

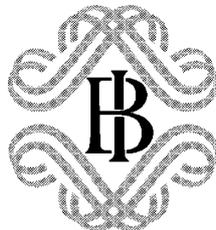
BANCA D'ITALIA

# **Quaderni di ricerca giuridica**

**della Consulenza legale**

**Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare  
nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela**

Roma, 31 gennaio 1997



**Numero 49 - Marzo 1999**

*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.*

*Comitato di coordinamento:*

VINCENZO CATAPANO, SERGIO LUCIANI, PAOLO ZAMBONI GARAVELLI, LUCIO CERENZA.

**Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare  
nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela**

Roma, 31 gennaio 1997

Numero 49 - Marzo 1999

## INDICE

VINCENZO DESARIO	
Introduzione .....	9
ALDO ANGELO DOLMETTA	
Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia .....	13
MICHELE GRILLO E MICHELE POLO	
La standardizzazione dei contratti bancari con particolare riferimento alle Norme Bancarie Uniformi .....	31
LUIGI CARLO UBERTAZZI	
Ancora su Norme Bancarie Uniformi e diritto antitrust .....	47
GIORGIO DE NOVA	
La tipizzazione amministrativa dei titoli e dei contratti prevista dall'art. 117, comma 8° del Testo Unico Bancario .....	65
RAFFAELE LENER	
Il controllo amministrativo sulla correttezza dei comportamenti degli intermediari nei rapporti contrattuali con la clientela .....	71

## Saluto e introduzione del Dott. Vincenzo Desario

*Desidero ringraziare i relatori e tutti i presenti per aver accolto l'invito a partecipare a questa giornata di studio dedicata a un tema che riveste centrale importanza per lo sviluppo del mercato dei servizi bancari e finanziari.*

*Le linee lungo le quali si è modificato il quadro normativo in materia bancaria e finanziaria riflettono una crescente, specifica attenzione del legislatore e delle Autorità di vigilanza ai valori del mercato e della competizione. Di questa visione è parte, non può non esserlo, il tema della trasparenza e della correttezza dei rapporti tra intermediari e clientela.*

*A partire dai primi anni novanta si sono susseguiti interventi legislativi che, nel disciplinare l'attività finanziaria, hanno considerato anche il profilo delle relazioni intersoggettive.*

*Con la legge n. 1 del 1991 viene per la prima volta messo a punto un insieme organico di regole che espressamente presidiano, e concretamente applicano, principi di trasparenza e correttezza nell'attività di intermediazione in valori mobiliari.*

*Il nuovo approccio consiste nel prevedere forme dirette, più incisive, di protezione delle parti con le quali gli operatori finanziari stabiliscono una relazione d'affari; forme di tutela che si aggiungono a quelle tradizionalmente incentrate sul perseguimento di fini pubblici di interesse generale, ma non immediatamente orientate alla tutela del singolo risparmiatore-investitore.*

*In questa linea di politica legislativa si collocano le leggi n. 142 e 154 del 1992, che hanno introdotto norme in materia di credito al consumo e di trasparenza delle condizioni contrattuali.*

*Ricordo la lunga genesi delle iniziative legislative, scandita da un dibattito, spesso aspro, sull'esigenza di rafforzare la protezione del comune cliente bancario, percepito come contraente debole, soverchiato dal preponderante potere contrattuale delle banche.*

*Le direttive comunitarie sul credito al consumo erano orientate sostanzialmente a finalità di trasparenza contrattuale; limitavano il proprio campo d'intervento a quello della concessione di crediti alle persone fisiche; predisponavano specifici strumenti diretti ad agevolare la scelta del consumatore tra offerte di prestito concorrenti in base al confronto sul costo del finanziamento.*

*Il legislatore nazionale ha respinto le istanze di chi intendeva sostituire una definizione amministrativa delle clausole al principio della libertà contrattuale.*

*In sintonia con le linee ispiratrici della normativa comunitaria, è stato preferito un approccio volto ad assicurare, per tutte le operazioni bancarie, la perfetta conoscenza delle reciproche obbligazioni nelle diverse fasi del rapporto: la pubblicità precontrattuale delle condizioni e dei prezzi dei servizi; la definizione del contenuto del contratto; la sua esecuzione. Talune disposizioni, inoltre, perseguono obiettivi più incisivi di equilibrio delle posizioni contrattuali.*

*Le leggi sulla trasparenza bancaria e sul credito al consumo sono entrate in vigore contemporaneamente, senza che sia stato possibile coordinarle adeguatamente. Per qualche tempo ciò ha determinato parziali sovrapposizioni.*

*Il Testo unico bancario, emanato ad appena un anno di distanza, ha abrogato le due leggi, sostituendole con un corpo normativo organico dal quale le sovrapposizioni sono state eliminate.*

*Pur mantenendosi concettualmente distinta dalle norme di vigilanza prudenziale, la disciplina in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali concorre in modo armonico al perseguimento delle finalità di efficienza, competitività e sana gestione degli intermediari sottoposti a vigilanza, enunciate dall'art. 5 del Testo unico.*

*I decreti del Ministro del tesoro emanati sulla base delle leggi che il Testo unico ha sostituito sono rimasti sinora in vigore in forza del principio dell'abrogazione differita. L'esperienza applicativa delle disposizioni vigenti si è ormai consolidata: sono dunque maturi i tempi per dare attuazione alle nuove norme di delegificazione, sostituendo alle precedenti prescrizioni una regolamentazione definitiva.*

*Nel maggio del 1996 è stata effettuata una prima revisione delle Istruzioni applicative emanate dalla Banca d'Italia. In quella sede è stata formulata una specifica raccomandazione agli intermediari sull'opportunità di improntare i rapporti con la clientela alla massima correttezza.*

*Il richiamo non aveva, non ha un significato meramente rituale; sollecita piuttosto la consapevolezza che il contesto operativo è mutato e richiede, più che in passato, l'impegno degli intermediari a operare non solo nel rispetto formale delle disposizioni, ma nell'osservanza sostanziale delle regole di buona fede e di correttezza nelle relazioni d'affari.*

*Questo comportamento - sottolineano le Istruzioni - è connaturato all'essenza del rapporto banca-cliente, che si fonda sulla fiducia; consente, in una prospettiva di più ampio respiro e al di là del breve periodo, di meglio fronteggiare le sollecitazioni della concorrenza; rafforza il grado di fidelizzazione della clientela; accresce la reputazione dell'intermediario sul mercato.*

*La Banca d'Italia guarda con favore alle iniziative di autoregolamentazione promosse da associazioni di categoria del settore finanziario con l'obiettivo di fornire indirizzi e indicazioni operative sulle relazioni con i clienti.*

*Un nodo particolarmente delicato è quello relativo ai controlli sul rispetto della normativa vigente: questi sono attualmente ripartiti tra l'Autorità amministrativa, competente ad assicurare il rispetto della trasparenza precontrattuale, e l'Autorità Giudiziaria, cui è rimesso il compito di dirimere le controversie nate nella fase di esecuzione dei contratti.*

*Considerati i tempi della giustizia civile, particolarmente apprezzata è stata la decisione delle banche di mettere a disposizione della clientela strutture per la soluzione stragiudiziale delle controversie: gli uffici reclami e l'Ombudsman bancario. La Banca d'Italia auspica che analoghe iniziative vengano intraprese anche in altri settori dell'intermediazione finanziaria.*

*L'incisività degli organismi deputati all'esame dei reclami potrebbe accrescersi se soggetti sufficientemente credibili fossero chiamati a rappresentare in modo appropriato le esigenze degli utenti dei servizi bancari e finanziari.*

*Nel corso del 1994 la Banca d'Italia, quale garante della concorrenza nel mercato del credito, ha portato a termine un'istruttoria nei confronti dell'Associazione Bancaria Italiana riguardante, tra l'altro, le Norme Bancarie Uniformi. Si è trattato, per la Banca e per l'Associazione, di un'importante occasione di riflessione congiunta sulle connessioni concettuali e pratiche tra concorrenza e contenuto del contratto, il quale assume grande rilievo per la definizione del prodotto nel mercato dei servizi bancari e finanziari.*

*L'esame delle Norme Bancarie Uniformi ha costituito, altresì, un momento di riflessione più generale dell'atteggiarsi dei rapporti tra intermediari e utenti dei servizi finanziari.*

*Nella circostanza, oltre a sottolineare l'esigenza che gli schemi generali redatti dall'ABI fossero presentati alle associate come raccomandazioni non vincolanti, è stato per la prima volta posto l'accento sul contenuto degli schemi. Si è reputato necessario evitare che in essi figurassero clausole contenenti condizioni economiche, sia in termini di prezzo sia di altri oneri, tali da determinare un assetto non equilibrato del rapporto contrattuale. Si è in tal modo innescata una prima revisione degli schemi contrattuali che regolano il rapporto tra intermediari e clientela.*

*Una nuova verifica dei contratti relativi ai rapporti con i consumatori è stata avviata a seguito dell'entrata in vigore delle norme generali in tema di clausole abusive, inserite nel codice civile dalla legge n. 52 del febbraio 1996, al fine di dare attuazione alla direttiva 93/13.*

*Nella disciplina dei contratti con i consumatori, il legislatore nazionale non si è avvalso della facoltà, pure consentita dalla direttiva, di prevedere un sindacato amministrativo sull'abusività delle clausole; la valutazione resta, quindi, rimessa alla competenza dell'Autorità Giudiziaria.*

*Nel caso di clausole abusive contenute nelle condizioni generali di contratto, le associazioni rappresentative dei consumatori, dei professionisti e le Camere di commercio possono richiedere in via preventiva che il giudice inibisca in generale l'uso delle clausole di cui sia stato accertato il carattere abusivo.*

*Le nuove disposizioni hanno dato luogo a problemi interpretativi. Con specifico riguardo alle deroghe previste per i servizi finanziari, si rende necessario chiarire in che relazione esse si pongano con le norme in materia di trasparenza che già contengono analoghe previsioni.*

*Il complesso tema della tipizzazione dei contratti, dominante nell'istruttoria sulle Norme Bancarie Uniformi, si ripropone come possibile problema della regolamentazione amministrativa con l'approvazione del Testo unico bancario. L'art. 117, comma 8, dà facoltà alla Banca d'Italia di prescrivere che taluni contratti o titoli, individuati attraverso una particolare denominazione o tramite specifici criteri abbiano, a pena di nullità, un contenuto tipico determinato.*

*L'Organo di vigilanza si è sinora avvalso di tale potere per definire gli strumenti per la raccolta del risparmio da parte di operatori bancari e non bancari; l'utilizzo limitato della facoltà di tipizzazione risiede nel convincimento che la norma vada attivata solo in presenza di particolari "fallimenti del mercato", nei casi in cui l'autonomia negoziale degli operatori non raggiunga in via autonoma l'obiettivo di assicurare un sufficiente grado di trasparenza e comparabilità dei prodotti.*

*E' sembrato stimolante promuovere un approfondimento su questo tema, per cercare di definire le potenzialità della norma e le finalità alle quali il suo eventuale utilizzo potrà essere ispirato. Sono certo che i relatori contribuiranno oggi a tracciare i futuri possibili percorsi perché questa facoltà venga esercitata senza che ne risulti pregiudicato il principio dell'autonomia contrattuale.*

*Con il decreto legislativo n. 415 del 23 luglio scorso, recante le norme di recepimento delle direttive comunitarie sui servizi di investimento, i valori della trasparenza e della correttezza, oltre a costituire canoni di comportamento per gli intermediari, sono stati elevati al rango di finalità dell'azione di vigilanza.*

*Prima di illustrare in sintesi il programma dei lavori, desidero fare una breve considerazione sul metodo che abbiamo seguito nell'organizzare la giornata di studio; esso ri-*

*flette una nota costante dell'attività di ricerca e dell'operare quotidiano della Banca d'Italia. Mi riferisco al duplice taglio, economico e giuridico, delle relazioni odierne.*

*La nostra concezione della regolamentazione si fonda sull'idea che disegnare norme per gli operatori del mercato senza condurre un'analisi dei presupposti nonché dei comportamenti che esse incentivano è un'operazione potenzialmente dannosa.*

*Quando si incide con strumenti normativi sull'esercizio dell'attività d'impresa, occorre anzitutto che l'intervento sia ispirato al principio della sussidiarietà rispetto al mercato; all'intervento regolamentare cioè, si deve pervenire soltanto se e nella misura in cui il gioco della concorrenza tra gli operatori non consenta di realizzare autonomamente gli obiettivi perseguiti.*

*Le regole devono contenere incentivi adeguati per motivare i destinatari a perseguire le finalità che con le regole stesse si intendono realizzare.*

*La complementarità dell'analisi giuridica e di quella economica è di tutta evidenza: al contributo che entrambe apporteranno al dibattito sarà possibile trarre significative indicazioni di "policy".*

*La valutazione preventiva degli effetti economici della regolamentazione - ormai consueta in sede di redazione delle Istruzioni di vigilanza - si è rivelata un metodo efficace e ha consentito di coniugare il rigore delle norme con la riduzione al minimo degli oneri per gli operatori.*

*Al prof. Ferro-Luzzi è assegnato il compito di dipanare il filo conduttore dei lavori. Alla luce delle finalità complessive alle quali si ispira l'intervento regolatore, verranno analizzati gli ambiti possibili, per così dire ideali, di incidenza delle diverse fonti di disciplina (legge, norme amministrative e autoregolamentazione) nei rapporti tra intermediari e clientela.*

*L'intervento del prof. Dolmetta sarà dedicato alla normativa in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali e ai suoi rapporti con la disciplina generale delle clausole abusive.*

*Nella seconda parte della mattinata verrà affrontato il tema della standardizzazione delle relazioni contrattuali, sotto il profilo economico e giuridico.*

*Il prof. Grillo analizzerà le motivazioni economiche che inducono le imprese ad adottare strategie di standardizzazione o di diversificazione dei prodotti. Egli riporterà anche il pensiero del prof. Polo sui nessi tra tipizzazione amministrativa e concorrenza.*

*L'analisi dei profili giuridici della standardizzazione contrattuale, affidata al prof. Ubertazzi, sarà incentrata sul rapporto tra concorrenza e standardizzazione e avrà come punto di riferimento il provvedimento della Banca d'Italia in tema di Norme Bancarie Uniformi.*

*Nel pomeriggio, il prof. De Nova si soffermerà sulle finalità potenzialmente polivalenti dell'art. 117, comma 8, del Testo unico bancario e ci condurrà verso il suo inquadramento nel sistema normativo. Al fine di tracciare le linee del possibile utilizzo futuro della facoltà di tipizzazione amministrativa, verranno passate in rassegna anche analoghe esperienze di diritto comparato.*

*Il prof. Lener, infine, individuerà l'oggetto e i limiti del controllo amministrativo sulla correttezza dei comportamenti nel settore bancario, finanziario e dei valori mobiliari, ricercando i confini tra competenze amministrative e competenze dell'Autorità Giudiziaria.*

*Ringrazio ancora relatori e partecipanti con l'augurio che questa giornata di studio riscuota il più ampio successo. Sono, comunque, convinto che gli esiti del seminario saranno di grande utilità per il nostro lavoro.*

ALDO ANGELO DOLMETTA

**NORMATIVA DI TRASPARENZA E RUOLO DELLA BANCA D'ITALIA**



## **1. Premessa**

La relazione intende svolgere le componenti del suo titolo in modo separato, pur se la prima parte assume, naturalmente, anche un compito preparatorio nei confronti della seconda. La prima parte consiste nell'enunciazione, sintetica e alquanto semplificata, delle caratteristiche di fondo della normativa di trasparenza (con lo sguardo attento, in particolare, alle positive discipline di cui agli artt. 115 ss. T.U.b., nonché di cui agli artt. 1469 bis ss. c.c.); e subito appresso nell'indicazione, essa pure sommaria, delle finalità propriamente riconducibili a una normativa di questa impronta.

La seconda parte della relazione intende invece esaminare un profilo specifico (ma di notevole importanza) della vigente normativa di trasparenza relativa alle operazioni bancarie (e degli intermediari finanziari ex art. 106 T.U.b.). Essa cerca di individuare, cioè, il ruolo che per diritto positivo la Banca d'Italia è chiamata a svolgere rispetto alla normativa in oggetto (e per dare immediato conto dell'impostazione pare opportuno fin d'ora precisare che l'analisi, pur incentrandosi sulla norma dell'art. 117, comma 8, T.U.b., non è destinata a esaurirsi in quest'ambito).

## **2. Sintesi delle caratteristiche di fondo della normativa di trasparenza**

2.1. Nel procedere a una descrittiva e schematica enunciazione dei tratti caratteristici della normativa di trasparenza, conviene muovere dall'osservazione che, segnatamente nel lessico della recente letteratura bancaria (si pensi, a titolo di esempio, ai lavori preparatori della legge n. 154/1992), il termine «trasparenza» viene ad assumere due distinti significati: uno generico e un altro specifico.

Nel primo e lato significato la normativa di trasparenza esprime l'idea di un contenimento e di una correzione - direttamente a livello di atto - del potere di predisposizione unilaterale del testo (: contenuto) di un'operazione contrattuale da parte di uno dei contraenti (: il predisponente; nella specie, la banca).

In quanto tale, la trasparenza trova il proprio termine di riferimento e di confronto in questo potere di predisposizione. Potere che in sé viene evidentemente presupposto e riconosciuto dal complesso del sistema normativo (per ciò stesso mal gli si adatta la classificazione di potere di "mero fatto", sovente adottata dalla dottrina; in realtà, da quest'angolo visuale è vero solo che il contraente aderente non è soggetto all'esercizio del potere, ma vi si assoggetta). Potere, inoltre, che si estrinseca in modo peculiare nella predisposizione di condizioni generali di contratto da parte - tipicamente - delle imprese (e, in effetti, l'unicità contenutistica della proposta contrattuale, resa dal meccanismo delle condizioni generali, manifesta in modo esemplare l'intimità del nesso che lega il testo predisposto con le scelte di attività compiute dall'impresa predisponente). Potere, infine, che concerne propriamente - anche se certo non esclusivamente - lo sbocco dell'impresa sul mercato, in termini di collocamento del servizio/prodotto offerto alla clientela.

2.2. L'idea espressa dalla nota nozione di trasparenza (: contenimento/correzione del potere del predisponente) viene poi a specificarsi e ad articolarsi in tre distinti punti o filoni (che naturalmente, a seconda delle scelte concretamente effettuate dal legislatore, possono coesistere oppure no, come pure possono essere variamente combinati tra loro: per un esempio, cfr. il disposto dell'art. 1469 ter, comma 2, c.c.). Punti ancor questi, per la verità, di tratto generico e un poco approssimativo: gli stessi, in effetti, possono essere

perseguiti in misura e intensità diverse, secondo un arco prospettico davvero assai ampio. Si tratta dunque della trasparenza in senso stretto, appunto; dell'equilibrio delle posizioni delle parti del contratto (predisponente/aderente); della buona fede oggettiva.

a) Nel suo significato specifico, la trasparenza esprime il concetto di flusso di informazione sull'operazione predisposta che deve raggiungere ovvero entrare nella sfera di conoscibilità del cliente.

Questo flusso di informazione può venire attestato al livello precontrattuale (sul se» e sul «come» convenga, per il cliente, stipulare il contratto predisposto) e/o in funzione dell'esecuzione del contratto medesimo (così, la consegna di una copia del contratto ex art. 117, comma 1, T.U.b.; comunque, per agevolare sia l'esecuzione dell'operazione contrattuale in termini conformi a quelli in cui essa è stata programmata, sia il controllo dell'effettivo rispetto di tale conformità).

Il flusso di informazione, altresì, può essere congegnato in termini di massa di notizie (tendenzialmente, di dettaglio) da trasmettere al cliente, che poi le deve autonomamente organizzare e discernere, oppure in termini di risultato: così il TAEG; così pure, più in generale, la prescrizione dell'art. 1469 quater, comma 1, c.c., per cui il testo contrattuale deve comunque essere redatto "in modo chiaro e comprensibile" [non sempre, per la verità, questa distinzione viene adeguatamente svolta nella sua complessiva portata: così, posto un dovere positivo di *clare loqui*, non appare comunque corretto conservare poi nel testo contrattuale una clausola di tenore dubbio, come per contro continua a fare la norma dell'art. 1469 quater, comma 2, c.c.: v. SCIARRONE ALIBRANDI, *Prime riflessioni sulla normativa comunitaria n. 93/13 (clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, I, p. 726 s.).

b) Diversamente da quanto accade per la trasparenza in senso stretto, con l'equilibrio delle reciproche posizioni delle parti contrattuali l'idea di contenimento e correzione si rivolge al merito delle scelte compiute dal predisponente. E in questa prospettiva di «equilibrio» viene a parlarsi in due sensi.

L'espressione può assumere, in primo luogo, il significato specifico di proporzione tra le parti nelle clausole del contratto, proporzione a sua volta misurata, poi, in termini formali (così: se consentito al predisponente, il potere di recedere dal contratto deve essere riconosciuto anche al cliente; cfr. l'art. 1469 bis, comma 3, n. 7) ovvero (anche) in termini sostanziali (ad esempio, l'usura). La detta espressione può venire impiegata, in secondo luogo, in un senso più ampio: e cioè facendo diretto riferimento alla protezione - adeguata ovvero eccessiva, appunto - che comunque il predisponente riserva a sé stesso (si pensi, ad esempio, alla classica tematica delle clausole di limitazione della responsabilità).

