizi di custodia dei beni), di svolgimento di operazioni il cui importo supera una determinata soglia e, indipendentemente dal raggiungimento di tale soglia, in caso di sospetto di riciclaggio. Essi, inoltre, hanno recepito la disposizione contenuta in tale articolo relativa all'identificazione delle eventuali persone per conto delle quali agiscono i clienti.

L'art. 15 della direttiva, che fissa il limite di 15.000 ECU ai fini dell'obbligo di identificazione dei clienti, consente peraltro di adottare disposizioni più rigorose di quelle contenute nella direttiva stessa. Tutti i Paesi hanno rispettato il limite dei 15.000 ECU. Sette di essi ha introdotto un limite più rigoroso. Tra questi Paesi c'è l'Italia.

Altra disposizione di rilievo della direttiva è quella contenuta nell'art. 5 che fa obbligo agli enti creditizi e finanziari di esaminare con particolare attenzione ogni operazione che essi considerino particolarmente attenta, per la sua natura, ad avere una connessione con il riciclaggio.

Quest'obbligo va tenuto distinto dal dovere di riferire l'esistenza di operazioni sospette.

L'Italia, assieme a Danimarca, Germania, Paesi Bassi e Regno Unito, non ha recepito esplicitamente tale articolo ritenendo che il principio della particolare attenzione fosse implicito nell'art. 11, par. 1, il quale richiede adeguate procedure di controllo interno e di comunicazione intese a prevenire e impedire la realizzazione di operazioni connesse con il riciclaggio.

1.6. Iniziativa dell'ONU sulla criminalità

Nei giorni 21-23 novembre 1994 si è tenuta a Napoli la Conferenza Ministeriale Mondiale sul Crimine Organizzato Transnazionale, che ha visto la partecipazione di oltre 140 delegazioni di Stati. I temi trattati nella Conferenza sono stati definiti in alcuni documenti preparatori, predisposti dal Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, che hanno riguardato i problemi e i pericoli posti dal crimine organizzato, i principi-guida per l'armonizzazione legislativa e la cooperazione internazionale, le proposte di strumenti operativi inclusi quelli di controllo del riciclaggio finanziario.

La "Conferenza" si è chiusa con l'approvazione di un documento finale, sotto forma di proposta di risoluzione per l'Assemblea Generale dell'O.N.U., contenente in allegato la "dichiarazione Politica" e il "Piano di Azione Globale" contro la Criminalità Internazionale.

L'aspetto fortemente innovativo è rappresentato dalla metodologia seguita nell'analisi della problematica, caratterizzata da un "approccio globale" tendente a considerare unitariamente le varie articolazioni del fenomeno criminale, secondo una tecnica già positivamente sperimentata nella "Conferenza sulla Prevenzione e Controllo del Riciclaggio dei Proventi dell'Attività Criminale", tenutasi a Courmayeur dal 18 al 20 giugno 1994. Tale

metodo ha consentito il superamento delle visioni settoriali e delle iniziative regionali, che sinora avevano contraddistinto la disamina dei fenomeni criminosi (4).

La nuova “visione multidisciplinare” ha trovato la sua concretizzazione nel “Global Action Plan”, finalizzato a raccogliere le indicazioni prescrittive e i possibili strumenti di intervento nelle diverse aree operative. In corrispondenza è stata evidenziata l’opportunità di ricorrere a forme di cooperazione “multilaterali”, che favoriscano sia l’azione comune e il dialogo permanente tra le autorità preposte, sia la circolarità dei flussi informativi e delle conoscenze.

Uno dei momenti qualificanti per l’affermazione di un’azione globale di contrasto della criminalità organizzata transnazionale è costituito dalla *lotta al riciclaggio* dei proventi illeciti, nella consapevolezza che anche attività legittime, ma che derivano da fonti criminali, rappresentano, oltre alle implicazioni di ordine pubblico, una grave minaccia al libero esplicarsi della concorrenza tra gli operatori e un ostacolo all’affermazione delle logiche di mercato.