Sempre in ordine al punto dell'equilibrio va ancora riferita una distinzione che è venuta a diffondersi in letteratura (e che, soprattutto, risulta seguita - in modo tuttavia differente - sia dal T.U.b., che dalla normativa degli artt. 1469 bis ss. c.c.): la normativa di equilibrio, cioè, può modellare le condizioni economiche dell'operazione (di poi ulteriormente distinguibili in contenuto economico primario e contenuto economico secondario; cfr. l'art. 1469 ter, comma 2, c.c.) ovvero (anche o solo) le condizioni non economiche della medesima (: contenuto c.d. disciplinare).

Su quest'ultima distinzione conviene subito fermarsi un attimo. In sé, essa risulta netta, precisa (oltre che «esportabile» al settore dell'informazione): fondandosi sulla separazione del contenuto contrattuale, per l'appunto, in relazione ai costi direttamente sopportati dal cliente. Tuttavia, a me non pare che sia corretto dare enfasi a una simile distinzione; sotto il profilo funzionale, invero, la stessa non appare dotata di gran significato: anche

le clausole disciplinari finiscono per incidere sull'economia globale del rapporto. E ciò è sufficiente per smentire sia l'opportunità di un trattamento per legge differenziato (in punto di equilibrio) tra condizioni disciplinari e condizioni economiche [cfr. DOLMETTA, *Dal testo unico in materia bancaria e creditizia alla normativa sulle clausole abusive* (Direttiva CEE n. 93/13), in *Dir. banca*, 1994, I, p. 446 ss., con immediato riferimento alla contraria scelta del T.U.b. di limitare il proprio «oggetto sistematico» alle sole condizioni economiche]; sia l'opportunità di distinguere a proposito del profilo della concorrenza [cfr., tra gli altri, MAJELLO, *Problematiche in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *La nuova legge bancaria* a cura di Rispoli Farina, Napoli, 1995, p. 313: con le clausole disciplinari si attua “una vera e propria strategia concorrenziale, perché ... si addossano all'utente i rischi dell'evoluzione del rapporto, con la conseguenza che nel momento in cui il predisponente preveda tali clausole ... può praticare prezzi più allettanti e quindi vincere la concorrenza con gli altri operatori che offrono prezzi più elevati”].

Diversamente orientato appare, per contro, il provvedimento antitrust della Banca d'Italia (n. 12, del 3 dicembre 1994), per il quale solo alcune NUB possono in sé risultare lesive della concorrenza, in quanto stabiliscono “condizioni economiche sia in termini di prezzo, sia in termini di oneri a carico delle parti al verificarsi delle possibili vicende del rapporto contrattuale”.

c) Resta da far cenno della buona fede oggettiva. Questa, per la verità, risulta essere - anche sotto il profilo storico - la fonte prima (la «madre», per così dire) sia del filone dell'informazione che di quello dell'equilibrio. Nella misura in cui questi ultimi vengano ad acquisire un proprio peso normativo autonomo, la buona fede oggettiva tende, correlativamente, a vedere ridotta la sua portata operativa. Tuttavia, essa si manifesta comunque destinata a conservare un significato autonomo.

Anzitutto, essa ha il significato di «coprire» spazi ulteriori rispetto a quelli segnati dall'informazione e dall'equilibrio o, in ogni caso, agli stessi non immediatamente riconducibili (si pensi, per ricorrere a un esempio immediato, all'obbligazione di custodia ex art. 1177 c.c.).

Nell'odierna fase di sviluppo del pensiero civilistico, inoltre, essa assume tipicamente - secondo quanto avviene, del resto, nel vigente sistema italiano delle obbligazioni e dei contratti in generale (artt. 1375 e 1175 c.c.) - la veste strutturale di clausola generale (per la letteratura italiana, anzi, la buona fede è la clausola generale “per eccellenza”; cfr. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 29): laddove risulta ancora acerba, «agli inizi» (e v. ora, in specie, la normativa sulle clausole abusive, nell'art. 1469 bis, comma 1, c.c.; per un cenno infra, n. 3.2.) l'idea che informazione ed equilibrio siano in sé apprezzabili in termini diversi da quello di principi ispiratori di specifiche prescrizioni di legge.

Infine, in detta veste (: di clausola generale), la buona fede oggettiva è destinata a operare - secondo l'opinione di una parte della letteratura, almeno - non solo in funzione integrativa (: posizione, a carico delle parti del negozio, di doveri di comportamento ulteriori rispetto a quelli specificamente imposti dalla legge), quanto anche in funzione valutativa delle singole fattispecie concrete (sul punto cfr., da ultimo, DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, di prossima pubblicazione su *Enc. giur.*, agg. 1997, ove pure la constatazione che peraltro, nell'attuale milieu giuridico italiano, non vi è concordia in ordine alla definizione dei contorni contenutistici propriamente da ascrivere alla clausola generale di buona fede).

### **3. Trasparenza e normative del T.U.b. e delle clausole abusive. Disciplina fissata ex lege ed eventualità di meccanismi che alla trasparenza diano propulsione ulteriore**

Per cercare di rendere un poco più concreto il discorso, conviene adesso integrare i dati appena sopra forniti con due ordini di distinte considerazioni.

3.1. Il primo attiene al rapporto tra i tre filoni della trasparenza in senso lato e le normative positive che in questa sede più da vicino interessano: il Testo unico bancario e la disciplina delle clausole abusive ex art. 1469 bis ss. c.c.

Ora, su un punto non credo sia possibile nutrire alcun dubbio (e, del resto, si tratta di un profilo oramai acquisito: i più recenti riferimenti si trovano in SIRENA, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti bancari di credito al consumo*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 355, nota 5): il Testo unico rimane focalizzato unicamente sull'aspetto dell'informazione (in parte di dettaglio, in parte di risultato; per la disciplina del capo I v., da un lato, l'art. 116 e, dall'altro, l'art. 119, comma 1). Solo qua e là vi compare qualche sprazzo in punto di equilibrio: così, nella norma sulle valute (con riferimento alla pregressa prassi bancaria in materia. Sul punto v. gli interessanti rilievi di DI BATTISTA, *Le norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, l. 154/1992, in *Osservatorio monetario*, 1992, n. 2, p. 41 ss.); così - e in termini oggettivamente più accentuati - nella disciplina riservata al credito al consumo e in specie nell'art. 125, (sintomaticamente rubricata, peraltro, "disposizioni varie a tutela del consumatore": a rammentare una qualche incertezza, se non scarsa consapevolezza, del legislatore storico).

Piuttosto è da rimarcare - ché il rilievo appare più «fresco» - come la buona fede oggettiva non rientri, in quanto tale (: quale clausola generale), tra i connotati caratterizzanti di tale normativa. Con ciò, naturalmente, non intendo affermare che il contratto bancario è esonerato dalla regola di buona fede (tutt'altro: per il monito a leggere la disciplina degli artt. 115 ss. T.U.b. in chiave non di sottrazione, ma di soggezione e di dipendenza nei confronti delle regole comuni dei contratti v., ad esempio, DOLMETTA e BASSILANA, *Alcune osservazioni sui più recenti «condizionamenti» legislativi delle operazioni bancarie*, in *Banca, impresa e società*, 1994, p. 73 s.). Constato, però, che il perseguimento dell'obiettivo di buona fede è estraneo alle finalità specifiche, peculiari della normativa in discorso. Il che, tra l'altro, non è certo privo di risvolti pratici: così la verifica del rispetto di questa clausola generale da parte delle banche sicuramente non fa parte dell'ambito dei controlli che l'art. 128, comma 1, T.U.b. rimette alla Banca d'Italia.

Diversa, decisamente, la prospettiva fatta propria dalla normativa sulle clausole abusive, che nei confronti di quella del Testo unico compie un salto di qualità: imperniandosi propriamente su tutti e tre gli aspetti sopra considerati, come trasparente evidente dal testo degli artt. 1469 bis, comma 1, e 1469 quater, comma 1, da ritenere vere norme-cardine di tale regolamentazione.

E tale rilievo, in quanto inteso a segnalare semplicemente il taglio (: il tipo) di intervento normativo effettuato, è destinato a resistere - mi pare - alle (non poche) *défaillances* in cui poi cade la medesima disciplina; *in apicibus*, cioè, esso va oltre, prescinde da una valutazione analitica delle singole clausole per legge reputate (presuntivamente) abusive, come pure dall'autolimitazione del proprio raggio di azione ai contratti conclusi con i consumatori [essendo frutto di un'attività di lobbying (per tutti: ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 282), detta autolimitazione non sembra comunque rivestire, in sé, alcun ruolo in ordine alla ricostruzione sistematica della normativa in discorso. Per un tentativo di interpretazio-

ne «recuperatoria» della norma oggi contenuta nell'art. 1469 ter, comma 2, poi, v. DOLMETTA, p. Dal testo unico, cit., p. 459].

3.2. L'altro ordine di considerazioni preannunciato svolge, per certi versi, una funzione anticipatoria (su un piano a monte dello stretto diritto positivo) della problematica toccata nella seconda parte della relazione.

Secondo l'opinione di una parte della dottrina, una disciplina delle operazioni bancarie in funzione di trasparenza (in senso lato) non necessita di interventi conformativi a livello amministrativo: si tratta di materia in cui la legge come tale può soddisfare le esigenze di tutela che sono alla base della trasparenza, sia mediante prescrizioni analitiche (nel caso, pure di dettaglio), sia mediante clausole generali (cfr., in particolare, NIGRO, *La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*, in *Dir. banca*, 1993, I, p. 578).

Quest'opinione è, a mio avviso, da condividere. Ciò, tuttavia - oltre a non escludere, ovviamente, la possibilità di una diversa opzione da parte dei legislatori storici - lascia impregiudicata (in astratto, perlomeno), l'opportunità di un'attribuzione, in materia di trasparenza, di poteri conformativi a un'autorità amministrativa.

Tento di spiegarmi, prendendo spunto dalla peculiare struttura normativa della disciplina dettata per le clausole abusive. Com'è noto, questa da un lato predispone un elenco (non tassativo) di clausole reputate abusive; dall'altro, essa propone in modo espresso anche delle clausole generali (di buona fede e di equilibrio: art. 1469 bis, comma 1). In tal modo, l'elenco delle clausole viene a dare delle prime indicazioni (concrete) sul concetto di abusività; meglio: fissa una prima soglia - un minimum, si potrebbe dire - della nozione di abusività. Su questa soglia vengono poi ad innestarsi operativamente le clausole generali, a cui risulta così affidata la funzione di propulsione e di implementazione del contenuto minimo di trasparenza (in senso lato).

Ora, di per sé (: in astratto e cioè prescindendo, tra l'altro, dalla scelta compiuta dalla normativa delle clausole abusive nell'art. 1469 sexies), il compito di specificare via via nel tempo (e in relazione pure alle diverse contingenze socio-economiche) il contenuto ulteriore della trasparenza - oltre a essere funzione propria del giudice - ben potrebbe essere affidato (altresì) a un'autorità amministrativa.

Ed è in questa prospettiva, a me pare, che viene naturalmente a collocarsi il problema se, nella materia delle operazioni bancarie, la Banca d'Italia possieda o meno un compito conformativo della normativa di trasparenza; se dunque la norma dell'art. 117, comma 8, non assegni propriamente questo ruolo di propulsione e di implementazione alla Banca d'Italia.

Prima però di passare alla disamina del diritto positivo (cfr. nn. 6 e 7), occorre completare il discorso sulla trasparenza in generale, con un sintetico cenno delle finalità propriamente riconducibili a questa normativa.

#### **4. Cenni sulle finalità riconducibili alla normativa di trasparenza in senso lato**

Per sua natura, la normativa di trasparenza (in senso lato) è rivolta alla tutela del contraente aderente (: il cliente). Ma questo è - all'evidenza - solo uno «scopo-mezzo», strumentale: non indica, cioè, le ragioni per cui l'aderente va protetto.

4.1. In letteratura è del tutto tradizionale l'osservazione che il cliente va tutelato in quanto è un contraente debole. Una simile prospettiva, tuttavia, non appare particolarmente convincente.

Tutelare il cliente in quanto contraente debole significa, con tutta evidenza, che la normativa di trasparenza è propriamente intesa a incrementare la forza contrattuale del medesimo: al potere dell'impresa predisponente si vuole contrapporre un «contropotere» del cliente. Quest'ultimo, altrimenti, non sarebbe in grado di «far valere» (in tutto o in parte) la sua volontà.

Ora, a me pare che, se si fa riferimento al sostegno della forza contrattuale del singolo cliente, una simile idea risulti del tutto irrealizzabile (ma la stessa appare, ancor prima, in aperta contraddizione con l'essenza stessa del fenomeno delle condizioni generali di contratto, che è appunto connotato dall'unicità e serialità dell'offerta di beni e servizi). Se si fa invece riferimento alla «categoria» dei clienti dell'impresa predisponente, tale idea appare viziata da un errore di partenza: ché ciò suppone che sia davvero ipotizzabile una considerazione unitaria dei clienti (in effetti, qualcuno ne parla addirittura in termini di soggetto collettivo: così LISERRE, *Le condizioni generali di contratto tra norma e mercato*, in *Clausole abusive e direttiva comunitaria* a cura di Cesàro, Padova, 1994, p. 20) e, altresì, che detta considerazione unitaria sia poi effettivamente organizzabile in concreto in una «categoria».

A parte ciò, nella prospettiva in discorso la tutela dei clienti dovrebbe polarizzarsi propriamente nel fornire loro un'informazione preventiva (: precontrattuale), in funzione del rafforzamento dell'autonomia contrattuale dei medesimi. Qui, anzi, essa dovrebbe pure esaurirsi: nel gioco, appunto, della contrapposizione di forze (per riprendere una classica formula: «tutti sono liberi di vendere uova marce, purché si dichiarino che le uova sono marce»).

La stessa ipotesi di un controllo di contenuto (: controllo di equilibrio) ex lege mal si concilia con tale prospettiva: il conseguimento di un equilibrio contrattuale risultando il frutto non della forza negoziale e della «volontà» del cliente, bensì di un intervento eteronomo. Meglio: una normativa legale di equilibrio finisce per manifestarsi, in definitiva, un non-senso; e ciò perché la stessa suppone la ricerca di un livello dell'operazione contrattuale diverso da quello identificato dalla lotta tra la forza contrattuale dell'impresa e quella del cliente.

4.2. In materia sembra dunque necessario cercare di battere altre strade (che in questa sede, naturalmente, debbo limitarmi a enunciare). La prima di queste può essere così sintetizzata: la normativa di trasparenza è volta a migliorare (non la forza contrattuale dei soggetti clienti, bensì) l'oggettiva qualità del servizio/prodotto offerto dall'impresa predisponente.

In questa diversa prospettiva, per la verità, l'informazione precontrattuale perde buona parte della sua importanza, anche se, indubbiamente, essa rimane utile: in specie, per rendere consapevole il cliente dell'operazione che va a concludere (circa, cioè, l'effettiva utilità, per lui, del servizio/prodotto offerto: si pensi alla materia del credito al consumo). Altri, tuttavia, divengono i punti realmente qualificanti.

Ad assumere forte rilevanza è, prima di tutto, la delineazione di un programma negoziale in concreto equilibrato; nel senso di idoneo a realizzare, per entrambe le parti, un affare di buon livello; nel fissare, cioè, una soglia minima di (buona) qualità (per rendere palpabile la differenza rispetto alla prospettiva in precedenza considerata: qui la formula-chiave è «nessuno può vendere uova marce»). Il che suppone - va pure messo in evidenza - l'abbandono (consapevole o meno) della tradizionale ottica per cui la dinamica contrattuale resta comunque dominata dal contrasto tra interessi e, quindi, dal conflitto tra forze contrapposte.

Caratterizzante diventa, altresì, il punto della corretta e intelligente esecuzione del programma negoziale. Qui l'intervento normativo di trasparenza (in senso lato) si incarica di predisporre i mezzi opportuni per (cercare di) assicurare un simile risultato (: che il reciproco affare, cioè, vada concretamente a buon fine). E al riguardo, naturalmente, si esplica con pienezza il principio della buona fede (integrativa) nell'esecuzione del contratto. Ma non solo: si pensi al già segnalato punto dell'informazione direttamente posta in funzione dell'esecuzione contrattuale (cfr. sopra, n. 2.2.a.).

Detto questo, in merito sembrano ancora opportune due piccole chiose. La prospettiva in discorso si manifesta, in sé, del tutto coerente con la vigente normativa costituzionale: si veda, in specie, il complesso costituito dalle norme degli artt. 41, comma 2, e 3, comma 2; si può dire, anzi, che tali disposizioni danno alla normativa di equilibrio un fondamento particolarmente forte, affidante. Il perseguimento dell'obiettivo di miglioramento della qualità del servizio/prodotto offerto comporta, per ciò stesso, tutela della produzione delle imprese che, a loro volta, si pongono come partners contrattuali del predisponente.

4.3. Un'altra funzione riconoscibile alla normativa di trasparenza attiene - secondo una rilevazione direi crescente nella recente letteratura - all'incremento dell'efficienza delle imprese predisponenti.

a) La comparabilità (attraverso l'informazione preventiva) delle condizioni generali di contratto può indurre un miglioramento nella concorrenzialità tra le imprese di un settore e dunque spingere verso l'efficienza delle stesse: le imprese "vengono ad essere, da un lato, vincolate alle informazioni da esse stesse fornite, e quindi limitate nella loro libertà di manovra, e, dall'altro, indotte ad evitare condizioni particolarmente sfavorevoli, che spingerebbero il potenziale cliente" a rivolgersi verso altre imprese (così NIGRO, *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, in *Dir. banca*, 1992, p. 423).

Ciò, tuttavia, a condizione che l'informazione sia davvero completa e chiara. E a condizione, ancor prima, che le clausole generali predisposte dalle varie imprese del settore siano effettivamente diverse tra loro (meglio: nella misura in cui siano effettivamente diverse); occorre supporre, cioè, un sistema già concorrenziale e non oligopolistico (cfr. pure TIDU, *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari*, in *Enc. giur. it.*, XXXI, Roma, 1994, p. 2, che nota altresì come una simile realtà sia alquanto "lontana dall'attuale situazione del mercato finanziario italiano").

Da quest'angolo visuale, pertanto, non può non lasciare un poco perplessi l'affermazione contenuta nel citato provvedimento antitrust della Banca d'Italia (n. 12/1994), secondo il quale una certa uniformità delle condizioni generali (riguardo alle clausole disciplinari) facilita la concorrenza perché fa concentrare il cliente sulle diversità effettivamente proposte (in tema di clausole economiche). In realtà, una simile situazione di fatto è, al più, neutra: se è vero che una certa uniformità rende più marcata la concorrenza sui tratti di diversità, è anche vero, però, che la elimina radicalmente su tutti gli aspetti regolati in modo uniforme dalle imprese di settore (cfr. sul punto in particolare SALANITRO, *Disciplina antitrust e contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, II, p. 419 s.; e ora GRILLO e POLO, *La standardizzazione dei contratti bancari*, in *Concorrenza e mercato*, 5/1997, p. 293 ss.).

b) È specialmente il controllo di equilibrio, però, a risultare in grado di incrementare l'efficienza delle singole imprese predisponenti. Nel senso che esso si manifesta propriamente destinato a ridurre le rendite di posizione, i lucri legati non alla natura e alla qualità del servizio/prodotto offerto, bensì a semplici posizioni di prepotere economico.

E viene, nel contempo, a spingere le imprese verso il miglioramento del livello di efficienza delle proprie strutture organizzative [si pensi, ad esempio, alla ventilata necessità che il recesso c.d. brutale della banca dall'apertura di credito sia tempestivo e motivato già nell'atto di esercizio del medesimo (secondo un'affermazione ricorrente la "facoltà di recesso è nella prassi utilizzata dalla banca soltanto al ricorrere di motivi inerenti la meritevolezza del credito, tali da giustificare la revoca del medesimo": così, da ultimo, *Parere ABI*, n. 155, in *Pareri ABI. Repertorio di consulenza normativa dell'Associazione Bancaria Italiana*, 3, Roma, 1996, p. 21)].

Non è forse inutile precisare che, nella specifica prospettiva ora in discorso, la normativa di trasparenza appare destinata a incrementare la concorrenza e l'efficienza delle imprese in un senso ben diverso da quello di un (improbabile) ritorno (?) del cliente a «re del mercato». Nel senso, precisamente, che nel mercato possono resistere solo quelle imprese che - sul piano della loro struttura organizzativa, come pure su quello delle modalità di svolgimento dell'attività imprenditoriale - sono in grado di sopravvivere grazie non a rendite di posizione, ma ai corrispettivi direttamente (e adeguatamente) connessi ai servizi/prodotti immessi sul mercato (: «il mercato è costituito solo dalle imprese che producono uova fresche e le collocano verso un corrispettivo perequato»). E, in effetti, rinunciare all'una o all'altra cosa sembra costituire un'inaccettabile spreco di risorse).

Con il corollario, tra l'altro, che in questa finalizzazione la normativa di trasparenza ben può trovarsi a confliggere, nella realtà fattuale, con il principio della "stabilità complessiva" del sistema bancario che è fissato nell'art. 5 del Testo unico.

4.4. Ciò posto, rimane un'ultima osservazione da svolgere. Normalmente, la finalità di migliorare la qualità del servizio offerto e quella di incrementare l'efficienza delle imprese predisponenti corrono parallele, risultano tra loro coerenti.