In particolare, il “Piano di Azione Globale” – dopo aver passato in rassegna i problemi legislativi e delineato i principi-guida della cooperazione internazionale e gli strumenti investigativi e giudiziari da rendere comuni – dedica una specifica sezione alla *Prevention and control of money laundering and control of the proceeds of crime*.

In questa sede, costituita da 7 “statements” (35-41), vengono enucleati alcuni concetti legali, comportamentali e collaborativi, riassumibili in una serie di raccomandazioni riguardanti:

- la strategia di attacco al potere economico delle organizzazioni criminali, fondamentalmente attraverso l’uniforme configurazione del riciclaggio come reato penale e il generale ricorso a misure cautelari patrimoniali (sequestro e confisca di proventi e beni);
- l’applicazione di misure preventive che assicurino la trasparenza degli assetti proprietari delle società e dei processi di riallocazione degli stessi, nonché la previsione di “high ethical standards” nella pubblica amministrazione, nelle aree di “business”, nelle istituzioni finanziarie e nelle professioni rilevanti;
- l’adozione di provvedimenti normativi diretti a limitare il “segreto bancario”, a rendere obbligatoria la regola del “Know your customer”, come pure l’identificazione delle operazioni finanziarie sospette, tutelando nel contempo gli operatori delle istituzioni finanziarie da ogni responsabilità nell’ipotesi di “buona fede”, eccetto i casi di grave negligenza;
- l’accordare massima priorità all’estensione delle misure di controllo anti-riciclaggio dal settore bancario a quello non controllato degli affari e delle professioni che offrono servizi finanziari.

L’esecuzione di tali indicazioni dovrebbe essere facilitata tramite la diffusione di forme di *assistenza tecnica e finanziaria* da parte delle Nazioni Unite agli Stati disponibili al recepimento delle stesse, anche in termini di infrastrutture e risorse umane, nonché mediante lo *scambio sistematico di informazioni ed “experties”* nell’ambito di appositi organismi di coordinamento stabile.

Tra questi ultimi particolare rilevanza potrebbe assumere la costituzione di un osservatorio permanente, articolato localmente in strutture dedicate al monitoraggio del territo-

(4) Cfr., ad esempio, la Convenzione di Vienna del 1988 sui Traffici Illeciti di Droga e delle Sostanze Stupefacenti e il Summit dei presidenti Centro-Americani del 18-20 agosto 1994 svoltosi in Costa Rica.

rio, "to recognize and intelligently prevent and combat organized transnational criminal activities, ... increasing the knowledge of criminal organizations and their dynamics. States should collect, analyse and disseminate reliable statistics and information on the phenomenon" (st. n. 13).

Si accompagna all'osservatorio l'idea di costituire l'Alta scuola per la formazione e l'aggiornamento professionale quale momento unificante nell'elaborazione e diffusione di conoscenze comuni ("... States should also endeavour to provide those units with the necessary training and resources to concentrate on intelligence collection and analysis concerning organized transnational crime" (st. n. 19).

2. Le forme di collaborazione

2.1. Premessa

Appare evidente come l'internazionalizzazione dei mercati legali, agevolata da un sistema bancario e finanziario ormai ramificato ed integrato, favorisca e faciliti, attraverso l'occultamento dell'origine criminosa dei fondi, lo sviluppo del riciclaggio.

Il compito di difendere il sistema finanziario dal riciclaggio non può essere svolto dalle autorità responsabili senza la cooperazione degli enti creditizi e finanziari e delle loro autorità di vigilanza (5).

Tale esigenza viene avvertita anche in sede GAFI, in particolare, per ciò che concerne la cooperazione amministrativa, nelle Raccomandazioni numero trenta, trentuno e trentadue, dove viene precisato che: *a*) le amministrazioni nazionali dovrebbero registrare i flussi internazionali di denaro contante, sì da consentire che su di essi siano fatte delle stime, e porre le necessarie informazioni a disposizione di altri organismi internazionali al fine di facilitare studi internazionali; *b*) le banche centrali e gli organi di vigilanza dovrebbero diffondere le informazioni presso le competenti autorità sui più aggiornati sviluppi del riciclaggio del denaro sporco e delle tecniche del riciclaggio; *c*) ciascun paese dovrebbe compiere sforzi per promuovere scambi di informazioni internazionali spontanei e su richiesta tra le competenti autorità, relative a transazioni sospette, persone e società coinvolte in tali transazioni.

2.2. Evoluzione del sistema finanziario

L'integrazione dei mercati finanziari ha comportato l'eliminazione di tutte le restrizioni sui movimenti di capitale e la piena libertà degli intermediari finanziari di esercitare in tutta la Comunità tutte o parte delle attività previste nell'elenco allegato alla direttiva 89/646/CEE tramite lo stabilimento di una succursale o mediante prestazione di servizi.

Tutto ciò nel rispetto del principio dell'*Home country control*, il quale comporta che alle autorità titolari del controllo sull'azienda madre compete la vigilanza anche sulle dipendenze che essa abbia insediato in Paesi diversi da quello di appartenenza; e ciò al fine di assicurare, nel quadro di un "mutuo riconoscimento" con i Paesi membri, la stabilità degli intermediari operanti.

(5) Cfr. il quindicesimo considerando della direttiva CEE 91/308/CEE in materia di riciclaggio.

La direttiva 89/646/CEE (II direttiva di coordinamento bancario) è stata recepita in Italia con d.lgs. 14 dicembre 1992, n. 481; la stessa legge delega con cui è stato autorizzato il recepimento di detta direttiva ha conferito altresì al Governo la delega ad emanare un Testo unico delle disposizioni in materia bancaria e creditizia.

Il Testo unico, emanato con d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, è entrato in vigore il 1^o gennaio 1994.

Il nuovo corpo normativo disciplina con maggiore organicità la vigilanza sulle banche, sui gruppi bancari e sugli intermediari finanziari (art. 5 T.U.), indicando i soggetti inclusi nell'ambito della vigilanza consolidata (art. 65 T.U.). Tale ultima norma, tra l'altro, ricomprende nell'ambito della vigilanza consolidata:

- a) le società appartenenti ad un gruppo bancario;
- b) le società bancarie, finanziarie e strumentali partecipate almeno per il 20% dalle società appartenenti a un gruppo bancario da una singola banca;
- c) società bancarie, finanziarie e strumentali non comprese in un gruppo bancario, ma controllate dalla persona fisica o giuridica che controlla un gruppo bancario ovvero una singola banca;
- d) società finanziarie, aventi sede legale in un altro stato comunitario, che controllano un capogruppo o una singola banca italiana.

2.3. *La collaborazione in campo finanziario*

Va, poi, rilevata una stretta interrelazione, dal punto di vista macroeconomico, tra riciclaggio e crescita dei mercati illegali reali.

Si ritiene, in particolare, che il riciclaggio finanziario, svolgendo un ruolo di moltiplicatore del volume dell'attività afferente a soggetti criminali, assuma una funzione essenziale nella crescita di tutti gli altri mercati illegali (6).

L'accresciuta complessità dei controlli ha portato ad un ampliamento del numero di autorità coinvolte nella supervisione dei mercati imponendo forme di collaborazione tra le autorità, nazionali ed estere, preposte a vario titolo all'assolvimento delle funzioni di controllo.

Il Testo unico in materia bancaria e creditizia, all'art. 7, oltre a dare sistemazione organica alle disposizioni di coordinamento tra le autorità nazionali operanti in campo finanziario (Banca d'Italia - CONSOB - ISVAP), fissa i criteri generali cui la Banca d'Italia deve attenersi nello svolgimento dei rapporti con le altre autorità competenti sia in ambito comunitario sia in ambito extraeuropeo.