Normalmente, si è detto. In effetti, ben può capitare l'ipotesi di una divaricazione - o anche di un'antitesi - al riguardo. Ne costituisce un esempio manifesto la norma dell'art. 1469 bis, comma 3, n. 19, a tenore della quale è abusiva la clausola che fissa un foro territoriale diverso da quello di "residenza o di domicilio elettivo del consumatore" (ma, sempre ad esempio, anche la tematica della congruità del periodo di preavviso *ex recesso ad nutum* della banca dall'apertura di credito può intuitivamente porre in conflitto le due finalità).

## **5. Normativa di trasparenza (in senso lato) e ruolo, per diritto vigente, della Banca d'Italia: la norma dell'art. 117, comma 8, T.U.b**

Compiuto questo rapido sguardo d'assieme sulla normativa di trasparenza, occorre ora transitare all'altro polo indicato al principio dell'esposizione: quello, appunto, del ruolo che, nel sistema vigente, la Banca d'Italia è chiamata a svolgere in relazione alla trasparenza (in senso lato) dei contratti bancari.

Tale tematica si traduce, prima di tutto, nell'interrogativo se il sistema positivo assegni alla Banca d'Italia un potere di regolamentazione attiva in funzione di propulsione e di specificazione di finalità proprie della trasparenza. E la risposta, correlativamente, si focalizza sull'interpretazione da dare alla norma dell'art. 117, comma 8, T.U.b. [per la rilevanza che la norma rientra nell'ambito degli atti di vigilanza regolamentare - atti tutti propriamente tesi a realizzare i fini di cui all'art. 5 T.U.b. -, v. CIRULLI IRELLI, *La vigilanza «regolamentare»*, in *La nuova disciplina dell'impresa bancaria* a cura di Morera e Nuzzo, I, Milano, 1996, p. 47 ss.].

Stanti i rilievi compiuti nella prima parte della presente relazione, peraltro, prima di procedere in tale direzione sembra opportuno svolgere un'osservazione *in limine* (utile per cogliere, mi pare, la reale "dimensione" del problema).

Ipotizzando che la norma affidi alla Banca d'Italia appunto il compito di propulsione e specificazione della funzione di trasparenza, non è per nulla detto, per la verità, che un simile compito rimanga confinato al semplice punto dell'informazione (cfr. sopra, nel n. 3.1.). Posto che la disciplina dettata nel Testo unico contiene pure degli «sprazzi» orientati nel senso dell'equilibrio (seppure di tenore blando), sarebbe infatti seriamente da chiedersi se il relativo (ma ipotetico) potere della Banca d'Italia non debba essere considerato ricomprendere anche quest'ultimo profilo [sicuramente non è così, invece, per il profilo costituito dalla clausola generale di buona fede: che, in quanto tale (v. ancora il n. 3.1), rimane del tutto estraneo allo spettro normativo del Testo unico].

Con la conseguenza che - in caso di risposta positiva all'accennato quesito - l'ipotizzato compito della Banca d'Italia verrebbe a coinvolgere, con riferimento alla materia dei contratti bancari, parte davvero cospicua delle finalità proprie della normativa delle clausole abusive (fermo restando, naturalmente, che il potere della Banca d'Italia sarebbe esercitabile in relazione alle operazioni effettuate con tutti i clienti, consumatori o meno che siano).

## **6. Le perplessità emerse nei confronti della norma dell'art. 117, comma 8, T.U.b.**

Venendo al merito del problema ricostruttivo della norma in questione, non pare discutibile, prima di tutto, che il testo della medesima contenga una certa carica di (opacità, se non meglio di) ambiguità (cfr., per tutti, TIDU, op. cit., p. 6).

6.1. Non a caso in letteratura sono state subito prospettate due diverse linee interpretative della norma. La prima ne propone un'interpretazione «debole»: la norma intende proteggere l'uniformità dei linguaggi informativi; essa non vieta affatto la stipulazione di contratti (atipici e) difforni dalle regole che vengano emanate dalla Banca d'Italia, ma unicamente che "certi contratti o titoli, espressamente e normalmente individuati con un nome o con un contenuto consolidato, presentino un contenuto diverso da quello che prima la prassi e poi la Banca d'Italia hanno determinato" (la frase è di COSTI, *L'ordinamento bancario*, ed. 2, Bologna, 1994, p. 481). È chiaro: secondo questa interpretazione, la norma dell'art. 117, comma 8, possiede sì una funzione di trasparenza, ma concernente un profilo del tutto specifico e particolare. La risposta al quesito sopra enunciato (n. 5) risulta dunque senz'altro negativa.

Risposta positiva (: la Banca d'Italia ha un potere di propulsione della trasparenza) discende, per contro, dall'altra tesi che è stata profilata, la quale riserva alla norma un'interpretazione «forte». Invero, essa si sostanzia nel ritenere che l'art. 117, comma 8, prefiguri una sorta di riserva di intervento della Banca d'Italia sul contenuto dei contratti bancari allo scopo di eliminare i molti profili non trasparenti che essi presentano (l'esplicitazione di questa tesi si deve a un autore attento come NIGRO, *La nuova normativa*, cit., p. 583, il quale l'ha peraltro formulata in forma dubitativa e con riferimento alle sole condizioni disciplinari dei detti contratti).

Ora, la prima di queste tesi (: dell'interpretazione «debole») risulta oggettivamente diffusa, essendo stata in modo espresso accolta da parecchi autori (oltre a COSTI, cfr., tra gli altri, DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 935

ss.; BUONOCORE, *Riflessioni in margine al nuovo testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Banca, impresa e società*, 1994, p. 182; AGRESTI, in *La nuova legge bancaria. Commentario* a cura di FERRO-LUZZI e CASTALDI, Milano, 1996, p. 1843 ss.). Ciononostante, l'altra tesi (: dell'interpretazione "forte") sembra mantenere i tratti dell'idea per così dire strisciante.

Tracce se ne trovano, ad esempio, in chi discorre di "funzione equitativa" della norma (GIORDANO, *La trasparenza delle condizioni contrattuali nella nuova legge bancaria*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 1254). Ma taluno si è spinto ben più in là: affermando che essa rappresenta "in potenza ... lo strumento per una «amministrativizzazione» dei contratti bancari tale da sottrarre pressoché integralmente il contenuto degli stessi all'esplicazione dell'autonomia contrattuale"; e subito aggiungendo che "peraltro tale disposizione potrà essere compiutamente valutata solo sulla base degli eventuali provvedimenti adottati in base ad essa" (così TIDU, op. cit., p. 6 s. E v. altresì l'approccio alla norma prescelto da R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato»*, Milano, 1996, p. 223).

Non escluderei, d'altra parte, che una lettura di tal impronta abbia costituito il presupposto di fondo di alcuni passi del provvedimento antitrust n. 12/1994 posto in essere dalla Banca d'Italia (una rilevazione nello stesso senso - e in termini più accentuati - si trova in GALASSO, *Contratti bancari uniformi e regole di concorrenza nei provvedimenti della Banca d'Italia*, in *Riv. dir. impr.*, 1995, p. 579 ss.).

6.2. Anche una semplice scorsa ai lavori comparsi dopo l'emanazione del T.U.b. fa emergere, però, che altro è il dato saliente che la prima dottrina formatasi in materia presenta rispetto alla norma in questione. Si tratta di un dato trasversale, che va al di là delle due tesi sopra indicate: nei confronti della norma, in effetti, si avverte diffusamente una certa perplessità, se non pure una qualche preoccupazione (e cfr., tra gli altri, BUONOCORE, NIGRO, TIDU, DE NOVA, DOLMETTA).

Perplessità che va indubbiamente oltre la constatazione - scontata e sempre (o quasi) ripetuta - che l'art. 117, comma 8, dà vita a un eccesso di delega (punto, questo, su cui non pare il caso di indugiare: di fronte al persistere nella realtà del diritto vivente di una norma, il trascorrere del tempo non può non stemperare il rilievo del suo essere frutto di un eccesso di delega).

Sembra allora opportuno cercare di evidenziare le ragioni di fondo di tale perplessità: e ciò anche tenuto conto che, se la norma in questione è già stata molto evocata, sulla stessa peraltro il più delle volte ci si è espressi in modo alquanto stringato.

6.3. Di questo atteggiamento perplesso della letteratura mi pare, in definitiva, possano essere individuate tre ragioni di fondo.

a) Nel dibattito svoltosi in Italia nel corso degli anni '70 sulla materia del controllo delle condizioni generali dei contratti (anche) bancari, emerse, tra le altre, una linea di tendenza che stimava - nel quadro sistematico del diritto allora vigente - la Banca d'Italia istituzione strutturalmente estranea, inidonea a svolgere un simile tipo di attività (di controllo, appunto. Cfr., tra gli altri, BENATTI, *Le clausole di esonero da responsabilità nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie* a cura di Portale, I, Milano, 1978, p. 157 s.; SALANITRO, *Le banche e i contratti bancari*, nel *Tratt. di dir. civ.* diretto da VASSALLI, VIII, 3, Torino, 1983, p. 62).

b) Il secondo rilievo appare, (solo) per alcuni versi, contiguo a quello appena formulato. Nella lunga vita della legge bancaria del '36 non sono certo mancati - il punto è ben noto - tentativi di agganciare a specifiche norme (in buona sostanza, all'art. 32, comma

1, lett. b) un potere di controllo della Banca d'Italia sulle condizioni generali di contratto bancarie (le cc.dd. NUB).

Il più rigoroso e avanzato di questi tentativi (PORZIO, *Il controllo amministrativo sulle condizioni dei contratti bancari*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, I, p. 141 ss.; le frasi riportate si trovano a p. 151) giunse alla conclusione che un uso del potere ex art. 32 della Banca d'Italia solo marginalmente (direi quasi *per incidens*) poteva risultare funzionale alla tutela del cliente. "L'interesse del consumatore ... in concreto troverà soddisfazione solo se strumentale o coincidente con l'interesse al governo della liquidità e del credito in funzione dei più vasti obiettivi della politica economica generale": il cliente, di conseguenza "si troverà alla mercé di una valutazione discrezionale che appena lo tocca".

E non v'è dubbio che - nella prospettiva della funzione di trasparenza - quello appena indicato sia un esito davvero scoraggiante: essendo la medesima subordinata al rispetto di altre, prevalenti finalità.

c) In alcuni degli scritti direttamente connessi alla vigente norma dell'art. 117, comma 8, infine, emerge, in particolare, la preoccupazione che un'interpretazione "forte" della norma risulti penalizzante l'autonomia dei privati (AGRESTI, *op.loc.citt.*) ovvero - ma con ben diversa distribuzione degli accenti - che la stessa si sostanzi nel "costringere l'autonomia privata in calchi preconfezionati" (DE NOVA, *op. cit.*, p. 941).

## **7. Esclusione dell'ipotesi, per diritto vigente, di assegnare alla Banca d'Italia un ruolo di propulsione in ordine alla normativa di trasparenza**

Così descritte le ragioni di perplessità legate all'introduzione nel sistema vigente della norma dell'art. 117, comma 8, si tratta ora di verificare la loro utilizzabilità e conducenza in ordine alla soluzione del problema in analisi (: se la norma vada interpretata nel senso di assegnare alla Banca d'Italia un potere regolamentare in funzione di trasparenza).

7.1. Quanto alla prima delle dette perplessità (: la Banca d'Italia si pone come istituzione strutturalmente estranea alla funzione di trasparenza) occorre notare come il quadro normativo attuale risulti ben diverso da quello presente negli anni '70. Oggi, alla Banca d'Italia sono affidati compiti che, per un verso o per altro, attengono a profili di imparzialità (se non proprio di trasparenza): cfr., oltre alla disciplina antitrust, le norme degli artt. 116 ss., 129, 11 comma 4, nonché 70, ultimo comma, del Testo unico.

A ben vedere, però, questa constatazione vale unicamente ad aprire il discorso sull'eventualità di un'interpretazione «forte» dell'art. 117, comma 8, non già a risolverlo.

Basta pensare che, sotto il profilo del sistema generale, si rinviene un chiaro indice contrario all'ammissibilità dell'interpretazione "forte" nella circostanza che il legislatore italiano ha rifiutato - nell'ambito della normativa di recepimento della Direttiva sulle clausole abusive (art. 1469 sexies c.c.) - l'eventualità di affidare ad autorità amministrative un controllo generale e preventivo sulle condizioni generali di contratto (secondo quanto espressamente consentiva, invece, la Direttiva n. 93/13. Su questo «passaggio» v., tra gli altri, ARMONE, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di Barenghi, Napoli, 1996, p. 221 ss.).

Ma si ricordi pure, sempre con riferimento al recepimento della normativa sulle clausole abusive, che il legislatore italiano ha stimato opportuno esonerare a priori dal controllo di abusività solo le clausole riproduttive di disposizioni di legge (art. 1469 ter, com-

ma 3), non anche quelle ripetitive di norme regolamentari (e il rilievo, al di là dell'obliquità che gli è propria, appare davvero importante anche in collegamento con quanto osservato infra, nel corso del n. 7.2).

In definitiva, la cennata trasformazione del quadro normativo inerente la Banca d'Italia ha fatto venire meno la «pregiudiziale» della strutturale estraneità di questa alla funzione di trasparenza: il relativo profilo può ormai essere apprezzato solo sul piano dell'opportunità di politica legislativa (ma su quest'ultimo piano il tema è tutt'altro che chiuso, come mostrano, in particolare, alcune delle decisioni adottate con il provvedimento antitrust n. 12/1994: come quella relativa all'importantissima clausola «fido fino a revoca», risoltasi nell'imposizione di «puntini di sospensione» per la fissazione del termine concesso al cliente per la restituzione delle somme affidate). Detta trasformazione - si ripete - lascia del tutto impregiudicato il merito del discorso specificamente relativo alla ricostruzione della norma dell'art. 117, comma 8.

7.2. Il secondo ordine di perplessità, attinente alla (non) inseribilità della funzione di trasparenza nell'ambito delle finalità che debbono guidare l'azione della Banca d'Italia, si manifesta invece rilevante ai fini in esame: nel senso di escludere la correttezza di un'interpretazione «forte» dell'art. 117, comma 8.

L'art. 5 del Testo unico pone, invero, come finalità fondamentale dell'agire della Banca d'Italia la «stabilità complessiva» del sistema bancario (per la rilevazione che proprio questa è la funzione «preminente» v., tra gli altri, NIGRO, op. ult. cit., p. 579). Con riguardo alla disposizione dell'art. 117, comma 8, ciò significa che un (ipotetico) potere di propulsione in funzione di trasparenza verrebbe a trovare un condizionamento (esterno, ma decisivo) nella finalità di stabilità (la quale ultima ben potrebbe giustificare anche l'immodificabilità assoluta, per un certo periodo di tempo, delle condizioni negoziali attualmente fissate nelle NUB): in buona sostanza che l'esercizio del potere di trasparenza verrebbe a trovarsi subordinato (nell'«an», come nel «quomodo») alla finalità di stabilità (nel sistema normativo del credito assunta a prioritaria non foss'altro perché situata al livello più generale).

Posto questo, mi sembra che logicamente debba seguire che la Banca d'Italia resti arbitra esclusiva dei limiti alla trasparenza imposti dalla finalità di stabilità. In altri termini, le clausole contrattuali (in ipotesi) stabilite dalla Banca ex art. 117, comma 8, sarebbero esonerate da qualunque sindacato di «inefficacia» (art. 1469 quinquies c.c.) per abusività da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria: dato che, evidentemente, i giudici ordinari non hanno il compito di verificare se la finalità di stabilità del sistema bancario (vicenda tipicamente di tratto amministrativo) debba in concreto (in sé, come pure per il «come» e per il «quanto») bloccare la valutazione di abusività delle condizioni generali dei contratti bancari.

Ora, una simile conseguenza a me pare non accettabile. In generale (senza porsi, cioè, particolari quesiti), parte della dottrina ritiene che le clausole fissate ex art. 117, comma 8, restino comunque soggette al sindacato di abusività da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria (cfr. ora SIRENA, op. cit., p. 386). E, in effetti, sostenere il contrario significherebbe, al fondo delle cose, attribuire al microsistema delle condizioni generali dei contratti bancari un'eccentricità (rectius: un'eccezionalità) rispetto al sistema comune che il complesso normativo degli artt. 1469 bis ss. appare davvero ben lungi dall'autorizzare.

7.3. L'ultimo ordine di perplessità sopra enunciato viene a confermare in modo decisivo la soluzione negativa circa l'ammissibilità dell'interpretazione «forte» dell'art.

117, comma 8. Naturalmente, il punto non è la compressione - in quanto tale - dell'autonomia privata: ogni intervento normativo di trasparenza la comporta (: in capo al predisponente). Il punto vero è il tipo specifico di compressione dell'autonomia privata che il meccanismo strutturale predisposto nella norma in esame determina.

Questa norma non stabilisce la nullità o l'inefficacia delle clausole che non rispettano una soglia minima di trasparenza (secondo quanto avviene, invece, nella disciplina delle clausole abusive); stabilisce, bensì, la nullità di qualunque clausola "difforme" da quelle puntualmente fissate dalla Banca d'Italia: e ciò, potenzialmente, per l'intero arco del contenuto dell'operazione.

Ora, una simile prescrizione non appare coerente con la funzione di trasparenza: la quale, di per sé, non richiede affatto che tutte le condizioni generali di un certo tipo contrattuale predisposto da (tutte) le imprese di un settore siano compiutamente uniformi (salvo solo ipotesi del tutto particolari: quale potrebbe essere, appunto, quella in cui si intenda perseguire - in via preferenziale rispetto a ogni altro obiettivo - lo scopo dell'uniformità dei linguaggi informativi).

Secondo il meccanismo contemplato nell'art. 117, comma 8, altresì, la difformità della singola clausola comporta la nullità anche quando il suo contenuto risulta più favorevole al cliente di quello fissato dalla Banca d'Italia. Il che esclude la possibilità di applicare, in tale situazione, la norma dell'art. 127, comma, T.U.b. (derogabilità *in melius* delle disposizioni di trasparenza. Alla stessa conseguenza di disciplina giunge, ma mediante un diverso percorso, DE NOVA, op. cit., p. 939). Ed è questo un esito davvero non coerente né con la funzione generale di trasparenza, né con lo «spirito» caratteristico della disciplina delle clausole abusive (in tali contesti essendo propriamente fisiologica la possibilità di un miglioramento convenzionale della posizione del cliente).

7.4. In conclusione, stimo sicuro che la norma dell'art. 117, comma 8, non attribuisca alla Banca d'Italia un potere di regolamentazione generale in funzione di trasparenza. Che tale norma persegua poi in positivo la funzione dell'uniformità dei linguaggi informativi oppure altri fini è, naturalmente, una «storia» diversa: che qui va tralasciata per non uscire dai compiti che mi sono stati affidati. Sulla disposizione in questione, pertanto, mi limito a esporre qualche brevissima considerazione ulteriore.

a) Se la norma tende a proteggere l'uniformità dei linguaggi informativi, l'ambito della sua applicazione intuitivamente dovrebbe essere a tutto campo: e cioè concernere anche i testi contrattuali (relativi alle operazioni prese in specifica considerazione) predisposti da soggetti diversi dalle banche e dagli intermediari ex art. 106 T.U.b.

b) Seguendo la detta tesi (: dell'uniformità), poi, la protezione dell'aderente «ingannato nel nome» dovrebbe comportare che egli ponga comunque in essere un'operazione di contenuto identico a quello delineato dalla Banca d'Italia. Il che significa individuare nel sistema proposto dall'art. 117, comma 8, un meccanismo di sostituzione automatica di clausole (e ciò non è forse impossibile, specie se si dà una lettura forte della disposizione dell'art. 1339 c.c.) ed escludere, correlativamente, l'applicabilità dell'art. 127, comma 2, T.U.b. (contra DE NOVA, op. cit., p. 940, che per questa ragione ritiene censurabile l'art. 117, comma 8). Ma sarebbe pure da chiedersi se, per converso, basti modificare il «nome» dell'operazione perché un predisponente possa liberarsi da singole clausole ritenute non convenienti.

c) Sempre adottando la tesi indicata, sembra scontato, inoltre, che le clausole fissate dalla Banca d'Italia non debbano sostanzialmente discostarsi da quelle in precedenza proposte dalla prassi.

d) Nella prospettiva dell'uniformità, infine, mi pare in ogni caso sicura la sindacabilità giudiziale per abusività delle clausole concretamente dettate dalla Banca d'Italia.

## **8. Attribuzione alla Banca d'Italia del compito di controllo del rispetto della normativa di trasparenza (art. 128, comma 1, T.U.b.).**

Negare la sussistenza di un potere regolamentare generale in funzione di trasparenza non significa, tuttavia, escludere che la Banca d'Italia abbia, per diritto vigente, un compito importante in relazione a detta materia.

Il riferimento è, precisamente, alla norma dell'art. 128 T.U.b., che attribuisce alla medesima poteri di controllo sul rispetto, da parte delle banche, della normativa di trasparenza dettata nello stesso Testo unico.

Ora, l'importanza di questo compito si lega direttamente alle caratteristiche tipiche del controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto: in particolare, quella dell'episodicità di tale controllo, nonché quella della limitatezza soggettiva del giudicato.