In ambito comunitario la norma (art. 7, comma 7) prevede un obbligo di "cooperazione", anche mediante scambio di informazioni, con le autorità competenti negli altri stati comunitari; e, prevede, altresì che le informazioni ricevute dalla Banca d'Italia, salvo diniego dell'autorità comunitaria che ha fornito l'informazione, possano essere trasmesse alle altre autorità di vigilanza italiane.

Assume, viceversa, un carattere meno stringente la norma (art. 7, comma 8) che contempla la possibilità per la Banca d'Italia di scambiare informazioni con autorità di paesi extra-comunitari; l'esercizio di tale facoltà viene invero subordinato alla presenza di tre condizioni:

(6) Cfr. D. MASCIANDARO, *Analisi economica della criminalità, teoria della regolamentazione e riciclaggio finanziario*, Roma, dattiloscritto.

- a) deve avvenire nell'ambito di appositi accordi di collaborazione che ne disciplinano le modalità;
- b) deve essere garantito il rispetto del principio di reciprocità;
- c) devono sussistere equivalenti obblighi di riservatezza.

In ambito internazionale l'art. 7, comma 9, attribuisce inoltre alla Banca d'Italia, in deroga al segreto d'ufficio, la facoltà di scambiare informazioni con le autorità amministrative e giudiziarie nell'ambito di procedimenti di liquidazione e di fallimento, in Italia e all'estero, che interessino banche o altri soggetti inclusi nella vigilanza consolidata.

Il Testo unico, ad ogni modo, non si limita a trattare della collaborazione nel solo articolo 7; nel titolo III del Testo unico troviamo, infatti, l'art. 69 con cui si consente alla Banca d'Italia la facoltà di concordare con le autorità di vigilanza di altri stati membri della Comunità forme di collaborazione nonché la ripartizione dei compiti specifici di ciascuna autorità in ordine all'esercizio della vigilanza su base consolidata nei confronti di gruppi operanti in più Paesi.

Infine, nella legge 6 luglio 1991, n. 197 recante norme in materia di riciclaggio, l'articolo 11 si occupa specificamente della collaborazione fra le autorità di vigilanza. Tale articolo, in particolare, dispone che, in deroga all'obbligo del segreto d'ufficio, le autorità amministrative che esercitano la vigilanza sugli enti creditizi e finanziari possono scambiarsi informazioni e collaborare a condizioni di reciprocità con le competenti autorità amministrative di Stati esteri.

2.4. I rapporti con le autorità di vigilanza degli altri stati comunitari

Tenendo presente la citata esigenza di collaborazione sono stati sottoscritti degli accordi bilaterali, *c.d. memorandum of understanding*, volti a definire le concrete modalità di collaborazione tra paese ospitante e paese d'origine, al fine di garantire un'efficace azione di supervisione sulle filiali estere di banche comunitarie.

Finora gli accordi conclusi sono sette (Francia, Gran Bretagna, Germania, Lussemburgo, Belgio, Olanda e Grecia). È in corso di preparazione un accordo con l'Austria.

Gli aspetti più salienti degli accordi finora conclusi, concernenti lo scambio di informazioni, sono i seguenti:

- Il paese ospitante si impegna ad avvertire l'autorità del paese d'origine di ogni fatto o evento riguardante una succursale di cui venga a conoscenza, che possa pregiudicare la stabilità dell'ente creditizio;
- le autorità del paese d'origine e l'autorità del paese ospitante si scambiano informazioni su sanzioni amministrative o su altre misure adottate nei confronti di una succursale o di un ente creditizio nel suo complesso se tali informazioni sono ritenute importanti per l'altra autorità;
- le autorità di vigilanza si informano a vicenda qualora vengano a sapere che le attività di una succursale violano norme di interesse generale del paese ospitante, nella misura in cui tali violazioni siano rilevanti ai fini della vigilanza;
- al fine di garantire un flusso continuativo e reciproco di informazioni si è convenuto in proposito sull'opportunità di procedere ad incontri con cadenza annuale e di poter convocare riunioni *ad hoc* su specifici problemi di vigilanza o legati ad esigenze di conoscenza del mercato locale,

- le autorità del paese di origine, rimangono libere di stabilire i propri standards in materia ispettiva, di designare e inviare in ispezione componenti del corpo ispettivo.

La Banca d'Italia, oltre a definire i rapporti di collaborazione nei modi indicati, ha provveduto ad aggiornare la normativa di vigilanza relativa alle Filiali estere di banche comunitarie e società finanziarie estere in Italia, adeguando il sistema dei controlli al nuovo regime di supervisione (7)

A termini delle "Istruzioni" appena richiamate, tra le disposizioni di generale applicazione alle Filiali estere di banche comunitarie, vengono indicate quelle contenute nella legge 5 luglio 1991, n. 197 (c.d. legge antiriciclaggio) e dei decreti ministeriali di attuazione 19 dicembre 1991 (in materia di obblighi di identificazione e registrazione cui sono soggetti gli intermediari finanziari) 7 luglio 1992 (modalità di acquisizione e archiviazione dei dati riguardanti la trasmissione o il trasferimento di titoli al portatore di importo superiore ai venti milioni di lire ovvero l'accensione con la clientela di conti, depositi o altri rapporti continuativi) e 1^o agosto 1992 (in materia di analisi statistiche dei dati aggregati concernenti complessivamente l'operatività di ciascun intermediario abilitato).

2.5. La collaborazione con le autorità di vigilanza extracomunitarie

La collaborazione internazionale, travalicando i confini comunitari, prese le mosse nel 1974. Ad iniziativa del gruppo dei dieci paesi più industrializzati venne costituito a Basilea un Comitato, denominato "Blunden", poi "Cooke" (8), dal nome dei loro presidenti iniziali.

Il Comitato mise a punto un complesso di regole, denominato "Concordato di Basilea", che venne fatto proprio dai Governatori del Gruppo dei dieci nel 1975.

Gli accordi, a seguito della grave crisi che investì una grande banca italiana (Banco Ambrosiano), furono rivisti nel 1983. Vi fu, quindi, un secondo concordato, approvato dai Governatori delle banche centrali dei Paesi facenti parte del Gruppo dei dieci, oltre che dalla Svizzera e dal Lussemburgo.

Anche gli accordi del 1983, a seguito della crisi della *Bank of Credit and Commerce International* (BCCI), vennero successivamente rivisti. E così nel 1992 il Comitato del Gruppo dei dieci stabilì delle nuove e più rigorose regole da applicarsi ai gruppi bancari internazionali per le loro attività esterne ai paesi di origine (9).

In tale documento sono stati fissati quattro requisiti minimi dai quali non è consentito prescindere, che devono essere rispettati dalle singole autorità di vigilanza nelle loro relazioni con le corrispondenti autorità degli altri Paesi. Esse, in particolare, sono tenute a verificare la sussistenza dei seguenti *minimum standards*:

- 1) tutti i gruppi bancari internazionali e tutte le banche internazionali devono sottostare alla vigilanza dell'autorità del paese d'origine in grado di esercitare un'efficacia sorveglianza su base consolidata;

(7) Banca d'Italia, *Istruzioni di vigilanza*, cap. LV, in *Bollettino della Banca d'Italia - vigilanza sulle aziende di credito*, n. 122, ottobre-dicembre 1992.

(8) Cfr. COOKE, *Sviluppi nella cooperazione fra le autorità di vigilanza bancaria*, in *Bancaria*, n. 6/1981.

(9) Cfr. DINI, *Il nuovo regime di vigilanza sulle banche estere in Italia*, in *Documenti*, Banca d'Italia, n. 434, ottobre 1993.