È noto che i costi (in senso lato) necessari per affrontare un giudizio consigliano sovente il cliente di rinunciarvi a priori. Il che, correlativamente, induce spesso le imprese predisponenti a mantenere nelle loro condizioni generali clausole abusive o comunque *contra legem*, trascurando (sulla scorta di una proporzione statistica a loro molto favorevole) di dare peso alle sanzioni negoziali previste dalla legge.

Per queste ragioni, risulta evidente la particolare utilità di un controllo come quello delineato dall'art. 128: svolto da un'autorità amministrativa (oltretutto, di elevata e specifica competenza), diffuso (nel senso che viene a toccare tutta l'attività negoziale compiuta dai singoli predisponenti) e potenzialmente continuativo nel tempo (per la sua reiterabilità). Pertanto, l'efficienza teorica di questo tipo di controllo dovrebbe essere marginalmente superiore di quella in sé riconoscibile al meccanismo dell'azione inibitoria di cui all'art. 1469 sexies).

Ciò fissato, nell'avviarmi a chiudere questa mia relazione, appare opportuno svolgere ancora qualche breve osservazione specifica sul controllo ex art. 128.

a) Anzitutto va rilevato che - trattandosi di attività di controllo del rispetto della legge - comunque non può entrare in gioco a questo proposito la finalità di stabilità contemplata dall'art. 5, comma 1, del T.U. (in collegamento con questa osservazione v. sopra nel n. 7.2.). In realtà, l'attività di controllo ex art. 128 si iscrive direttamente nell'ambito della finalità per ultima indicata dal detto art. 5: quella dell'osservanza delle disposizioni in materia creditizia (l'osservanza, appunto, delle norme degli artt. 115 ss.).

b) La seconda osservazione tocca il punto - all'evidenza rilevantissimo - delle sanzioni (diverse da quelle civili) irrogabili per il mancato rispetto, riscontrato dalla Banca d'Italia, della normativa di trasparenza ex artt. 115 ss.

Secondo l'opinione dei primi commentatori (cfr., tra gli altri, CARRIERO, in *La nuova legge bancaria. Commentario*, cit., p. 1909) il T.U. non prevede alcun tipo di sanzione amministrativa (se non per la violazione degli obblighi di pubblicità, ex artt. 144, comma 3, e 128, comma 2, T.U.b.). Il che ha fatto dubitare dell'effettiva serietà della normativa in discorso (PORZIO, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1172, con diretto riferimento all'art. 9 della legge sulla trasparenza): e non certo a torto, se è vera la premessa.

Di quest'ultima, tuttavia, mi pare lecito dubitare. Non vorrei prendere un abbaglio, ma a me sembra possibile evincere dal tessuto normativo del T.U. la sussistenza di sanzio-

ni amministrative per la violazione in genere della normativa di trasparenza. La disposizione dell'art. 144, comma 4, pone a presupposto delle sanzioni ivi previste, tra l'altro, l'inosservanza delle norme contenute nell'art. 128, comma 1; e quest'ultimo solo in un punto si riferisce a "norme": al suo principio, là dove afferma che l'azione della Banca d'Italia è propriamente volta "al fine di verificare il rispetto delle disposizioni del presente titolo" (VI: quelle appunto che vanno dall'art. 115 in poi).

c) Il potere di controllo della Banca d'Italia riguarda - di per sé - solo il rispetto delle regole contenute negli artt. 115 ss. T.U.b.: non anche quello delle regole contenute nella disciplina delle clausole abusive.

Secondo una certa opinione dottrinale (SIRENA, op. cit., p. 359), tuttavia, la disciplina delle clausole abusive (in specie, l'art. 1469bis, comma 4, n. 2 e n. 5) ha sostanzialmente preso il posto della norma del *jus variandi* (art. 118 T.U.b.) in ordine ai contratti bancari conclusi con i clienti consumatori (: per questi ultimi, cioè, l'esercizio del *jus variandi* richiede sempre la sussistenza di un "giustificato motivo"). Il che fa sorgere un problema che, naturalmente, qui mi limito a segnalare: se la detta sostituzione comporti o no l'estensione del controllo della Banca d'Italia anche in relazione al rispetto delle banche della disciplina del *jus variandi* per i consumatori.

Ma, in realtà, questo spunto viene a sollevare pure una problematica di ben più vasto respiro, peraltro in una prospettiva *de jure condendo*. E' da chiedersi, dunque, se non sia da stimare opportuno un'estensione del controllo della Banca d'Italia al rispetto, da parte delle singole banche, di tutte le prescrizioni normative delle clausole abusive. In sé e per sé considerate, in effetti, le ragioni che rendono utile il controllo di Banca d'Italia sul rispetto degli artt. 115 ss. T.U.b. valgono pure per le norme delle clausole abusive.

Occorre però ricordare che la normativa delle clausole abusive si fonda anche - e tipicamente - su clausole generali (cfr. sopra, n. 3.1). Sì che in tal modo si verrebbe in fondo a riproporre - pur se in via surrettizia - il tema di un potere di "vigilanza attiva" della Banca d'Italia sulle clausole generali dei contratti bancari. In una prospettiva, però, in termini strutturalmente (non difformità, ma soglia minima) e funzionalmente (non stabilità, bensì osservanza della legge) del tutto diversi da quelli propriamente proposti dall'art. 117, comma 8, T.U.b.



MICHELE GRILLO E MICHELE POLO

**LA STANDARDIZZAZIONE DEI CONTRATTI BANCARI  
CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLE NORME BANCARIE UNIFORMI<sup>(1)</sup>**

---

(1) Ringraziamo ALBERTO CYBO OTTONE, ANDREA ENRIA, FEDERICO GHEZZI e MARCO SILVANI per utili discussioni sul tema.



## Introduzione

In questo lavoro vengono esaminati, in una prospettiva di analisi antitrust, gli accordi tra imprese bancarie che hanno come contenuto la standardizzazione delle relazioni contrattuali. Il riferimento esplicito è alle cosiddette "norme bancarie uniformi", cioè le norme e le convenzioni interbancarie emanate o promosse dall'ABI con l'obiettivo di uniformare una molteplicità di schemi contrattuali tra le banche associate e i loro clienti. Nel 1994 queste norme sono state oggetto di un procedimento della Banca d'Italia ai sensi della normativa a tutela della concorrenza. Le questioni che verranno affrontate possono riferirsi anche, in prospettiva, ai criteri di attuazione dell'art. 117 comma 8 del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, che prevede la possibilità per la Banca d'Italia di prescrivere che alcuni contratti o titoli abbiano contenuto tipico determinato.

In generale, una caratteristica tipica dell'attività bancaria è che l'esito del processo produttivo, il prodotto bancario, non è costituito da un bene fisico, successivamente oggetto di uno scambio regolato da un contratto, ma dal disegno in sé della stessa relazione contrattuale tra la banca e i propri clienti. I problemi relativi al disegno e alla libertà di contratto si intrecciano quindi nell'industria bancaria con le stesse scelte produttive di impresa. In particolare la multidimensionalità che caratterizza intrinsecamente ciascuna relazione contrattuale può essere analizzata nell'ambito della teoria delle scelte di "varietà" dei prodotti. In tale prospettiva, ogni clausola contrattuale specifica il contenuto di ciascuna caratteristica, o dimensione, del prodotto. L'equilibrio dell'oligopolio bancario potrà allora essere definito come la scelta, da parte di ciascuna banca, di una particolare combinazione delle clausole contrattuali. Seguendo l'approccio consueto della teoria dell'organizzazione industriale, si studieranno gli equilibri sia dal punto di vista (positivo) delle condizioni di competitività dell'industria, sia dal punto di vista (normativo) dell'efficienza sociale.

Il lavoro è organizzato in tre parti. Nella prima parte si presentano sinteticamente gli esiti del procedimento antitrust del 1994, confrontando in particolare il parere reso dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato con il provvedimento della Banca d'Italia. Nella seconda parte si studiano gli incentivi delle imprese a differenziare o a standardizzare i propri prodotti, alla luce dei risultati della recente teoria dell'oligopolio. L'analisi teorica viene applicata nella terza parte alle condizioni specifiche dell'industria bancaria; viene quindi derivato un quadro normativo generale sulla compatibilità tra accordi interbancari di standardizzazione e condizioni di concorrenzialità sui mercati bancari.

### 1. Il procedimento della Banca d'Italia del 1994

Nel 1994 la Banca d'Italia, in quanto autorità preposta alla tutela della concorrenza nel settore del credito ai sensi dell'art. 20 della legge 287/90, ha adottato, previo parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, tre provvedimenti di chiusura di un'istruttoria, all'origine unica, che aveva come oggetto la compatibilità di alcuni accordi interbancari e delle cosiddette "Norme bancarie uniformi" con l'art. 2 della stessa legge 287/90, relativo al divieto di intese restrittive della concorrenza (1).

Questi accordi, attuati attraverso decisioni dell'ABI, sono volti a uniformare rispetto a una molteplicità di dimensioni un elevato numero di relazioni contrattuali tra le banche

---

(1) Si vedano i tre provvedimenti, *Associazione Bancaria Italiana (ABI)*, rispettivamente in *Bollettino dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, n° 32-33/1994, n° 40/1994 e n° 48/1994. I pareri dell'Autorità garante sono contenuti rispettivamente in *Accordi Interbancari-ABI*, *Bollettino* n° 2829/1994; *Accordi BI/Bancomat*, *Bollettino* n° 40/1994; *Associazione Bancaria Italiana*, *Bollettino* n° 48/1994.

e i loro clienti. Il procedimento ha evidenziato importanti difformità tra il parere dell'Autorità garante e la decisione della Banca d'Italia in merito alla portata competitiva di tali intese; ed è appunto partendo da un'analisi di queste difformità che ci proponiamo di offrire in questo lavoro una interpretazione teoricamente fondata delle condizioni alle quali le pratiche di standardizzazione dei prodotti possano accompagnarsi a restrizioni artificiali della concorrenza.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha espresso il parere che le norme bancarie uniformi debbano essere considerate lesive della concorrenza e quindi vietate. Un'esenzione ai sensi dell'art. 4 della legge 287/90 può essere prevista per alcune norme relative a prodotti finanziari destinati alla copertura di rischi di tasso e di cambio, *per il particolare rilievo dal punto di vista dell'efficienza del mercato* che assume per questi prodotti l'uniformità di una certa parte del contenuto contrattuale. Richiamando il regolamento CEE sui contratti assicurativi l'Autorità garante ha suggerito inoltre che l'esenzione possa essere applicata quando: (a) si menzioni esplicitamente la natura indicativa delle norme uniformi e la possibilità di stipulare clausole diverse; (b) le norme siano accessibili a chiunque e comunicate su domanda. La decisione della Banca d'Italia è invece costruita sulla distinzione tra norme relative a *condizioni economiche* e norme che hanno come oggetto *condizioni non economiche*: le prime devono essere comunque considerate vietate e non esentate; le seconde sono invece non lesive della concorrenza e quindi ammesse.

Il parere dell'Autorità garante è costruito su due premesse, una fattuale e l'altra interpretativa. In primo luogo l'Autorità garante afferma che, nel loro insieme, le norme bancarie uniformi definiscono nel dettaglio ed esaustivamente il prodotto delle attività bancarie rilevanti, non lasciando in questo modo margine alle imprese per concorrere nello spazio delle caratteristiche dei prodotti. In secondo luogo l'Autorità garante ritiene che a ciascuna clausola occorre attribuire singolarmente rilevanza economica, in quanto ciascuna singola dimensione del prodotto è suscettibile di un contenuto concorrenziale. Queste due premesse non sono condivise dalla Banca d'Italia. Con riferimento alla prima premessa, la decisione della Banca d'Italia afferma, in contrasto con il parere, che le norme bancarie uniformi lasciano scoperte rilevanti dimensioni suscettibili di differenziazione da parte delle banche; con riferimento alla seconda premessa si argomenta che soltanto a talune clausole, e non a tutte, debba essere riconosciuta rilevanza economica: in particolare le clausole economicamente rilevanti vengono concretamente ristrette a un insieme di condizioni che, implicando effetti distributivi a danno dei consumatori, manifestano un assetto non equilibrato del rapporto contrattuale e quindi un contenuto *abusivo*. In via esemplificativa, possono essere richiamate (1) le condizioni che riservano alla banca la facoltà meramente potestativa di modificare le norme che disciplinano il contratto; che dispongono che le risultanze contabili delle banche fanno prova nei confronti del cliente; che fissano termini di adempimento, di esercizio di poteri o facoltà, di efficacia e di opponibilità; che indicano un termine discrezionale per un adempimento a carico della banca, etc.. In ognuna di tali circostanze le condizioni fissate hanno una ricaduta immediata e diretta nella forma di *oneri* a carico delle parti al verificarsi delle possibili vicende del rapporto contrattuale; esse sono, per così dire, assimilabili a condizioni "di prezzo". Il parere dell'Autorità garante riconosce che soltanto parte - benché una parte non trascurabile - delle clausole mostra effetti distributivi (del surplus dello scambio) a danno dei consumatori, ma ritiene che la standardizzazione rappresenti comunque in se una preclusione della concorrenza, indipendentemente dall'effetto *direttamente* distributivo di ogni singola clausola. La Banca

---

(1) Si veda l'elenco contenuto nel § 37 della decisione ABI, in *Bollettino*, n° 48/1994.

d'Italia ritiene per converso che non possa esservi preclusione della concorrenza quando la standardizzazione è relativa a clausole che non hanno un contenuto economico *diretto*.

Infine, sia il parere dell'Autorità garante, sia la decisione della Banca d'Italia riconoscono che la standardizzazione può avere, *in generale*, benefici dal punto di vista sociale. In particolare l'Autorità garante riconosce che la standardizzazione consente miglioramenti sia di offerta (quando rende possibili desiderabili effetti di rete) sia di domanda (in quanto riduce i costi di ricerca). Quest'ultimo argomento era stato vivacemente sostenuto dall'ABI che aveva individuato nella maggiore confrontabilità delle condizioni di prezzo tra prodotti con caratteristiche standardizzate i benefici intrinsecamente concorrenziali delle norme uniformi. Pur non negando l'argomento dell'ABI, il parere dell'Autorità garante conclude che i costi sociali della standardizzazione nel precludere una lecita e benefica concorrenza non-di-prezzo siano preponderanti rispetto ai benefici. L'argomento dell'ABI viene riproposto in una forma teoricamente più sofisticata dalla Banca d'Italia che condivide con l'Autorità garante l'opinione che la differenziazione del prodotto si connota come strumento strategico per allentare la concorrenza sul prezzo; ma, sulla base della premessa che la standardizzazione non esaurisce di fatto tutte le dimensioni del prodotto, la decisione valuta che "una tipizzazione contrattuale *residua* ... (possa consentire) ... una positiva concorrenza nelle variabili di prezzo, senza precludere ... la possibilità di competere sul piano della differenziazione del prodotto" (1).

Le difformità tra il parere dell'Autorità garante e la decisione della Banca d'Italia possono in conclusione essere ricondotte a divergenze su due elementi: un elemento fattuale - se cioè la standardizzazione sia tale da esaurire completamente le possibilità delle banche di farsi concorrenza sulle caratteristiche dei prodotti - e un elemento interpretativo, sulla valenza competitiva di ciascuna singola clausola contrattuale. Per quanto concerne la divergenza nell'elemento di fatto, è certamente insoddisfacente che esso venga postulato, e non provato, sia nel parere dell'Autorità Garante, sia nella decisione della Banca d'Italia; anche se sembra plausibile ritenere che spetti alla Banca d'Italia, che sostiene che le norme uniformi oggetto del provvedimento lasciano scoperte dimensioni suscettibili di differenziazione, di provare che le cose effettivamente stanno così. Per quanto concerne le divergenze nell'elemento interpretativo, esse possono essere spiegate da un'insufficiente analisi teorica, sia del parere sia della decisione, nel valutare esplicitamente gli *incentivi* delle imprese a standardizzare o a differenziare i propri prodotti. In particolare, il parere e la decisione trascurano di considerare che la standardizzazione ha sempre due effetti simultanei e contrari sulla concorrenzialità del mercato: da un lato, favorisce il confronto tra i prodotti da parte dei consumatori; ma al contempo favorisce il coordinamento collusivo da parte dei produttori, perché riduce i costi del controllo reciproco.

L'incompletezza dell'analisi teorica sugli incentivi delle imprese a standardizzare o a differenziare i propri prodotti (soprattutto in condizioni sufficientemente complesse che includano in particolare costi di ricerca e *switching costs*) ha conseguenze importanti anche al fine di una valutazione delle ricadute positive di benessere (per effetto di rete, o per riduzione dei costi di ricerca): il punto è che in generale le imprese possono essere incentivate individualmente a porre in atto comportamenti in grado di accrescere il surplus dello scambio, *solo a condizione* che nell'equilibrio di oligopolio siano poste in condizione di appropriarsi almeno in parte di tale maggior surplus.

Ai fini di un'applicazione delle norme a tutela della concorrenza la domanda cruciale può essere parafrasata nella forma seguente: cosa è possibile inferire, circa la natura com-

---

(1) Si veda il § 43 della decisione ABI, in *Bollettino*, n° 48/1994.

petitiva o collusiva dell'equilibrio di oligopolio, dall'osservazione di comportamenti standardizzati delle imprese? Se infatti le imprese hanno incentivo a standardizzare i propri prodotti solamente a condizione che l'equilibrio oligopolistico sottostante abbia natura collusiva, allora una pratica di standardizzazione diventa segnale di un contesto collusivo (1), e le eventuali ricadute di benessere della standardizzazione (effetto rete, riduzione dei costi di ricerca, ecc.) diventano trascurabili e irrilevanti, giacché l'assenza di effettiva concorrenza annulla presumibilmente i benefici per i consumatori (2). Se invece le imprese possono avere incentivi a standardizzare le caratteristiche dei propri prodotti anche in assenza di equilibri collusivi, allora gli accordi di standardizzazione potranno essere interpretati come intese non restrittive della concorrenza; ciò implica che tali intese non possono essere vietate *per se*, ma devono essere suscettibili dell'applicazione di una *rule of reason*, e devono essere valutate come socialmente desiderabili se ad esse si associano ricadute positive di benessere.

Prima di passare esplicitamente all'analisi teorica degli incentivi delle imprese a standardizzare i propri prodotti è necessario chiarire un'ultima questione connessa con la divergenza tra parere dell'Autorità garante e decisione della Banca d'Italia su quali clausole devono essere interpretate come aventi rilevanza economica. Nella letteratura di organizzazione industriale, la differenziazione del prodotto è studiata in una duplice dimensione: si ha *differenziazione orizzontale* quando la differenziazione di una certa caratteristica (ad esempio, nel nostro caso, una certa clausola) è ritenuta migliorativa da alcuni consumatori, ma peggiorativa da altri; si ha invece *differenziazione verticale* quando gli effetti sono uniformi per tutti i consumatori (per esempio, quando una certa clausola è *ceteris paribus* preferita uniformemente da tutti i consumatori). In generale all'interno della standardizzazione verticale si può includere anche l'allineamento di una serie di clausole contrattuali che concorrono, nella forma di oneri a carico del consumatore cliente, a formare direttamente o indirettamente il prezzo finale, essendo il prezzo una variabile "verticale" per eccellenza. Ora, la distinzione che la Banca d'Italia introduce tra clausole relative a condizioni economiche - in quanto clausole che implicano effetti distributivi a danno dei consumatori - e clausole relative a condizioni non economiche suggerisce che la decisione intende attribuire rilevanza concorrenziale solo agli accordi, o comunque alle pratiche concertate, di standardizzazione lungo la dimensione verticale relativa alle diverse componenti che formano il prezzo.

Questa restrizione è però teoricamente non giustificata. In primo luogo, anche la dimensione orizzontale della differenziazione o della standardizzazione, come sarà argomentato in modo preciso nel paragrafo seguente, ha implicazioni importanti nel caratterizzare le condizioni di concorrenza in un mercato. In secondo luogo, la dimensione orizzontale e dimensione verticale della differenziazione sono tra loro legate per una ragione che assume particolare rilevanza nel caso delle clausole dei contratti bancari. La maggior parte di tali clausole infatti, singolarmente prese, si collocano in modo evidente lungo la dimensione verticale della differenziazione. Ma la combinazione di più clausole *in uno stesso contratto* crea le condizioni per la differenziazione orizzontale: un modo per due banche di differenziare orizzontalmente un contratto (per semplicità dell'esempio costituito solo da due clausole) è infatti per ciascuna banca di combinare una clausola nella

---

(1) Può essere utile richiamare che è questo l'approccio con il quale la Commissione Europea tratta il problema degli scambi di informazione tra le imprese: poiché la teoria suggerisce che le imprese non hanno incentivo a scambiare informazioni se l'equilibrio di mercato non è collusivo, osservare scambi di informazione è interpretato come evidenza di intesa collusiva.

(2) Si veda DONATIVI (1996).

specificazione preferita (verticalmente) da tutti i clienti con una seconda clausola nella specificazione meno preferita (anch'essa verticalmente) da tutti i clienti. A uno stesso prezzo del contratto, i clienti si divideranno tra le due banche: coloro che, nel proprio ordinamento di preferenze, danno maggior "peso" alle condizioni della prima clausola rispetto alle condizioni della seconda clausola preferiranno la prima banca; coloro che danno maggior peso alle condizioni della seconda clausola rispetto alla prima preferiranno la seconda banca.

L'enfasi posta nella decisione della Banca d'Italia sulla dimensione verticale della standardizzazione e quindi sulla natura *abusiva* delle clausole è benché questa non sia irrilevante (1) - sembra essere mal posta anche per un'ulteriore ragione: in quanto riduce i costi del controllo reciproco di un eventuale accordo collusivo sui prezzi, la standardizzazione può essere rilevante anche se la sua incidenza economica *diretta* sulla clientela (cioè quanto l'applicazione in se della norma uniforme accresca la quota di surplus appropriata dal produttore) è quantitativamente trascurabile, e quindi anche se non riveste natura abusiva. Una norma di standardizzazione non abusiva può essere infatti ugualmente restrittiva della concorrenza, se funge da meccanismo (indiretto) del coordinamento collusivo.

## **2. Gli incentivi delle imprese oligopolistiche a standardizzare i contenuti di un contratto**

Discuteremo in questo secondo paragrafo le condizioni generali alle quali la standardizzazione delle caratteristiche dei prodotti in oligopolio implica un comportamento collusivo, sia direttamente - cioè relativamente al contenuto di prezzo, o di oneri contrattuali assimilabili al prezzo, delle scelte di standardizzazione - sia indirettamente. Si proverà che in una classe ampia di circostanze le imprese possono avere un incentivo a standardizzare i propri prodotti anche in un contesto genuinamente competitivo, cioè in assenza di un accordo collusivo sottostante; più specificamente tale incentivo dipende dalla combinazione di due elementi:

(I) quanto la standardizzazione accresce il surplus dello scambio tra imprese e consumatori;

(II) quanto il potere monopolistico delle imprese (non imputabile a un contesto collusivo) resta elevato, anche dopo la decisione di standardizzare i prodotti.

Per introdurre la questione, si consideri, in primo luogo, il caso in cui le imprese competono su una sola dimensione del prodotto, il prezzo. Di per sé, l'osservazione empirica di una standardizzazione del prezzo quale unico termine del contratto nell'ambito di uno stesso mercato non dà alcuna informazione sulla natura della concorrenza: in un modello così semplificato infatti il prezzo è *unico* sia in un equilibrio di concorrenza, sia in una solu-

---

(1) La decisione della Banca d'Italia non è costruita in vacuo. L'autorità comunitaria, in numerose decisioni in materia di accordi interbancari prevalentemente sui sistemi di pagamento, ha espresso un atteggiamento di favore verso i processi di uniformazione che aumentano l'efficienza, a condizione che non abbiano incidenza economica diretta nei confronti della clientela. Il caso italiano in esame sembra tuttavia differente da questi precedenti europei, almeno per quanto riguarda l'ampiezza delle relazioni contrattuali coperte dalle norme uniformi: in altri termini, l'accordo ha come contenuto non la specificazione di un particolare prodotto, ma pressoché l'intero spettro dell'attività bancaria.

zione collusiva (1). Sia la concorrenza, sia la collusione devono essere infatti interpretati come meccanismi di coordinamento: è la forma particolare del coordinamento, e non il coordinamento in se, che aiuta a chiarire a fini interpretativi la natura competitiva dell'equilibrio: nel processo concorrenziale il meccanismo di coordinamento - e quindi la standardizzazione, cioè la convergenza del prezzo - è operato impersonalmente dal mercato; nella soluzione collusiva il meccanismo di coordinamento è operato personalmente dalle imprese, attraverso accordi che possono essere sia espliciti sia impliciti (con pratiche facilitanti come scambi di informazioni, *price-leadership*, e altre forme di parallelismo).

Per pervenire a conclusioni più precise sulla natura del processo concorrenziale è necessario arricchire il modello considerando la possibilità che le imprese competano su più dimensioni: il prezzo e una, o più, variabili di "varietà".

## 2.1 *Le imprese competono su due dimensioni: il prezzo e una variabile di qualità*

Considereremo innanzi tutto il contesto tipicamente indagato nei modelli classici sulla scelta di differenziazione delle imprese: il caso in cui la varietà del prodotto può essere ricondotta a una variabile dimensionale (2). In questo contesto le connessioni tra scelta di differenziazione e condizioni di concorrenza possono essere sintetizzate in un risultato preciso e generale:

(I) quando la determinazione in equilibrio del prezzo avviene in un contesto concorrenziale, le imprese hanno un preciso incentivo a differenziare le caratteristiche del prodotto: con prodotti con caratteristiche omogenee infatti la concorrenza sul prezzo condurrebbe a un esito *alla Bertrand* che annullerebbe completamente i profitti. La differenziazione sulla dimensione non di prezzo allenta invece il rigore della concorrenza sul prezzo e lascia in equilibrio alle imprese profitti positivi. Con una sola dimensione della varietà questo risultato è teoricamente robusto e generale: esso vale sia nel caso della differenziazione orizzontale dei prodotti (3), sia nel caso di differenziazione verticale (4). Il risultato si mantiene inoltre anche nel caso in cui ciascuna impresa produce una linea di prodotti (differenziati tra di loro): in equilibrio le imprese scelgono linee di prodotto che hanno intersezione nulla (5);

(II) quando invece la determinazione in equilibrio del prezzo avviene in un contesto collusivo (le imprese possono cioè coordinarsi sul prezzo una volta scelte le caratteristiche dei propri prodotti) le ragioni per la differenziazione appena esposte vengono meno e si sostituisce invece un incentivo opposto: infatti, mentre non è necessario differenziare il prodotto per costituire una posizione monopolistica (ed evitare l'esito *alla Bertrand*), la standardizzazione riduce il costo del controllo reciproco dell'accordo collusivo sul prezzo (6).

---

(1) In passato si è avuta una non piccola letteratura teorica e giurisprudenziale antitrust che si riprometteva di derivare implicazioni pro o anti concorrenziali dall'osservazione di uniformità dei prezzi, e che è pervenuta a conclusioni contrastanti. Negli anni '30 la convergenza veniva interpretata come indice di un contesto concorrenziale e la differenziazione come specchio di un potere di monopolio che consentiva di segmentare il mercato e di discriminare rispetto al prezzo; in tempi più recenti la conclusione si invertiva: la convergenza dei prezzi veniva interpretata come esito di comportamenti collusivi, la differenziazione come indice di un contesto competitivo.

(2) È questo il contesto studiato nel lavoro originario di Hotelling, nel quale la differenziazione orizzontale dei prodotti veniva interpretata come un problema di localizzazione su un "segmento".

(3) Il riferimento classico è D'ASPROMONT, GABSZEWICZ e THISSE (1979).

(4) Il riferimento classico è Shaked e Sutton (1982 e 1983).

(5) Si veda CHAMPSAUR e ROCHET (1989).

(6) Si veda FRIEDMAN e THISSE (1993).

In conclusione, nell'ambito specifico di un modello nel quale le imprese possono competere soltanto su una variabile di prezzo e su una variabile di qualità, gli incentivi alla standardizzazione sono direttamente proporzionali alla presenza di condizioni collusive; in queste circostanze, una pratica di standardizzazione dei prodotti deve essere interpretata in modo non ambiguo come *evidenza di equilibri collusivi sottostanti*.

## 2.2 *Le imprese competono su più dimensioni di varietà; l'effetto dei costi di ricerca da parte dei consumatori*

Il risultato teorico presentato nel paragrafo 2.1) si modifica tuttavia significativamente se il modello viene esteso dal caso unidimensionale al caso in cui le imprese possono differenziare il proprio prodotto lungo più dimensioni di varietà. In generale, infatti, quando ciascuna impresa sceglie la specificazione del proprio prodotto sono in azione due effetti contrapposti: da un lato differenziare il prodotto allenta la concorrenza sul prezzo; dall'altro, per ogni data scelta di varietà dell'impresa concorrente la domanda di un'impresa è più elevata quanto più essa sceglie una localizzazione "centrale" nello spazio delle caratteristiche. Il risultato esposto nel paragrafo precedente dipende dal fatto che, con una sola dimensione della varietà, l'effetto "concorrenza sul prezzo" domina sempre l'effetto di domanda.

Ma questo secondo effetto torna in gioco nel caso multidimensionale e può essere inoltre amplificato se i consumatori devono sostenere costi di ricerca prima di poter determinare la qualità preferita. Se infatti la presenza di costi di ricerca rafforza ulteriormente il potere monopolistico di cui l'impresa viene a godere differenziando il proprio prodotto, dall'altro con una configurazione differenziata dei prodotti essa riduce il surplus derivante dallo scambio

L'incentivo dei produttori a standardizzare per ridurre i costi di ricerca e accrescere così il surplus dello scambio è tuttavia legato alla possibilità che ciascuna impresa possa appropriarsi, almeno in parte e comunque in modo da recuperare i costi opportunità di tale scelta, del maggior surplus dello scambio. I modi attraverso i quali, quando le imprese competono su più dimensioni di varietà, l'effetto di domanda prevale sull'effetto di allentamento della concorrenza sul prezzo sono stati analizzati da Irmen e Thisse (1996). I due autori mostrano che, al fine di allentare la concorrenza sul prezzo, è sufficiente che il prodotto sia differenziato su una sola dimensione; la standardizzazione sulle dimensioni residue può quindi accrescere il surplus dello scambio senza indebolire il potere monopolistico delle imprese di appropriarsi di tale surplus (1).

L'aumento del numero delle dimensioni rispetto alle quali il prodotto può essere differenziato conduce quindi a un risultato teorico che può spiegare la standardizzazione come esito di un gioco competitivo tra le imprese. La sola condizione che deve essere soddisfatta

---

(1) Più specificamente dal punto di vista analitico, IRMEN e THISSE (1996) dimostrano che, quando il prodotto può essere differenziato rispetto a "n" differenti caratteristiche e ciascuna di esse "pesa" in modo pressoché equivalente per i consumatori, il gioco della scelta della varietà ammette "n" equilibri in ciascuno dei quali le imprese differenziano al massimo il prodotto lungo una sola caratteristica e lo standardizzano rispetto a tutte le (n-1) caratteristiche residue. In questo modo le imprese offrono prodotti "pressoché" simili, ma sono comunque in grado di allentare la concorrenza sul prezzo. Il numero degli equilibri si riduce a uno se esiste una caratteristica "saliente", cioè una caratteristica con riferimento alla quale il costo di allontanamento dei consumatori dalla propria specificazione ideale è più elevato della somma dei costi di allontanamento dalla specificazione ideale di tutte le caratteristiche residue del prodotto. Intuitivamente, la differenziazione lungo la caratteristica saliente massimizza il potere monopolistico dell'impresa, e l'unico equilibrio di Nash del gioco della scelta della varietà implica massima differenziazione rispetto alla caratteristica dominante e standardizzazione rispetto alle caratteristiche restanti.

affinché la standardizzazione possa essere compatibile con un equilibrio non collusivo è che essa non sia "completa". Questa condizione si rivela particolarmente rilevante, nel caso relativo alle norme bancarie uniformi, quando si confronta il parere dell' Autorità garante (secondo il quale "le norme bancarie uniformi definiscono nel dettaglio ed esaustivamente il prodotto" ... descrivendo ... "Contratti-tipo nei quali viene determinato nel dettaglio il contenuto della clausola") con la decisione della Banca d'Italia (secondo cui "le norme bancarie uniformi lasciano scoperte rilevanti dimensioni suscettibili di differenziazione da parte delle banche").

Per altro verso tuttavia, diversamente dall' argomento dell' ABI e dalla sua riproposizione nella decisione della Banca d'Italia, la maggiore confrontabilità delle condizioni di prezzo tra prodotti con caratteristiche standardizzate arreca ai consumatori benefici concorrenziali trascurabili: le imprese standardizzano *perché* così facendo accrescono il surplus dello scambio, ma sanno che la differenziazione lungo un' unica caratteristica è sufficiente a lasciare loro un elevato potere "monopolistico" per appropriarsi di tale surplus. L' equilibrio del gioco di oligopolio descritto si determina in altri termini in un contesto di mercati segmentati: ma l' essere un *equilibrio* - anzi, l' unico equilibrio - di un gioco non cooperativo rende la fattispecie immune dall' applicazione delle norme sulle intese "restrittive" della concorrenza (1).

### 2.3. *Ulteriori incentivi alla standardizzazione in assenza di collusione: la presenza di switching costs*

Considerare la presenza di costi di sostituzione del fornitore (*switching costs*) allarga la possibilità di giustificare teoricamente la standardizzazione dei prodotti in assenza di coordinamento collusivo (2).

Conviene innanzi tutto distinguere i *switching costs* a seconda che essi siano dipendenti o indipendenti dalle scelte di differenziazione produttiva delle imprese. Quando i *switching costs* sono esogeni in tale rispetto, la loro presenza aggiunge al modello un elemento indipendente di imperfezione della concorrenza, in virtù del quale le imprese possono appropriarsi del surplus dello scambio anche se producono beni omogenei (il paradosso di Bertrand non opera più se per i consumatori è costoso sostituire i fornitori). Di conseguenza le imprese non hanno incentivo a modificare endogenamente (attraverso la differenziazione del prodotto) la struttura competitiva dell' industria; al contrario, opera invece un incentivo *diretto* alla standardizzazione del prodotto perché l' offerta di una varietà insufficiente di prodotti, o di una varietà diversa da quella dei concorrenti, potrebbe indurre i consumatori a rivolgersi a più fornitori e ciò mitigherebbe il potere di monopolio creato dai *switching costs*. In tali circostanze le imprese hanno un preciso incentivo a non offrire prodotti singoli, ma, ogniqualvolta sia possibile, linee di prodotti standardizzati.

Anche in questo caso tuttavia la standardizzazione non rende il contesto più concorrenziale. La scelta di standardizzare si giustifica infatti per le imprese solo in conseguenza del fatto che l' industria è caratterizzata da rilevanti elementi di monopolio" e i benefici

---

(1) Philips (1995) ha convincentemente argomentato che non è possibile, dal punto di vista dell' intervento normativo, attribuire caratteristiche di restrizione della concorrenza a esiti di un mercato oligopolistico compatibili con un equilibrio di Nash di un gioco non cooperativo uniperiodale.

(2) Per un' analisi dei meccanismi concorrenziali quando i consumatori devono sostenere switching costs, si veda KLEMPERER (1995).

della standardizzazione dal punto di vista della concorrenzialità del mercato tendono a vanificarsi. Per le stesse ragioni discusse a conclusione del paragrafo precedente il punto importante nella nostra prospettiva è però che la standardizzazione *non presuppone un intento collusivo*: essa è l'esito di un processo genuinamente competitivo e non può essere interpretata come una restrizione del gioco della concorrenza nel mercato.

Queste considerazioni possono in parte modificarsi per quei *switching costs* che non hanno origine da elementi strutturali, esogeni, ma sono determinati endogenamente dalle imprese attraverso la scelta delle caratteristiche dei prodotti (per esempio attraverso decisioni in merito alla compatibilità o alla incompatibilità di prodotti in rete, o più in generale attraverso scelte produttive che accrescono i costi di ricerca dei consumatori). In questa seconda circostanza, il modello si complica analiticamente: da un lato infatti la presenza di *switching costs* rappresenta un incentivo alla standardizzazione dei prodotti; dall'altro la standardizzazione riduce endogenamente gli stessi *switching costs*. L'effetto complessivo non può essere allora valutato a priori. Una possibile congettura circa la direzione dell'effetto complessivo è che essa sia legata all'interazione tra le ricadute di efficienza della presenza o della riduzione dei *switching costs* e le condizioni monopolistiche (o collusive) dell'industria: se la perdita di efficienza è elevata e la riduzione dei *switching costs* è compatibile con il mantenimento di un sufficiente potere di monopolio delle imprese, l'incentivo alla standardizzazione - nella misura e nella direzione che accresce il surplus sociale - sarà prevalente; nelle circostanze opposte sarà prevalente la tendenza ad accrescere endogenamente attraverso la differenziazione i *switching costs*.

### **3. Le scelte di differenziazione dei prodotti nell'industria bancaria: la standardizzazione delle relazioni contrattuali**

In questo paragrafo applicheremo i risultati teorici della letteratura sugli incentivi alla differenziazione del prodotto al caso specifico dell'industria bancaria. Proporremo in primo luogo un'interpretazione della distinzione tra *switching costs* endogeni ed esogeni con riferimento alla natura del prodotto bancario. Sugeriremo quindi un quadro generale nel quale valutare, ai sensi della normativa di tutela della concorrenza, la valenza competitiva degli accordi di standardizzazione dei contratti bancari .

#### *3.1 Switching costs e prodotto bancario*

La distinzione introdotta nel paragrafo precedente, tra *switching costs* endogeni ed esogeni rispetto alle scelte produttive delle imprese, è di particolare rilevanza interpretativa nell'analisi dell'attività multiprodotto della banca. In prima approssimazione e in termini stilizzati sembra opportuno infatti distinguere le attività *core* della banca (in essenza connesse con il prestito e con le garanzie sul prestito) dagli altri servizi di intermediazione e pagamento. L'attività bancaria è caratterizzata da *switching costs* genuinamente esogeni nella sua componente tipica rappresentata dal prestito bancario: il *switching cost* per il prenditore nasce infatti dalla maggiore informazione che la banca ha sulla sua qualità di debitore. Poiché quest'ultima è per la banca un *experience good*, che presuppone l'esistenza di una relazione di scambio pregressa, i relativi costi di sostituzione del creditore non si esauriscono per il prenditore nel costo associato a una semplice attività di ricerca. In queste circostanze, la standardizzazione delle clausole contrattuali sugli elementi non di prezzo che qualificano il prodotto non rende due identici contratti di prestito omogenei agli

occhi del prestatore e non può ridurre quindi, se non in misura trascurabile, i costi di sostituzione del creditore.

Diversa è invece la valutazione per i contratti relativi alle altre attività di intermediazione bancaria - nei quali le asimmetrie informative della banca sul contraente giocano un ruolo minore: in queste circostanze i *switching costs* hanno essenzialmente natura endogena, cioè direttamente legata alle stesse scelte di prodotto della banca.

La distinzione introdotta ha connessioni importanti per la definizione di mercato rilevante negli interventi a tutela della concorrenza nell'industria bancaria. Nella giurisprudenza antitrust, sia statunitense sia italiana, si registrano tradizionalmente due punti di vista contrastanti. Il Department of Justice negli Stati Uniti e, in Italia, l'Autorità garante definiscono il "prodotto" bancario come una collezione di prodotti disgiunti, per ciascuno dei quali è possibile definire uno specifico "mercato rilevante". Il fatto che tra un medesimo cliente e la propria banca intercorrano una molteplicità di rapporti non implica che ciascuno di essi non possa essere considerato come una relazione autonoma in un proprio mercato separato. La Federal Reserve e l'Office of the Comptroller of the Currency negli Stati Uniti e, in Italia, la Banca d'Italia tendono a definire invece il prodotto bancario come un unico prodotto composito e quindi il mercato rilevante come un unico mercato: la relazione tra il cliente e la propria banca è unica - soprattutto nelle circostanze nelle quali il cliente è un *debitore* della banca - e il fatto che egli acceda a una molteplicità di servizi deve essere interpretato alla luce di un'unica relazione di credito, il cui disegno complessivo è condizionato dai problemi di informazione asimmetrica che rappresentano l'elemento essenziale del rapporto (1). È abbastanza evidente che se si accetta il punto di vista che il prodotto bancario rappresenta un unico prodotto composito che si articola intorno a una relazione centrale di debito, la natura genuinamente esogena dei *switching costs* associati alla relazione debitore-creditore si estende a ogni altra relazione contrattuale tra la banca e i propri clienti.

Alla luce del punto di vista alternativo invece i *switching costs*, almeno al di fuori dell'attività *core* di prestito, hanno plausibilmente carattere endogeno; e devono quindi essere interpretati come il *risultato* delle scelte di differenziazione produttiva, e non come una loro *determinante*.

Quella relativa alla natura del prodotto bancario è questione teorica ed empirica oggi sostanzialmente ancora aperta. Un argomento frequentemente richiamato nella moderna teoria della banca è che le mutate condizioni tecnologiche, la capacità di disegnare contratti finanziari più sofisticati e, per altri rispetti, l'espansione della banca nelle attività di servizi, possono giustificare almeno tendenzialmente il punto di vista che assume la separabilità dei prodotti bancari e dei loro mercati. Ed è certamente interessante in questa prospettiva che in alcune decisioni recenti di applicazione della normativa antitrust le autorità monetarie, sia statunitensi sia italiane, abbiano attenuato la loro insistenza sul prodotto bancario come un unico prodotto composito, e accettato la definizione di mercati disgiunti relativamente ai singoli prodotti (2).

---

(1) Un'istanza classica di questa prospettiva è l'idea che la gestione del conto corrente di un debitore rappresenta per la banca una delle principali fonti informative sulla sua qualità, sulla sua capacità e sul suo impegno ai fini della restituzione del debito.

(2) In Italia il mutato orientamento della Banca d'Italia si è manifestato proprio nel terzo provvedimento *Associazione Bancaria Italiana*, in *Bollettino dell'Autorità garante*, n° 48/1994.

### 3.2 *Un quadro generale per la valutazione normativa della standardizzazione dei contratti bancari*

L'analisi degli incentivi delle imprese a differenziare o a standardizzare i propri prodotti, integrata con le considerazioni sulla natura del prodotto bancario sviluppate nel paragrafo 3. 1, ci consente di pervenire a un quadro normativo nel quale comporre le divergenze evidenziate tra parere dell'Autorità garante e la decisione della Banca d'Italia in merito alle "norme bancarie uniformi" superandone alcuni aspetti insoddisfacenti .