- 2) la creazione di uno stabilimento bancario estero deve essere subordinata al consenso preventivo delle autorità di vigilanza sia del paese d'origine sia del paese ospitante, avendo particolare riguardo alla consistenza del patrimonio della banca o del gruppo nonché all'adeguatezza della struttura organizzativa ai fini di un'efficace gestione dei rischi;
- 3) le autorità di vigilanza del paese d'origine devono poter esercitare il diritto di raccogliere informazioni, previa intesa con le competenti autorità dell'altro paese, dagli stabilimenti bancari esteri delle banche o dei gruppi bancari sotto la loro responsabilità, anche mediante ispezione in loco;
- 4) l'autorità ospitante, qualora giudichi che non sia stato rispettato in modo soddisfacente uno dei requisiti minimi anzidetti, deve avere la possibilità di imporre restrizioni all'ampiezza e alla tipologia di attività al fine di garantire il rispetto dei propri criteri prudenziali. Tale intervento può giungere fino a stabilire il divieto di creare stabilimenti bancari.

2.6. *Collaborazione sul piano dell'assistenza giudiziaria e di polizia*

Dalla consapevolezza dell'estensione geografica del fenomeno criminale deriva l'esigenza di un'efficace cooperazione tra gli Stati e, in particolare, verso quelli a democrazia debole.

La Conferenza sulla Criminalità Organizzata ha fatto registrare una crescita della sensibilizzazione internazionale sulla necessità di raggiungere una convergenza di intenti su determinati punti cardine dell'azione di contrasto, quali l'armonizzazione delle legislazioni e il rafforzamento della collaborazione nelle attività investigative, inquirenti e giudiziarie, individuando sia i principi-base per la cooperazione a livello regionale e internazionale, sia misure e strategie per prevenire e combattere il riciclaggio dei profitti illeciti.

L'efficacia dell'intesa comune richiede tuttavia una risposta immediata e sostanziale sul piano operativo poiché tra le molteplici cause di diffusione del fenomeno criminale su scala mondiale vanno segnalati due fattori strutturali in rapida evoluzione:

- a) l'asservimento delle forme delinquenziali locali da parte della mafia internazionale, rispondente al disegno criminale di espellere dal "mercato illegale" strutture elementari, sostituendole con organizzazioni complesse e verticistiche;
- b) il processo di "globalizzazione" delle organizzazioni mafiose, che potrebbe condurre alla formazione di oligopoli criminali in grado di muoversi sullo scacchiere internazionale attuando tecniche di "arbitraggio" tra sistemi legislativi ed economico-finanziari più regolamentati e quelli "lassisti" e meno controllati.

Lo stato di avanzamento di tale progetto criminale è favorito da un *gap culturale e ordinamentale* tra le autorità istituzionali dei vari paesi, dovuto a una non uniforme conoscenza del fenomeno, alla differente percezione della sua potenziale pericolosità e all'esistenza dei centri "off-shore", che consentono in molti casi alle organizzazioni criminali di operare massimizzando i profitti e minimizzando i rischi.

È evidente come in tale contesto sia assolutamente indispensabile disporre anche di strumenti di collaborazione internazionale validi sul piano sia dell'assistenza giudiziaria che di polizia, idonei soprattutto a supportare lo svolgimento di indagini finanziarie che rappresentano lo strumento più valido per investigare nei circuiti economico-finanziari.

Ed è proprio in questa prospettiva che si collocano le varie iniziative assunte nelle diverse sedi internazionali quali la Comunità Economica Europea, con una sua specifica direttiva, il Consiglio d'Europa, con la Convenzione di Strasburgo, l'O.N.U. con la Convenzione di Vienna ed infine il GAFI con l'intensa e costante attività di ricerca.

Allo scopo di supportare concretamente l'avvio di investigazioni finanziarie finalizzate alla individuazione e ricostruzione di flussi finanziari illeciti, taluni organi investigativi hanno ricercato forme di diretta collaborazione con organismi di pari natura di altri Paesi, per lo scambio rapido e concreto di informazioni nel particolare settore.

È stato così possibile realizzare forme di assistenza con i seguenti Enti di altri Paesi:

- il TRACFIN (Traitement du Renseignement et Action contre les Circuits Financiers Clandestins), in Francia;
- l'INCIS (National Criminal Intelligence Service), in Inghilterra;
- l'AUSTRAC (Cash Transaction Reports Agency), in Australia;
- Gruppo Esecuzione Indagini Finanziarie del BKA in Germania;
- la Gendarmeria Reale Canadese.

I rapporti stabiliti con gli indicati Enti hanno consentito un considerevole scambio di informazioni su presunte operazioni finanziarie sospette.

È stato, inoltre, possibile sviluppare (e questo è un aspetto di assoluta rilevanza, lo scambio di funzionari con il TRACFIN, l'INCIS ed il BKA.

Ciò ha consentito di realizzare dirette conoscenze tra funzionari impegnati nello specifico settore e di avere cognizione, in modo più approfondito, delle rispettive strutture e tecniche di investigazione.

La cooperazione finora avviata ha, inoltre, dato l'avvio a concrete attività investigative su casi di notevole spessore.

Sono in programma ulteriori possibilità di collaborazione, alcune delle quali da tempo già delineate e che richiedono di essere rivitalizzate.

3. Conclusioni

Le iniziative in campo internazionale ed i risultati fin qui raggiunti, quanto meno in termini di "planetarizzazione" delle esperienze normative maturate nei paesi a legislazione antiriciclaggio avanzata, indicano, senza tema di smentita, che tra le strade da seguire per utilmente contrastare il fenomeno del riciclaggio vi è sicuramente quella della collaborazione. Una intensa e fattiva collaborazione tra le Autorità che a vario titolo hanno competenza nella materia dell'antiriciclaggio consentirà di raggiungere in tale settore concreti e significativi risultati. Il GAFI, d'altro canto, con alcune sue raccomandazioni, auspica il "rafforzamento della cooperazione internazionale" attraverso lo scambio, tra l'altro, di informazioni generali (racc. 30 e 31) oltre che di quelle relative alle transazioni sospette (racc. 32).

QUADERNI PUBBLICATI

- n. 1 — FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Evoluzione tecnica e disciplina giuridica dell'intermediazione finanziaria*, ottobre 1985 (esaurito).
- n. 2 — FRANCESCO CARBONETTI, *Moneta*, dicembre 1985.
- n. 3 — PIETRO DE VECCHIS, *L'istituto di emissione*, febbraio 1986 (esaurito).
- n. 4 — GIUSEPPE CARRIERO, *Governo del credito e Regioni a statuto speciale: il quadro istituzionale*, aprile 1986.
- n. 5 — GIORGIO OPPO, *Una svolta dei titoli di massa (il progetto Monte Titoli)*, aprile 1986.
- n. 6 — LUIGI DESIDERIO, *Le norme di recepimento della Direttiva comunitaria n. 780/77 in materia creditizia*, maggio 1986 (esaurito).
- n. 7 — GIORGIO SANGIORGIO - FRANCESCO CAPRIGLIONE, *La legge bancaria: evoluzione normativa e orientamenti esegetici*, giugno 1986.
- n. 8 — VINCENZO MEZZACAPO, *L'attività bancaria nell'ambito dei movimenti di capitali nella CEE*, giugno 1986 (esaurito).
- n. 9 — FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Le gestioni bancarie di patrimoni mobiliari*, luglio 1986.
- n. 10 — FRANCESCO CARBONETTI, *I cinquant'anni della legge bancaria*, settembre 1986.
- n. 11 — *La legge bancaria*, ottobre 1986.
- n. 12 — CARMINE LAMANDA, *L'evoluzione della disciplina del controllo sul sistema creditizio dalla legge bancaria ad oggi*, dicembre 1986 (esaurito).
- n. 13 — GIOVANNI IMPERATRICE, *L'accertamento dell'illecito amministrativo nel diritto valutario e nel diritto tributario*, marzo 1987.
- n. 14 — GIORGIO SANGIORGIO, *Profilo istituzionale della disciplina pubblicistica del credito*, maggio 1987.
- n. 15 — FRANCESCO CAPRIGLIONE, (a cura di) *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, luglio 1987.
- n. 16 — CARLO TAGLIENTI, *Il credito documentario: nozione, fondamento, problematica*, settembre 1987.
- n. 17 — PIETRO DE VECCHIS, *Aspetti legali delle crisi bancarie in Italia*, gennaio 1988.
- n. 18 — VINCENZO MEZZACAPO, *Il mercato secondario organizzato dei titoli emessi o garantiti dallo Stato*, agosto 1988.
- n. 19 — FRANCESCO CARBONETTI, *Il controllo della Banca d'Italia sulle emissioni di titoli atipici*, ottobre 1988.
- n. 20 — FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Le polizze di credito commerciale*, dicembre 1988.
- n. 21 — FRANCESCO CAPRIGLIONE, *La responsabilità penale del banchiere: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, dicembre 1989 (esaurito).
- n. 22 — MARCELLO CONDEMI, *Le sanzioni amministrative bancarie e la giurisprudenza della Corte d'Appello di Roma*, aprile 1991.
- n. 23 — MARCO MANCINI - MARINO PERASSI, *I trasferimenti elettronici di fondi*, maggio 1991.
- n. 24 — ENRICO GALANTI, *La crisi degli enti creditizi nella giurisprudenza: la liquidazione coatta amministrativa*, giugno 1991.
- n. 25 — FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Note introduttive alla disciplina delle s.i.m. e dell'organizzazione dei mercati finanziari*, giugno 1991.
- n. 26 — AA.VV., *La ristrutturazione della banca pubblica e la disciplina del gruppo creditizio*, gennaio 1992.