La linea interpretativa che seguiremo è guidata dal principio che non è possibile identificare elementi di restrizione della concorrenza ai sensi dell'art.2 della legge 287/90 in comportamenti di impresa, anche coordinati, compatibili con soluzioni di equilibrio non cooperativo del gioco di oligopolio nel quale le imprese scelgono la varietà dei propri prodotti. Con questa premessa ci sembra che le implicazioni normative dell'analisi condotta possano essere così sintetizzate:

(I) Tutte le clausole contrattuali devono essere interpretate come aventi rilevanza competitiva e quindi, *in senso lato*, rilevanza economica. La definizione di rilevanza economica nella decisione della Banca d'Italia sembra essere invece per certi aspetti restrittiva e per altri non adeguata al problema. Ciò che importa infatti non è tanto il contenuto abusivo (cioè direttamente monopolistico) delle clausole, quanto il fatto che esse possano essere interpretate come *evidenza* (indiretta) di collusione. In questa prospettiva non tutte le clausole uniformi hanno *rilevanza collusiva* se la standardizzazione è compatibile con un equilibrio genuinamente competitivo. Per una valutazione a questo fine diventa importante la natura dei differenti prodotti bancari e dei rispettivi mercati, in particolare con riferimento al carattere - esogeno o endogeno - dei *switching costs* associati.

(II) La standardizzazione delle clausole su un'unica dimensione "verticale" è assimilabile a una standardizzazione del prezzo e ha quindi rilevanza collusiva diretta.

La standardizzazione delle clausole su più dimensioni verticali è interpretabile come standardizzazione lungo una dimensione "orizzontale" e la sua evidenza collusiva dipende da tre fattori: la sua completezza rispetto allo spazio delle caratteristiche, la capacità delle imprese di appropriarsi dei benefici di efficienza della standardizzazione e la natura dei *switching costs*.

(III) La standardizzazione "orizzontale" delle clausole dei contratti relativi alle attività specifiche della banca (il prestito bancario) può essere compatibile con incentivi genuinamente concorrenziali tra le banche: il mercato mostra caratteristiche segmentate che danno origine al sorgere di extraprofitti, ma questi sono una causa e non una conseguenza della standardizzazione.

(IV) La standardizzazione delle clausole dei contratti relative ad "altre" attività di intermediazione bancaria e agli "altri" servizi della banca può invece rivelarsi in contrasto con gli incentivi genuinamente competitivi delle banche e deve essere quindi interpretata come segnale di collusione, a meno che i servizi in questione non possano essere tenuti concettualmente separati dai servizi di prestito bancario nella relazione banca-cliente, oppure non siano presenti congiuntamente due condizioni:

- esiste almeno una caratteristica rispetto alla quale il prodotto rimane differenziato;
- tale caratteristica è sufficientemente rilevante da permettere di allentare significativamente la concorrenza alla Bertrand, in quanto differenziare rispetto ad essa lascia alle imprese un adeguato potere di monopolio.



## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Antitrust Bulletin (1996), *A Special Issue: Antitrust and Banking*, Vol.XLI, No.2, Summer.
- Autorità garante della concorrenza e del mercato (1994), *Bollettino*, vari numeri.
- CHAMPSAUR P. e J.-C. ROCHET (1989), *Multiproduct Duopolists*, *Econometrica*, vol.57, pp.533-557.
- D'ASPREMONT C., J.J.GABSZEWICZ e J.-F.THISSE (1979), *On Hotelling's "Stability in Competition"*, *Econometrica*, vol.47, pp.1145-1150.
- DONATIVI V. (1996), *Le NUB tra disciplina antitrust e tutela dell'utente di operazioni e servizi bancari e finanziari*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, n.2, pp.401-425.
- FRIEDMAN J. e J.-F.THISSE (1993), *Partial collusion fosters minimum product differentiation*, *Rand Journal of Economics*, vol.24, No.4, pp.631-645.
- IRMEN A. e J.-F. THISSE (1996), *Competition in multi-characteristics spaces: Hotelling was almost right*, CEPR Discussion Paper No. 1446, October 1996.
- KLEMPERER P. (1995), *Competition when Consumers have Switching Costs: An Overview with Applications to Industrial Organization, Macroeconomies, and International Trade*, *Review of Economic Studies*, vol.62 (4), No.213, pp.515-539.
- PHILIPS L. (1995), *Competition Policy: a Game-theoretical Perspective*, Cambridge University Press.
- SHAKED A. e J. SUTTON (1982), *Relaxing Price Competition Through Product Differentiation*, *Review of Economic Studies*, vol.49, pp.3-13.
- SHAKED A. e J. SUTTON (1983), *Natural Oligopolies*, *Econometrica*, vol.51, pp.1469-1483.
- STAHL K. (1982), *Differentiated Products, Consumer Search, and Locational Oligopoly*, *Journal of Industrial Economics*, vol.XXXI, No.1/2, pp.97-113.



LUIGI CARLO UBERTAZZI

**ANCORA SU NORME BANCARIE UNIFORMI E DIRITTO ANTITRUST (\*)**

SOMMARIO: **1.** Le norme bancarie uniformi. - **2.** La loro critica civilistica. - **3.** L'applicazione del diritto antitrust al comparto bancario ed alle NUB. - **4.** Le decisioni della Banca d'Italia sulle NUB: loro effetti utili. - **5.** e loro possibili critiche. - **6.** La nullità dei (vecchi) contratti banca/cliente stipulati secondo le NUB. - **7.** Argomenti contrari a questa nullità: loro critica. - **8.** Precisazioni e corollari.

---

(\*) Depurato dalle parole di cortesia, ampliato in larga misura ed integrato dalle note, questo testo è dedicato agli studi in onore del prof. Luca Buttaro.



1. Il carattere tipicamente di massa proprio della maggior parte delle operazioni bancarie ha come conseguenza naturale la tendenza della banca a standardizzare il regolamento contrattuale della propria attività, uniformando quello di tutte le operazioni del medesimo tipo ed approntando per esse a questo fine un testo di condizioni generali di contratto [= cgc].

D'altro canto già prima ma specialmente dopo la seconda guerra mondiale l'ABI ha elaborato e via via aggiornato un testo tipo di cgc per una serie progressivamente più numerosa di operazioni bancarie. Questi testi tipo sono comunemente conosciuti come le norme bancarie uniformi [= NUB]. Le recenti decisioni della Banca d'Italia che hanno valutate le NUB dal punto di vista del diritto antitrust italiano (1) ne hanno censite

---

(1) Sui diversi temi relativi all'applicazione del diritto antitrust al comparto bancario ed in particolare alle intese sulle NUB rinvio per tutti, in dottrina, ai miei studi L.C. UBERTAZZI, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, Giuffrè, Milano, 1986; ID., *Diritto nazionale antitrust e imprese bancarie*, in FRIGNANI-PARDOLESI-PATRONI GRIFFI-UBERTAZZI, *Diritto antitrust italiano*, Zanichelli, Bologna, 1993, 1053 ss.; ROVINI, *Diritto nazionale antitrust e imprese bancarie*, ivi, 1125 ss.; ed ivi ulteriori riferimenti; e SARTI, *Presupposti e poteri di intervento antitrust sulle concentrazioni bancarie nazionali*, in *BBTC* 1993, II, 483 ss. Per l'applicazione amministrativa e giudiziale del diritto antitrust comunitario o italiano alle NUB v. in particolare:

1. la decisione della Commissione CE 12 dicembre 1986, ABI, in *GUCE* 13 febbraio 1987 L43/51; ed in *Banca borsa*, 1988, II, 191 e 205 ss., che ha ritenuto di “non dover intervenire in virtù dell'art. 85.1 nei confronti di ”alcuni accordi interbancari sulle NUB, mentre ne ha esentati altri tre ex art. 85 co.3;
- 2.3. le due decisioni relative anche alle NUB connesse agli accordi Eurochèques, e precisamente la decisione della Commissione CE 19 dicembre 1988, Eurochèques uniformi, in *GUCE* 8 febbraio 1989 L.36/16; e la decisione della Commissione CE 25 marzo 1992, Eurochèque: accordo di Helsinki, in *GUCE* 9 aprile 1992 L95/50;
4. la “lettera del 7.8.1993 la Commissione CE” che “ha affermato la propria competenza in ordine alle seguenti NUB: norme sul conto corrente di corrispondenza utilizzabili in valuta; norme sul conto corrente di corrispondenza aperto in valuta estera; norme che regolano i servizi di incasso o di accettazione degli effetti, documenti ed assegni sull'Italia e sull'estero; norme uniformi relative ai finanziamenti in valuta” (così la decisione della Banca d'Italia 10 ottobre 1994 n. 11, in *Bollettino* 40/1994, 57); e se ben comprendo si è riservata di pronunciare su queste NUB, che se ben vedo sono state notificate dall'ABI alla Commissione CE;
5. la decisione della Banca d'Italia 23 novembre 1993, in *Bollettino* 26/1993, 40, che ha aperto l'istruttoria nei confronti delle “intese ABI”, relative anche a numerose NUB;
6. il parere dell'Autorità alla Banca d'Italia 15 luglio 1994 n. 2138, in *Bollettino* 28-29/1994, 17, riguardante sei prime NUB, relative
  - a) alle condizioni minime d'applicare per il servizio cassette di sicurezza,
  - b) alle condizioni minime da applicare per il servizio deposito a custodia chiuso,
  - c) al servizio di incasso bollette Sip,
  - d) al servizio di incasso bollette Italgas,
  - e) al servizio RID-Rapporti interbancari diretti, ed
  - f) al servizio RIBA-Procedura ricevute bancarie;
7. la decisione della Banca d'Italia 8 agosto 1994 n.10, ABI, in *Bollettino* 32-33/1994, 109, che ha pronunciato su queste NUB in senso pienamente conforme al parere dell'Autorità, dichiarando che le prime due NUB ora ricordate erano “inoperanti già prima del 1990” onde su di esse “non vi è luogo a provvedere”; dichiarando inoltre che le NUB relative ai servizi di incasso Sip ed Italgas “sono compatibili con le regole concorrenziali” dopo “le modifiche in corso di adozione da parte dell'Associazione”; e disponendo un'esenzione ex art. 4 l.at. per le NUB relative ai servizi RID e RIBA;
8. il parere dell'Autorità alla Banca d'Italia 6 ottobre 1994 n. 2342, accordi ABI-Bancomat, in *Bollettino* 40/1994, 40 ss., secondo cui le “norme che regolano il servizio Bancomat” contengono alcune clausole vietate ed esentabili e talune altre clausole vietate e non esentabili;
9. la decisione della Banca d'Italia 10 ottobre 1994 n. 11, ABI, in *Bollettino* 40/1994, 50 ss., relativa alle NUB riguardanti il servizio Bancomat, che ha pronunciato su queste NUB in senso pienamente conforme al parere dell'Autorità;
10. il parere dell'Autorità alla Banca d'Italia 6 ottobre 1994 n. 2341, in *Bollettino* 48/1994, 37 ss., relativo a 26 altre NUB;

quantomeno 42 (2). E le NUB sono utilizzate dalle diverse aziende di credito come cgc delle singole operazioni bancarie.

---

(Segue nota 1)

11. la decisione della Banca d'Italia 3 dicembre 1994 n. 12, ABI, in *Bollettino* 48/1994, 75 ss., che ha pronunciato sulle medesime NUB assumendo una posizione in alcuni punti di principio fortemente divergente da quella dell'Autorità;
12. App. Milano 28 aprile 1987, Solerti c. Cariplo, in *BBTC* 1988, II, 190, con nota di OLIVIERI, che ha escluso in fatto l'applicazione del diritto comunitario antitrust alla clausola interessi uso piazza;
13. l'ordinanza Trib. Genova, 11 febbraio 1992, Credito Italiano c. Conte, in *GUCE* 1 maggio 1992 C113/6, che ha chiesto alla Corte di giustizia delle Comunità europee un'interpretazione pregiudiziale relativa all'applicabilità dell'art. 85 alle NUB relative al conto corrente di corrispondenza, nel contesto di una causa che è stata transatta prima della decisione della Corte;
14. l'ordinanza Trib. Alessandria, 8 maggio 1992, Semini c. Cassa di Risparmio di Alessandria, in *GUCE* 28 luglio 1992 C189/10, che ha chiesto altrettanto in relazione alle NUB relative alla fideiussione *omnibus*, nell'ambito di una causa che "non ha potuto essere esaminata dal giudice comunitario in quanto era stata transatta tra le parti" prima della pronuncia della Corte (così Trib. Alba, 12 gennaio 1995, Beuf c. CRA di Gallo di Grinzane Cavour, in *Giur. it.* 1996, I, 212 ed in motivazione 222-223);
15. Trib. Genova, 5 settembre 1994 n. 2993, riferita da BORGHI, *La giurisprudenza del foro genovese in materia bancaria*, in *NGCC* 1996, II, 377, e su cui v. al successivo paragrafo 7;
16. la sentenza Trib. Alba, 12 gennaio 1995 ora ricordata, che ha affermato l'applicabilità del diritto comunitario antitrust alle intese interbancarie relative alle NUB, anche se ha escluso in concreto che l'illiceità dell'intesa determinasse la nullità dei singoli contratti conclusi dalla banca con i clienti applicando le NUB;
17. Cass. 19 gennaio 1995 n. 569, in *I contratti*, 1996, I, 38 ss., su cui v. al successivo paragrafo 7;
18. App. Genova, 23 marzo 1995 n. 858, riferita da BORGHI, *La giurisprudenza del foro genovese*, op.loc.citt., e su cui v. al successivo paragrafo 7;
19. App. Genova 14 novembre 1995 n. 1081, riferita da BORGHI, *La giurisprudenza del foro genovese*, op.loc.citt., e su cui v. al successivo paragrafo 7;
20. App. Genova 14 novembre 1995 n. 1081 riferita da BORGHI, *La giurisprudenza del foro genovese*, op.loc.citt., e su cui v. al successivo paragrafo 7;
21. App. Genova, 14 novembre 1995 n. 1081, riferita da BORGHI, *La giurisprudenza del foro genovese*, op.loc.citt., e su cui v. al successivo paragrafo 7;
- 22-23. due ordinanze gemelle Trib. Genova, 15 maggio 1996, Bagnasco c. BP Novara e rispettivamente Bagnasco c. Carige, in *GUCE* 24 agosto 1996 C247/9, che hanno chiesto alla Corte di giustizia CE un'interpretazione pregiudiziale relativa all'applicabilità degli artt. 85 ed 86 alle NUB relative all'apertura di credito in conto corrente, alla fideiussione omnibus, ed ai contratti "stipulati a valle dalle singole banche" in applicazione delle intese relative alle due operazioni bancarie ora dette.

(2) In particolare la decisione della Banca d'Italia 10/1994 ha valutato le NUB relative a

1. condizioni minime da applicare per il servizio delle cassette di sicurezza;
  2. condizioni minime da applicare per il servizio di deposito a custodia chiuso;
  3. servizio di incasso bollette SIP;
  4. servizio di incasso bollette Italgas;
  5. procedura ricevute bancarie (R.I.B.A.);
  6. rapporti interbancari diretti (R.I.D.).
- La decisione 11/94 ha valutato le NUB relative a
7. servizio Bancomat.
- La decisione 12/94, infine, ha valutato le NUB relative
8. servizio incassi speciali;
  9. depositi in conto corrente;
  10. depositi di titoli e valori a semplice custodia;
  11. apertura di credito utilizzabile in conto corrente;
  12. aperture di credito su pegno di merce e/o su documenti rappresentativi di merce;
  13. conti correnti di corrispondenza e servizi connessi;

Le NUB sono state per lungo tempo applicate sostanzialmente da tutte le aziende di credito italiane. Il dato è sempre stato notorio tra gli studiosi e gli operatori del settore. Ed esso è stato di recente confermato dalle decisioni antitrust della Banca d'Italia. Difatti già la decisione di avvio dell'istruttoria ricorda che "di fatto, sul terreno della prassi negoziale, i moduli contrattuali diffusi dall'ABI formano oggetto di una generale, costante e uniforme applicazione da parte delle banche associate" (3). E le successive decisioni di merito della Banca d'Italia accertano che "alla data del 31 dicembre 1993 operavano 1037 aziende di credito [...]; di queste 847 sono aderenti all'ABI rappresentando per volumi di attività la quasi totalità del complessivo aggregato di tutte le banche italiane" (4).

---

(Segue nota 2)

14. servizio elettronico incassi di ricevute bancarie (R.I.B.A.);
15. servizio garanzia assegni e/o eurocheque;
16. servizio di cassa continua;
17. depositi fruttiferi (libretti di risparmio);
18. depositi di titoli a custodia ed amministrazione;
19. negoziazione, alla sottoscrizione, al collocamento e alla raccolta di ordini concernenti valori mobiliari;
20. negoziazione per operatori qualificati;
21. gestione di patrimoni;
22. consulenza in materia di valori mobiliari;
23. depositi a custodia chiusi;
24. servizio delle cassette di sicurezza;
25. norme regolamentari riguardanti certificati di deposito a breve termine;
26. anticipazione bancaria su pegno di merce e/o su documenti rappresentativi di merce;
27. anticipazione bancaria in conto corrente garantita da merce e/o da documenti rappresentativi di merce;
28. anticipazione bancaria garantita da titoli costituiti in pegno dallo stesso cliente o da un terzo;
29. anticipazione bancaria in conto corrente garantita da titoli costituiti in pegno dallo stesso cliente o da un terzo;
30. anticipazione bancaria in conto corrente garantita da titoli costituiti in pegno dallo stesso cliente o da un terzo;
31. fidejussioni a garanzia delle operazioni bancarie;
32. fidejussioni a garanzia di apertura di credito per importo determinato;
33. fidejussioni a garanzia di operazioni varie comportanti rischi;
34. costituzione in pegno di titoli e valori a garanzia di operazioni comportanti rischi;
35. costituzione in pegno di titoli e valori a garanzia di crediti derivanti da sconto o negoziazione di effetti cambiari;
36. costituzione in pegno del saldo di conto corrente o di deposito bancario nominativo;
37. costituzione in pegno di crediti verso terzi;
38. cessione pro solvendo di crediti a scopo di garanzia;
39. contratto di finanziamento artigiano;
40. mandato irrevocabile all'incasso di crediti;
41. operazioni di interest rate swap e di domestic currency swap tra aziende di credito e/o società finanziarie;
42. operazioni di forward rate agreement e di currency option.

(3) Così la decisione 23 novembre 1993, *Bollettino* 36/1993, 41).

(4) Così la decisione 8 agosto 1994 n. 10, in *Bollettino* 32-33/1994, 110; ed in termini sostanzialmente uguali la decisione 3 dicembre 1994 n. 12, in *Bollettino* 48/1994, 77.

2. Le NUB puntavano ad “offrire alle aziende aderenti” all’ABI “una serie di schemi disciplinari di contenuto tecnicamente qualificato, idonei a tutelare in modo ottimale gli interessi imprenditoriali di ciascuna” banca “e, per effetto indotto, quelli complessivi del sistema creditizio”: con una “ipertutela” di questo sistema che costituiva “la stessa ragione d’essere della normativa uniforme” (1). Con ciò esse prevedevano un assetto di interessi fortemente squilibrato a favore dell’impresa bancaria. L’adozione generalizzata delle NUB da parte dell’intero sistema creditizio italiano poneva ogni suo possibile utente nell’alternativa tra accettare le NUB utilizzate dalla sua banca “o, all’opposto, non concludere quei tipi di operazioni bancarie né con una né alcuna altra banca italiana” (2). E le NUB costituivano d’altro canto un unicum nel panorama italiano, ove nessun’altra associazione imprenditoriale di categoria aveva mai puntato con tale sistematicità alla predisposizione di testi tipo di contratto e alla loro adozione generalizzata da parte degli associati.

A partire dagli anni ‘70 gli studi del diritto bancario hanno cercato di reperire strumenti di controllo delle NUB. A questo fine la disciplina dei contratti standard prevista dagli artt. 1341, 1342 e 1370 c.c. è subito apparsa “largamente insufficiente, se non addirittura inutile” (3). Alcuni autori hanno allora proposto di applicare alle NUB le tecniche di controllo giudiziale delle cgc, per tutelare i consumatori o (secondo i casi) le categorie produttive. Altri hanno invece suggerito di attivare i poteri puntuali attribuiti al CICR ed alla Banca d’Italia dalla norma dell’art. 32 lett.b) l.b. testo previgente. Ed a partire dalla metà degli anni ‘80 alcuni autori hanno proposto di valorizzare l’origine concertata delle NUB per sottoporle alla disciplina civilistica dei patti di non concorrenza ex art. 2596 c.c. (4) o piuttosto al diritto antitrust (5).

Quest’ultima direzione di indagini è stata in particolare da me proposta in una pubblicazione del 1986 a cui farò spesso riferimento (6). La proposta è stata a suo tempo vivacemente contrastata. A lungo andare mi pare tuttavia si sia rivelata fruttuosa. Ma già la conclusione del mio studio segnalava che “l’applicazione del diritto antitrust alle condizioni generali di contratto ne consente un qualche controllo, ancora tuttavia largamente limitato: e reciprocamente convince ancora una volta dell’opportunità di seguire in materia di contratti standard gli esempi di ordinamenti giuridici più evoluti, che per controllare questi contratti attivano la normativa generale antitrust e ad un tempo e specialmente una disciplina specialistica specifica (e progredita) delle condizioni generali di contratto. Normative, queste, che entrambe sono ancora ignote all’ordinamento nazionale italiano” (7).

Dopo di allora il diritto italiano ha introdotto alcune norme specifiche relative ai contratti standard, che hanno cominciato a riequilibrare l’assetto di interessi delle banche e dei loro contraenti. Sotto questo profilo si sono via via susseguite la legge 19 febbraio 1992 n. 142 sul credito al consumo, che ha attuato le direttive CE 87/102 e 90/88; la legge 17 febbraio 1992 n.154 sulla trasparenza bancaria; gli artt. 115-128 del testo unico del 1993

---

(1) Così CAVALLI, voce *Norme bancarie uniformi ed accordi interbancari*, in *Digesto IV, Discipline privatistiche-sezione commerciale*, vol. X, UTET, Torino, 1994, 267.

(2) Così L.C. UBERTAZZI, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, cit., 4.

(3) Così L.C. UBERTAZZI, op.cit., 4.

(4) Così ALLEGRI, *Nuove esigenze di trasparenza del rapporto banca-impresa nell’ottica della tutela del contraente debole*, in *BBTC* 1987, I, 38 ss.

(5) qui specialmente gli studi miei e di ROVINI ricordati alla nota 1.

(6) L.C. UBERTAZZI, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, cit..

(7) L.C. UBERTAZZI, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, cit., 104.

delle leggi in materia bancaria e creditizia [= TU], che ha ripreso e completato le due discipline ora dette sul credito al consumo e sulla trasparenza bancaria; e la legge 6 febbraio 1996 n. 52, che ha attuato la direttiva CE 13/93 relativa alle clausole abusive nei contratti con i consumatori.

**3.** Il varo di questa disciplina specifica dei contratti non esclude tuttavia l'applicabilità e l'utilità dell'applicazione del diritto antitrust per controllare in modo aspecifico il processo di formazione ed il contenuto delle NUB e più in generale delle cgc utilizzate dalle banche. E su questo tema mi fermo qui più in particolare.

Al termine di un lungo dibattito iniziato sostanzialmente nella prima metà degli anni 80 l'applicabilità del diritto antitrust al comparto bancario è ormai un dato pacifico. E qui mi pare in particolare che *a)* le banche sono soggette ad entrambi i diritti antitrust comunitario e nazionale italiano; *b)* il diritto materiale generale della legge 287/90 si applica tel quel anche alle imprese ed alle associazioni bancarie; *c)* reciprocamente non è condivisibile la tesi secondo cui “gli artt. 2, 3, 4 e 6 della legge 287/90 non si applicano in quanto tali, ma devono essere combinati con la filosofia che prevale” nel settore bancario, e più precisamente con la legislazione relativa alla stabilità degli intermediari (1); *d)* in linea di principio la banca non è e le operazioni bancarie disciplinate dalle NUB certamente non costituiscono attività di impresa incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale ex artt. 90 co.2 Tr. CE ed 8 co.2 l.at.; *e)* il diritto nazionale antitrust conosce una regola materiale speciale relativa ad un'esenzione dal divieto delle intese “per esigenze di stabilità del sistema monetario” (art. 20 co.5 l.at.); *f)* l'art. 20 l.at. attribuisce alla Banca d'Italia un'ampia competenza all'applicazione amministrativa del diritto nazionale antitrust; *g)* le due ultime regole mi sembrano tuttavia destinate ad un'interpretazione stretta se non restrittiva; *h)* mentre in altra occasione ho scritto e continuo a ritenere sistematicamente inopportuno frazionare la competenza amministrativa antitrust e non lasciarla invece interamente all'Autorità garante della concorrenza e del mercato [= l'Autorità].

Una volta affermata l'applicabilità dei diritti nazionale e comunitario antitrust anche al comparto bancario sembra facile concludere che entrambi i diritti possono incidere in misura non piccola sulle intese relative alle NUB.

**4.** Il diritto italiano antitrust è stato applicato alle NUB in particolare anche dalle tre decisioni di merito della Banca d'Italia 10, 11 e 12/1994. Per parte mia mi astengo qui dal discutere la valutazione che la Banca d'Italia ha proposto delle singole NUB e delle diverse clausole in esse contenute. Mi fermo invece su alcune prime considerazioni più generali. E qui mi pare che le decisioni della Banca d'Italia possono avere effetti positivi anzitutto sul piano della concorrenza interbancaria.

Esse possono anzitutto contribuire ad una maggiore informazione e trasparenza del mercato. In questo senso l'avvio dell'istruttoria della Banca d'Italia ha suggerito all'ABI l'opportunità di segnalare “formalmente alle associate con circolare Serie Tecnica R.n.15 del 17 dicembre 1993” che erano “da considerarsi decaduti” gli accordi relativi alle condizioni minime da applicare per i servizi delle cassette di sicurezza e rispettivamente di de-

---

(1) Così invece BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologna, 1991, 391.

posito a custodia chiuso (1). La decisione della Banca d'Italia 3 dicembre 1994 n. 12 ha poi imposto all'ABI di "comunicare alle associate che" alcuni accordi interbancari relativi a diverse NUB "sono da considerare ad ogni effetto superate" (2) o "non più vigenti" (3). La medesima decisione ha imposto inoltre all'ABI di "rendere accessibili su semplice domanda a chiunque sia interessato i contratti bancari tipo da essa predisposti e comunicare alle proprie associate di attenersi ai medesimi criteri" (4). E l'ABI ha obbedito alla Banca d'Italia diramando alle associate la circolare 28 dicembre 1994.

Le decisioni della Banca d'Italia possono inoltre avere effetti utili sul piano della concorrenza in quanto tendono a degradare le NUB. Le intese interbancarie "obbligavano" le banche associate all'ABI ad adottare le NUB come cgc dei loro contratti. La decisione 12/1994 le dichiara lecite solo se esse non sono vincolanti: e conseguentemente impone all'ABI di "comunicare alle associate che le NUB costituiscono una mera traccia priva di ogni valore vincolante o di raccomandazione e, quindi, ogni associato ha la facoltà di avvalersene o meno, nonché di apportare tutte le modifiche ritenute opportune" dalla singola banca (5). E questa decisione è stata eseguita dall'ABI con circolare 28.12.1994.

Le decisioni della Banca d'Italia 10/1994, 11/1994 e 12/1994 possono poi avere effetti utili anche sul piano del riequilibrio dei rapporti contrattuali banca/cliente. Le tre decisioni hanno infatti imposto all'ABI di espungere alcune clausole dalle NUB e di modificarne altre. L'ABI ha obbedito loro diramando le circolari 28 dicembre 1994 e 3 febbraio 1995. Ed in questo senso le decisioni della Banca d'Italia procedono nella medesima direzione delle discipline relative al credito al consumo, alla trasparenza bancaria ed alle clausole abusive nei rapporti con i consumatori: tanto che una voce critica della decisione 12/1994 ha voluto scorgervi un'impostazione "consumerista" (6).

5. Le decisioni della Banca d'Italia sono state per alcuni versi criticate. Per parte mia ritengo siano in larga misura calzanti specialmente le critiche di SALANITRO (7). E ad esse vorrei qui aggiungere alcune ulteriori.

Nella valutazione delle NUB mi pare sia importante ricostruire anzitutto il momento genetico della formazione delle NUB e della loro applicazione concreta nei singoli rapporti banca/cliente. A questo fine il mio lavoro del 1986 aveva raccolto la serie delle circolari

---

(1) Così la decisione 8 agosto 1994 n. 10, in *Bollettino* 32-33, 111.

(2) Così la decisione della Banca d'Italia 3 dicembre 1994 n. 12, in *Bollettino* 48/1994, 85, facendo riferimento in particolare alle "norme relative al servizio 'Incassi speciali'; Norme uniformi per i depositi in conto corrente; Norme per i depositi di titoli e valori a semplice custodia; Condizioni generali uniformi relative all'apertura di credito utilizzabile in conto corrente; Condizioni generali uniformi per le aperture di credito su pegno di merce e/o su documenti rappresentativi di merce; Condizioni generali uniformi per le aperture di credito garantite da titoli costituiti in pegno dallo stesso cliente o da un terzo; Condizioni generali uniformi per l'apertura di credito utilizzabile in conto corrente agrario".

(3) Così la medesima decisione, loc.cit., 85, facendo riferimento agli "accordi interbancari, disapplicati da tempo ma espressamente non ancora dismessi, aventi a oggetto le seguenti NUB: norme uniformi per il servizio di cassa continua e norme per i depositi a custodia chiusi".

(4) Così la decisione 12/1994, loc.cit..

(5) Così la decisione 12/1994, loc.cit..

(6) Così PONTIROLI, *Le clausole di "pagamento a prima richiesta" e "di sopravvivenza": dalla giurisprudenza recente della Corte di cassazione al provvedimento della Banca d'Italia sulle n.b.u.*, in *BBTC* 1996, II, 120.

(7) V. SALANITRO, *Disciplina antitrust e contratti bancari*, nota alla decisione Banca d'Italia 3 dicembre 1994 n. 12, in *BBTC* 1995, II, 415 ss..

ABI riguardanti le NUB, e ne aveva concluso che le relative intese interbancarie erano normalmente riconducibili allo schema civilistico dell'accordo e solo in alcuni casi a quello antitrust delle pratiche concordate, e che l'intervento dell'ABI nel processo di formazione delle singole NUB non era sussumibile allo schema antitrust delle decisioni vincolanti di associazione di imprese (1).

Anche la decisione della Banca d'Italia di avvio dell'istruttoria evoca chiaramente le figure dell'accordo e della pratica concordata, scrivendo tra l'altro che "l'ABI persegue gli obiettivi istituzionali promuovendo fra l'altro, fra le associate, mediante proprie circolari tecniche, la conclusione di Accordi interbancari e l'adozione di convenzioni-tipo per la regolamentazione dei rapporti con la clientela (cd. Norme Bancarie Uniformi). [...] L'ABI elabora, aggiorna e diffonde condizioni generali di contratto (NBU) per la disciplina di una serie di operazioni bancarie poste in essere dalle banche aderenti con i propri clienti. Tale attività, pur essendo attinente ai rapporti negoziali intercorrenti con la clientela, ha comunque l'effetto di coordinare i comportamenti contrattuali delle banche associate. Di fatto, sul terreno della prassi negoziale, i moduli contrattuali diffusi dall'ABI formano oggetto di una generale, costante e uniforme applicazione da parte delle banche associate, fermamente raccomandata dall'Associazione. Talvolta il modello contrattuale forma oggetto di un accordo interbancario (cfr. accordo Bancomat) che impegna le banche aderenti a far sottoscrivere ai clienti uno schema contrattuale tipo. A prescindere dai profili di vincolatività negoziale, i moduli contrattuali apprestati dall'ABI a tutela della posizione contrattuale delle banche, sono presentati dall'Associazione come schemi dei quali è opportuna l'adozione con criteri di stretta uniformità. Pertanto le indicazioni dell'Associazione, pur non vincolando sempre in senso proprio le associate, influiscono in modo determinante nel processo di autolimitazione dell'autonomia negoziale delle stesse nella regolamentazione delle operazioni con la clientela; col risultato della piena aderenza del comportamento contrattuale delle affiliate alle indicazioni dell'Associazione" (2). Al termine dell'istruttoria la Banca d'Italia ha tuttavia abbandonato la qualificazione delle intese relative alle NUB come accordi o pratiche concordate, ed ha dichiarato invece "che la predisposizione, la divulgazione e la raccomandazione dell'Associazione alle aderenti di utilizzare tali moduli contrattuali nel regolamento dei rapporti con la clientela con criteri di stretta uniformità sono attività che, quali decisioni di un'associazione di imprese, integrano intese ai sensi dell'art. 2" l.at. (3).

Per parte mia insisto a credere nella classificazione che avevo proposto dieci anni or sono delle intese relative alle NUB allora esistenti. Non dispongo invece e non mi pronuncio dunque qui sulle modificazioni di queste intese e sulle NUB che siano state varate successivamente. Mi pare tuttavia che il punto della qualificazione civilistica ed antitrust del momento genetico delle NUB avrebbe meritato un'attenzione maggiore. E mi pare d'altro canto che, nella misura in cui non sia condivisibile, la qualificazione delle NUB come (contenuto/risultato di) decisione di associazione di imprese comporti una serie di conseguenze problematiche sul piano dell'applicazione del diritto (anche nazionale) antitrust.

La qualificazione dell'intesa come decisione di associazione ha effetti anzitutto sul piano dei profili soggettivi dell'illecito antitrust, perché lo imputa all'ABI e chiama a risponderne quest'ultima anziché (anche) le banche associate. La medesima qualificazione incide poi sulla determinazione dei destinatari dell'applicazione amministrativa del diritto

---

(1) Così L.C. UBERTAZZI, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, 17-21.

(2) Così la decisione della Banca d'Italia 23 novembre 1993, cit., 40

(3) Così la decisione della Banca d'Italia 3 dicembre 1994 n. 12, cit., 76.

antitrust: perché le decisioni della Banca d'Italia sono dirette all'ABI, ma probabilmente non vincolano invece le aziende di credito ad essa associate. Le decisioni della Banca d'Italia hanno così un'incidenza sul comportamento delle imprese e sull'assetto della concorrenza bancaria che rischia di essere inferiore a quella che sarebbe stata propria di una decisione direttamente rivolta anche alle singole banche associate all'ABI. E d'altro canto le decisioni della Banca d'Italia attribuiscono all'ABI in materia di NUB un ruolo autoritativo che l'associazione non aveva e non poteva/doveva avere secondo il diritto privato delle associazioni e della concorrenza.

Certo la gestione di un procedimento antitrust nei confronti di un unico soggetto (l'ABI) anziché di un numero imponente di parti private (l'associazione e le banche associate) è stata più semplice e forse anche più "tentante". Occorre tuttavia chiedersi se la partecipazione delle banche al procedimento amministrativo antitrust non fosse necessaria secondo il diritto pubblico italiano. D'altro canto la Banca d'Italia certamente disponeva di strumenti utili a conoscere dall'ABI o dalle banche vigilate quali di esse fossero concretamente parte delle intese relative alle NUB e dovessero dunque partecipare al procedimento antitrust. Questo procedimento poteva dunque valorizzare la specificità della Banca d'Italia come autorità antitrust di settore, dotata di informazioni specifiche ad esso relative. E del resto la partecipazione formale delle banche al procedimento antitrust non avrebbe probabilmente aggravato più che tanto i "costi di gestione" del procedimento, dato che le banche si sarebbero probabilmente affidate ad una difesa comune coordinata dall'ABI.

D'altro canto la decisione della Banca d'Italia 12/1994 non ha valorizzato la segnalazione dell'Autorità, secondo cui "gli accordi" relativi alle NUB "che formano oggetto del presente parere potrebbero peraltro costituire fattispecie suscettibile di approfondimento sotto l'aspetto dell'abuso di una posizione dominante collettiva, attuata attraverso l'intesa, a danno degli utenti" (1). Questa impostazione è coerente con la scelta della Banca d'Italia, di porre l'accento sull'associazione ABI anziché sulle banche associate. La dottrina ha già segnalato tuttavia che "non si può escludere che la situazione venga ripresa in esame considerando i comportamenti fattuali delle banche, vuoi che si mantenga ferma la qualificazione delle NUB solo come intese (pratiche concordate) vuoi che si intenda valutarle anche sotto l'aspetto di un possibile sfruttamento abusivo di una posizione dominante collettiva" (2). E l'impostazione della Banca d'Italia e la sua qualificazione delle intese relative alle NUB come decisione di associazione di imprese non vincola l'autorità giudiziaria ordinaria: onde "contro le norme bancarie uniformi considerate lesive della concorrenza, qualunque interessato può seguitare ad esercitare l'azione di nullità" (3), e prospettare a questo fine al giudice una diversa qualificazione del momento genetico ed applicativo delle NUB.

D'altro canto la Banca d'Italia ha esentato ex art. 4 l.at. le NUB relative alle procedure RIBA e RID ed al Bancomat, mentre ha pronunciato per tutte le altre una decisione di attestazione negativa, e cioè una dichiarazione che l'intesa relativa alle NUB non era illecita ex art. 2 l.at.. Qui occorrerebbe chiedersi se la decisione di attestazione negativa delle singole NUB sia interamente corretta, o se anche le NUB dichiarate lecite ex art.2 non dovrebbero piuttosto venir esentate ex art.4 l.at.. Questa verifica esula dagli obiettivi limitati del presente lavoro. Mi limito piuttosto ad osservare che l'attestazione negativa pronunciata

---

(1) Così il parere dell'Autorità 2341/94, in *Bollettino* 48/1994, 44.

(2) Così SALANITRO, *Disciplina antitrust e contratti bancari*, cit., 419.

(3) Così SALANITRO, cit., 420.

dalla decisione 12/1994 della Banca d'Italia è andata in senso fortemente diverso da quello dell'Autorità, secondo il cui parere le NUB dichiarate poi lecite dalla Banca d'Italia dovevano essere invece qualificate illecite ex art. 2 anche se esentabili a certe condizioni ex art. 4. L'impostazione dell'attestazione negativa della Banca d'Italia diverge forse anche dall'approccio generale della Commissione delle Comunità Europee: che con la decisione 12 dicembre 1986, ABI, ha individuato spazi non piccoli per ritenere che le NUB siano illecite ex art. 85 co. 1 ma esentabili ex art. 85 co. 3; e che ha adottato il regolamento 21 dicembre 1992 n. 3932/92 per esentare ampie categorie di accordi relativi all'applicazione di cgc tipo nel comparto assicurativo. E l'attestazione negativa potrebbe alla fine rivelarsi meno vantaggiosa per le banche di una decisione di esenzione ex art. 4 l.at.: perché l'attestazione negativa della Banca d'Italia non vincola né l'Autorità né il giudice che siano eventualmente chiamati ad applicare i diritti antitrust nazionale e comunitario alle medesime NUB; mentre una decisione di esenzione ex art. 4 l.at. avrebbe ragionevolmente escluso un'applicazione giudiziale degli artt. 2 e forse anche 3 l.at..

6. Con ciò siamo giunti all'ultimo tema che mi propongo di affrontare, e precisamente a quello dell'incidenza del diritto antitrust sui contratti banca/cliente. A questo proposito ci si è chiesti se la presenza di un'intesa bancaria (in ipotesi illecita) nel momento genetico delle NUB incida sulla validità dei singoli contratti banca/cliente conclusi dalla banca utilizzando le NUB come cgc.

Le decisioni della Banca d'Italia hanno dichiarato leciti ex art. 2 o esentati ex art. 4 solo i testi delle NUB notificati dall'ABI, e ne hanno spesso condizionato la dichiarazione di liceità ex art. 2 alla eliminazione di numerose clausole vessatorie pregresse. Con ciò le decisioni della Banca d'Italia ritengono che prima di queste notifiche le NUB non fossero lecite o esentabili. E qui procedo dall'ipotesi che questa qualificazione sia corretta. D'altro canto mi esimo qui ancora una volta dal verificare se le NUB dichiarate lecite dalla Banca d'Italia ex art. 2 lo siano veramente. E reciprocamente mi limito ad esaminare il rilievo delle NUB (previgenti) che la Banca d'Italia ha ritenuto illecite e non esentabili.

Il problema ha con ciò un rilievo puramente transitorio: anzitutto perché riguarda soltanto i contratti banca/cliente conclusi prima delle decisioni della Banca d'Italia e della loro esecuzione da parte dell'ABI ed eventualmente anche delle banche associate; ed inoltre perché alcune clausole delle NUB illecite e non esentabili erano state già modificate prima delle decisioni della Banca d'Italia a seguito delle diverse normative civilistiche a tutela dei contraenti dell'impresa bancaria edittate in materia di credito al consumo e di trasparenza bancaria.

Sul tema dell'incidenza delle intese sulla validità dei singoli contratti banca/cliente il mio studio del 1986 proponeva conclusioni ampiamente dubitative (1). Secondo SALANITRO, invece, "se vi è stata lesione delle regole della concorrenza, dalla nullità delle intese dovrebbe derivare la nullità delle clausole corrispondenti inserite nei contratti: soluzione a mio giudizio la più attendibile, anche se neppure a livello comunitario è sicuro il supporto tecnico della soluzione (la ricostruzione migliore sembra quella della nullità derivata, per l'illiceità della causa del contratto, in quanto venuta in contrasto con l'ordine pubblico economico)" (2). A loro volta alcuni giudici hanno escluso la nullità dei contratti

---

(1) Così L.C. UBERTAZZI, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, cit., 100-101.

(2) Così L.C. UBERTAZZI, op. loc. citt.

banca/clienti (1). E ripensando al tema qui considerato pare anche a me possibile concludere come SALANITRO.