- n. 27 — GIORGIO SANGIORGIO, *Le Autorità creditizie e i loro poteri*, marzo 1992.
- n. 28 — FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Il recepimento della seconda direttiva Cee in materia bancaria. Prime riflessioni*, febbraio 1993.
- n. 29 — *Il Sistema dei pagamenti. Atti del Convegno giuridico* (Perugia - S.A.Di.Ba., 23-24 ottobre 1992), settembre 1993.
- n. 30 — OLINA CAPOLINO, *L'amministrazione straordinaria delle banche nella giurisprudenza*, ottobre 1993.
- n. 31 — P. FERRO-LUZZI - P. G. MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, dicembre 1993.
- n. 32 — *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, marzo 1994.
- n. 33 — *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. The 1993 Banking Law*, marzo 1994.
- n. 34 — GIUSEPPE CARRIERO, *Struttura ed obiettivi della legge sui fondi immobiliari chiusi*, novembre 1994.
- n. 35 — LUCIO CERENZA, *Profilo giuridico del sistema dei pagamenti in Italia*, febbraio 1995.
- n. 36 — GIOVANNI CASTALDI, *Il riassetto della disciplina bancaria: principali aspetti innovativi*, marzo 1995.
- n. 37 — VINCENZO PONTOLILLO, *L'evoluzione della disciplina dell'attività di emissione di valori mobiliari*, giugno 1995.
- n. 38 — O. CAPOLINO - G. CARRIERO - P. DE VECCHIS - M. PERASSI, *Contributi allo studio del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, dicembre 1995.
- n. 39 — FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Cooperazione di credito e Testo Unico bancario*, dicembre 1995.
- n. 40 — MARINO PERASSI, *L'attività delle banche in "securities" e la disciplina dei contratti derivati in Giappone*, aprile 1996.
- n. 41 — ENRICO GALANTI, *Norme delle autorità indipendenti e regolamento del mercato: alcune riflessioni*, novembre 1996.
- n. 42 — M. PERASSI - R. D'AMBROSIO - G. CARRIERO - O. CAPOLINO - M. CONDEMI, *Studi in materia bancaria e finanziaria*, novembre 1996.

*Finito di stampare
nel mese di dicembre 1996
presso il Centro Stampa
della Banca d'Italia in Roma.*