Cominciamo dal diritto nazionale delle intese. Questo diritto interviene su due livelli. Esso incide anzitutto sul piano delle intese: che sono vietate dall'art. 2 co.2 e sono dichiarate "nulle ad ogni effetto" dall'art. 2 co.3. Ma il diritto antitrust incide anche su un livello ulteriore e successivo, e precisamente su quello dell'esecuzione dell'intesa vietata. Questa seconda area di applicazione delle regole di concorrenza è dimostrata anzitutto da un argomento sistematico: perché il diritto antitrust è regola della concorrenza e del mercato, e come tale si propone di disciplinare in primis o quantomeno anche i comportamenti fattuali delle imprese, per le conseguenze che essi possono avere sulla struttura del mercato e della concorrenza. L'area di applicazione qui considerata del diritto antitrust è perciò confermata da una serie non piccola di argomenti testuali: perché ad esempio l'art. 2 co. 1 vieta "le *pratiche* concordate"; l'art. 2 co. 2 vieta "le intese che abbiano *per effetto*" una restrizione della concorrenza; e l'art. 3 vieta i comportamenti fattuali qualificabili come abuso di posizione dominante. E già per queste ragioni il divieto antitrust non si ferma al livello dell'intesa interbancaria relativa alle NUB ma si spinge anche alla sua esecuzione: e dunque valuta e vieta anche l'utilizzazione delle NUB illecite che sia operata dalla banca nei rapporti con i clienti.

A questo punto occorre chiedersi se l'illiceità antitrust delle intese relative alle NUB incida sulla validità dei contratti banca/cliente che diano ad esse esecuzione. La ricostruzione ora proposta dell'area di applicazione del divieto delle intese può subito suggerire di utilizzare la premessa dell'estensione di quest'area anche a vietare l'esecuzione dell'intesa per concludere che la nullità ex art. 2 co.3 l.at. riguarda sia l'intesa che l'atto di esecuzione della medesima. Questa conclusione potrebbe a prima vista essere sconsigliata dalla giurisprudenza comunitaria relativa all'art. 85.2 Tr. CE: perché secondo l'art. 85 Tr. CE "gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto"; e perché secondo la Corte di giustizia questa regola comunitaria di nullità non si estende anche ai Folgeverträge, che resterebbero invece disciplinati esclusivamente dal diritto privato nazionale (2). A ben guardare questa giurisprudenza potrebbe tuttavia non precludere l'interpretazione qui proposta dell'art. 2 co.3 l.at.. La regola nazionale antitrust di nullità ha infatti una formulazione volutamente più ampia di quella simmetrica dell'art. 85.2 Tr. CE. E d'altro lato l'interpretazione di quest'ultima regola è stata forse suggerita da un'esigenza di equilibrio tra i diversi ordinamenti della Comunità e degli stati membri, ed in particolare dall'opportunità di non comprimere il diritto privato degli stati membri (che all'inizio dell'esperienza comunitaria sembrava rientrare ancora largamente nelle competenze riservate agli stati nazionali): e dunque è stata forse consigliata da esigenze che non rilevano invece in sede di interpretazione della regola nazionale italiana dell'art.2 co. 3 l.at.. c) Ad ogni buon conto occorre comunque verificare se la nullità del contratto banca/cliente non discenda già da regole generali del diritto privato diverse da quella puntuale dell'art. 2 co. 3.. E sotto questo profilo sembra ragionevole concludere che la nullità dell'intesa bancaria comporta "la nullità derivata, per l'illiceità della causa del contratto,

---

(1) E v. qui infatti le pronunce che saranno esaminate al paragrafo successivo.

(2) V. in questo senso Corte di giustizia 14 dicembre 1983, in causa 319/82, Société de vente de ciments et betons de l'Est c. Kerpen und Kerpen G.m.b.H. und Co KG, in *Raccolta della giurisprudenza della Corte*, 1983, 4173 ss. (in motivazione, ai punti 10-12).

in quanto venuta in contrasto con l'ordine pubblico economico" (1): perché l'art. 1418 c.c. dispone la nullità del contratto "contrario a norme imperative"; e perché il diritto antitrust costituisce disciplina di ordine pubblico economico ed è anzi uno dei cardini delle costituzioni economiche italiana e comunitaria.

7. Le conclusioni qui proposte non possono essere smentite dagli argomenti via via addotti in contrario.

A. Alcuni primi argomenti contrari sono stati addotti da tre sentenze genovesi e da una pronuncia della Cassazione chiamate ad applicare il diritto comunitario antitrust. I medesimi argomenti potrebbero tuttavia essere riproposti tels quels anche per il diritto nazionale antitrust. Ed essi meritano perciò di essere qui esaminati.

Un primo argomento genovese ha affermato che "non è ravvisabile un'effettiva obbligatorietà delle norme unitarie predisposte dall'ABI per i singoli associati" (2): e ne ha concluso che i contratti banca/cliente modellati secondo le NUB non sono nulli.

La premessa del sillogismo genovese è tuttavia smentita sia dalla ricostruzione che avevo a suo tempo compiuto delle intese interbancarie relative a talune NUB sia specialmente dalla difesa dell'ABI e dagli accertamenti della Banca d'Italia nei procedimenti ad esse relativi. E la medesima premessa non può dunque giustificare la conclusione genovese.

B. Un secondo argomento genovese ha ritenuto che "tra i contratti stipulati dalla banca con vari clienti ed i modelli predisposti dall'ABI non vi sia alcun collegamento vincolante o negoziale" (3). In questa medesima direzione gli ambienti bancari suggeriscono spesso che tra l'intesa interbancaria sulla NUB e l'applicazione di quest'ultima nel singolo rapporto banca/cliente vi sarebbe uno iato; che l'utilizzazione del testo di cgc predisposto dall'ABI sarebbe decisa autonomamente e liberamente dalla banca; che ciò avveniva già prima delle decisioni della Banca d'Italia ed avverrà a fortiori dopo di esse.

Già si è visto tuttavia che prima delle decisioni della Banca d'Italia le NUB erano vincolanti per le aziende di credito associate all'ABI. La loro applicazione può essere qualificata oggettivamente come adempimento di un'obbligazione di utilizzarle. Reciprocamente questa qualificazione non potrebbe venir esclusa sulla sola base di elementi soggettivi quali l'inesistenza di un animus di adempiere. Senza dire d'altro canto che gli elementi soggettivi sono normalmente provati da quelli oggettivi, e che gli elementi oggettivi in campo depongono univocamente nel senso di una corrispondenza tra obbligazione e comportamento della banca e dunque per una qualificazione dell'applicazione delle NUB come adempimento delle relative intese interbancarie. Con ciò viene meno la premessa del sillogismo genovese. Questo non può allora giustificare una conclusione diversa da quella qui suggerita, della nullità degli accordi banca/cliente.

---

(1) Così SALANITRO, *Disciplina antitrust e contratti bancari*, cit., 420; ID., *La concorrenza nel settore bancario*, in *BBTC*, 1996, I, 765.

(2) Così BORGHI, *La giurisprudenza del foro genovese in materia bancaria*, in *NGCC* 1996, II, 377 riferisce l'opinione di App. Genova 14 novembre 1995 n. 1081.

(3) Così BORGHI, *La giurisprudenza del foro genovese in materia bancaria*, in *NGCC* 1996, II, 377 riferisce ancora una volta l'opinione di App. Genova 14 novembre 1995 n. 1081.

E veniamo ora brevemente alla situazione successiva alle decisioni della Banca d'Italia. E fermiamoci in particolare sulle NUB che non sono state esentate ex art. 4 ma dichiarate lecite ex art. 2. Prima delle decisioni della Banca d'Italia le intese interbancarie qui considerate dovevano essere ricondotte allo schema dell'accordo o della pratica concordata secondo la mia ricostruzione, ed a quello delle decisioni di associazione d'impresе secondo l'opinione della Banca d'Italia. Dopo le decisioni della Banca d'Italia occorre chiedersi a quale delle tre figure di intese previste dal diritto antitrust debbano essere ricondotte le "intese" interbancarie qui considerate: e precisamente se debbano essere ricondotte allo schema dell'accordo, o della decisione di associazione, o della pratica concordata, o se viceversa non possano esserlo ad alcuno di questi schemi. Qui una prima lettura è quella proposta dalla Banca d'Italia. Questa ha qualificato le intese sulle NUB come decisioni di associazione. La Banca d'Italia ha tuttavia imposto all'ABI di renderle non vincolanti. L'ABI le ha dichiarate tali. E conseguentemente esse non possono più venir qualificate come decisioni di associazione ai sensi del diritto antitrust nazionale e comunitario. Per parte mia avevo a suo tempo proposto e continuo a ritenere ragionevole una seconda lettura, che qualificava le intese interbancarie sulle NUB come accordi o in taluni casi come pratiche concordate. Questa loro struttura non può naturalmente essere modificata da una comunicazione dell'ABI secondo cui le intese non sono vincolanti. Non può esserlo, precisamente, perché l'ABI non era parte degli accordi/pratiche concordate: senza dire che un accordo plurilaterale non potrebbe naturalmente essere modificato unilateralmente da una sola parte. E non può esserlo nemmeno se la comunicazione dell'ABI le sia stata imposta dalla Banca d'Italia. In ogni caso è ragionevole immaginare che la maggior parte delle aziende di credito italiane utilizzerà ancora per molto tempo le NUB predisposte dall'ABI, e sia pure con le modifiche imposte dalla Banca d'Italia. Ed occorrerebbe allora chiedersi se quest'utilizzazione non sia in realtà riconducibile allo schema antitrust della pratica concordata: e se dunque le decisioni della Banca d'Italia ex art. 2 non siano in realtà insufficienti ad escludere l'illiceità antitrust delle NUB ed a negare la nullità dei contratti banca/clienti che le utilizzino.

C. Un terzo argomento genovese ritiene che "nei confronti del soggetto che invoca la violazione dell'art. 85 del trattato difetta l'effettivo o anche solo potenziale pregiudizio per il libero gioco della concorrenza: soggetto che non può essere se non un istituto di credito il quale assume di essere danneggiato nell'esercizio della propria attività d'impresa dalle intese" interbancarie (1).

Quest'argomento evoca due diversi temi. *a)* Il primo riguarda gli effetti della violazione del diritto antitrust. Qui non vi è dubbio che l'intesa interbancaria sulle NUB altera il gioco della concorrenza tra le banche. L'esecuzione dell'intesa ha tuttavia effetti anche sui clienti della banca. E già si è detto che il diritto antitrust vieta sia l'intesa che la sua esecuzione, protegge gli interessi dei concorrenti ma anche quelli dei loro contraenti, e determina la nullità dell'intesa e ad un tempo del contratto banca/cliente. *b)* Il secondo tema riguarda quello della legittimazione ad agire per dolersi della violazione del diritto antitrust. I giudici genovesi sembrano negare questa legittimazione al cliente della banca. Con ciò essi non si avvedono tuttavia che il sistema del diritto antitrust non limita ai concorrenti la legittimazione ad agire per la repressione dell'illecito: come subito appare tra l'altro da-

---

(1) Così BORGHI, *La giurisprudenza del foro genovese in materia bancaria*, in *NGCC* 1996, II, 377 riferisce l'opinione di Trib. Genova, 5 settembre 1994 n. 2993, condivisa da App. Genova, 14 novembre 1995 n. 1081.

gli artt. 3 del regolamento 17/1962/Cee (1) e 12.1 l.at.. E d'altro canto il cliente della banca è legittimato a far valere la nullità del contratto banca/cliente, e può dunque far valere anche la nullità di questo contratto ex art. 1418 c.c. per contrasto con il diritto antitrust.

D. Un quarto argomento genovese sottolinea che “il nostro ordinamento non prevede che la nullità del contratto-tipo determini la nullità del singolo contratto concluso sulla falsariga di quello” (2).

Quest'argomento riflette la *communis opinio* (3). Esso tuttavia non è sufficiente ad escludere la nullità dei Folgeverträge banca/cliente. L'argomento qui considerato esclude infatti che la nullità del contratto normativo riguardante le NUB determini per ciò stesso ed automaticamente l'invalidità dei singoli accordi banca/cliente. Ciò non esclude tuttavia che questi accordi possano venir predicati nulli in base ad altre regole di diritto privato. E per parte mia ritengo che essi possano esserlo sulla base della regola della nullità dei Folgeverträge posta dal diritto nazionale antitrust.

E. Un quinto argomento è stato suggerito dalla sentenza 569/1995 della Corte di cassazione civile (4). I passi citati nel testo sono presi in particolare dalla parte della motivazione pubblicata alle pp. 41 e 42. Questa era chiamata a pronunciarsi sulla nullità della fideiussione omnibus. Questa nullità era stata fatta valere nei giudizi di merito ed all'inizio di quello di legittimità esclusivamente assumendo che la fideiussione omnibus sarebbe ad oggetto indeterminato e non sarebbe meritevole di tutela. Nel corso del giudizio di cassazione i clienti della banca avevano allegato con una memoria aggiunta che la fideiussione omnibus violava il diritto comunitario antitrust, ed avevano chiesto alla Cassazione di rinviare gli atti alla Corte di giustizia ex art. 177 CE. La corte italiana si è rifiutata di rimettere gli atti a quella di Lussemburgo. Questa decisione è in parte spiegabile con la ritrosia della Cassazione italiana a rinviare alla Corte di giustizia. Ma specialmente la sentenza 569/1995 spiega che “le prospettazioni” dei clienti della banca “non costituiscono domanda giudiziale, quantomeno per la loro posizione di semplici controricorrenti e comunque per avere sollevato dette questioni per la prima volta con la memoria aggiunta”. D'altro canto secondo la Cassazione il thema decidendum di quel giudizio era limitato “alla determinabilità originaria dell'oggetto della garanzia ed alla meritevolezza di tutela” della fideiussione omnibus “secondo la disciplina civilistica di diritto interno”. Questa limitazione del thema decidendum “toglieva rilevanza al problema interpretativo del trattato Cee” e del suo diritto antitrust. Il rifiuto della Cassazione di rimettere gli atti alla Corte di giustizia è così motivato da considerazioni processuali. E correlativamente la sentenza 569/1995 nulla può opporre alla tesi qui proposta e relativa alla nullità del contratto banca/cliente.

F. Alcuni ultimi argomenti contrari a questa tesi sono stati invece proposti dal Tribunale di Alba. Un sesto argomento ha ritenuto che i contratti di fideiussione omnibus ban-

---

(1) V. qui UBERTAZZI, *Legittimazione ad agire delle associazioni di consumatori e procedimenti comunitari antitrust*, in *Mon. trib.*, 1977, 186-201; ID., *Die Klagebefugnis der Verbraucherverbände nach europäischem und italienischem Wettbewerbsrecht*, in *GRUR Int.*, 1979, 80-86.

(2) Così BORGHI, *La giurisprudenza del foro genovese in materia bancaria*, in *NGCC* 1996, II, 377 riferisce l'opinione di App. Genova, 23 marzo 1995 n. 858.

(3) Così L.C. UBERTAZZI, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, cit., 100 e nota 50.

(4) V. qui la sentenza Cass. 19 gennaio 1995 b. 569, in *I contratti*, 1996, I, 38 ss.. I passi citati nel testo sono tratti in particolare dalla parte della motivazione pubblicata alle pp. 41 e 42.

ca/cliente allora litigiosi “sono contratti a causa tipica, disciplinati dall’ordinamento”, ciò che ne “esclude l’illiceità della causa” (1).

Qui si potrebbe osservare che secondo un’opinione largamente diffusa la fideiussione omnibus non costituirebbe un contratto tipico. In ogni caso la tipicità di un contratto e la liceità della sua causa astratta non impedisce che un contratto tipico possa essere in concreto nullo per illiceità della causa concreta. E per rendersene conto saranno sufficienti due esempi. Si pensi così ad un contratto di compravendita di refurtiva concluso da un ladro con un ricettatore consapevole e rispettivamente ad un accordo di mutuo con interessi usurari. Nei due casi ricorrono i contratti tipici della vendita e rispettivamente del mutuo, che hanno entrambi causa astrattamente lecita. Ma entrambi sono certamente in concreto (e quantomeno parzialmente) nulli per illiceità della causa a motivo delle peculiarità della fattispecie particolare. E così pure l’eventuale tipicità dell’archetipo cui si ispira il singolo contratto banca/cliente non esclude che esso violi in concreto il diritto antitrust e sia dunque nullo ex art. 1418 c.c..

G. Un settimo argomento proposto dal Tribunale di Alba soggiunge che “se sul piano dei rapporti tra imprese possono costituire una pratica concordata vietata, sul piano dei rapporti con il cliente” le NUB “rappresentano condizioni generali di contratto di diritto privato liberamente accettate” dal cliente della banca (2).

In realtà la libertà del cliente può esser stata spesso coartata dalla sua necessità di ricorrere alle banche e dall’uniformità dell’applicazione delle NUB, che non gli consentiva di avere il servizio desiderato a condizioni diverse dalle NUB. Specialmente il diritto privato italiano conosce un numero ampio di ipotesi in cui l’invalidità del contratto dipende ed è conseguenza della posizione particolare di una sola delle parti. Basti pensare all’inefficacia delle clausole vessatorie non specificamente approvate ex art. 1341 c.c.; all’annullabilità del contratto concluso per violenza, errore o dolo ex artt. 1427 ss. c.c.; alla rescindibilità del contratto concluso in stato di bisogno con lesione ultra dimidium ex art. 1448; all’inefficacia delle clausole vessatorie nel contratto con i consumatori ex artt. 1469 bis; alla nullità ex art. 1805 co.2 c.c. della clausola del contratto di mutuo che prevede interessi usurari; alla nullità della vendita conclusa da determinati pubblici ufficiali e alla annullabilità della vendita conclusa da altri soggetti ex art. 1471; alle revocatorie ordinaria e fallimentare; ed infine, e per venire al tema specifico delle operazioni bancarie, alla nullità dei contratti bancari per violazione delle regole relative alla “trasparenza delle condizioni contrattuali” (così il titolo VI del t.u.) prevista dall’art. 127 co. 2 TU. Ed in linea logica nulla si oppone dunque a che l’art. 1418 determini la nullità del contratto ex uno latere, proprio perché una delle parti viola una norma imperativa di legge qual è il divieto antitrust delle intese sulle NUB.

**8.** Per queste ragioni mi pare possibile ritenere che l’illiceità antitrust delle intese sulle NUB precedente alle decisioni della Banca d’Italia comporta la nullità anche dei contratti banca/clienti che ne fanno applicazione.

Queste conclusioni debbono tuttavia essere circoscritte in qualche misura. Qui in particolare è da chiedersi se la nullità si estenda all’intero contratto banca/cliente o piuttosto

---

(1) Trib. Alba, 18 gennaio 1995, cit., 225.

(2) Trib. Alba, 18 gennaio 1995, cit., 225.

solo alle clausole delle NUB che la Banca d'Italia ha ritenuto incompatibili con il diritto antitrust. La questione è in larga misura facti. Ma mi pare ragionevole immaginare che normalmente si tratterà di nullità puramente parziale.

Sin qui la valutazione dei contratti banca/cliente dal punto di vista del divieto nazionale antitrust delle intese relative alle NUB. Conclusioni largamente analoghe mi sembrano a fortiori possibili ove le NUB debbano venir considerate dal punto di vista del divieto di abuso di posizione dominante ex art. 3 l.at., come il parere dell'Autorità 2341/1994 aveva suggerito. In contrario il Tribunale di Alba ha osservato che la violazione degli artt. 86 Tr. CE e 3 l.at. non potrebbe comportare la nullità dei contratti, perché questa nullità non è espressamente prevista e "non può addivenirsi a pronuncia di nullità al di fuori dei casi previsti dall'ordinamento" (1). Ma questa osservazione dimentica che la nullità qui considerata discende dall'art. 1418 c.c..

Le conclusioni sin qui proposte riguardano l'incidenza del diritto antitrust nazionale. Ma le medesime conclusioni mi sembrano tuttavia riproponibili telles quelles anche per il diritto comunitario antitrust.

Le conclusioni qui riproposte relative alla nullità parziale dei contratti banca/cliente che recepiscono le NUB riguardano certo un numero elevatissimo di operazioni banca/cliente. Le conseguenze della loro soggezione al diritto antitrust non sono tuttavia così gravi in pratica come potrebbero apparire in teoria. Le riviste di giurisprudenza e le informazioni dalla pratica suggeriscono infatti che solo in pochi casi gli interessati hanno fatto valere giudizialmente l'illecito antitrust qui considerato per trarne conseguenze sul piano della disciplina del rapporto banca/cliente. E d'altro canto la nullità della clausola qualificherà spesso come indebito oggettivo il pagamento eseguito dal cliente a favore della banca, ma il passare del tempo ha già prescritto molti e sta avviando a prescrizione tutti gli altri crediti del cliente della banca alla ripetizione dell'indebito.

---

(1) Così Trib. Alba, 18 gennaio 1995, cit., 225.



GIORGIO DE NOVA

**LA TIPIZZAZIONE AMMINISTRATIVA DEI TITOLI E DEI CONTRATTI  
PREVISTA DALL'ART. 117, COMMA 8 DEL TESTO UNICO BANCARIO**



## 1. - Premessa ed esposizione di tre tesi

Le relazioni che hanno preceduto questa mia hanno più volte fatto riferimento all'art. 117, comma 8, del testo unico, ed anche diffusamente. Sicché potrò limitarmi a tentare di dare dimostrazione di tre affermazioni: *a)* il potere riconosciuto alla Banca d'Italia dall'art. 117, comma 8, non è potere di disciplinare in via eteronoma titoli e contratti, bensì è potere di instaurare una corrispondenza necessaria tra nome e contenuto: non è potere di eteronormazione, ma potere di connotazione (evito intenzionalmente il termine, equivoco, di tipizzazione); *b)* la Banca d'Italia ha sin qui correttamente svolto tale attività di connotazione; *c)* sussiste l'esigenza di trovare forme di disciplina che non si affidino al legislatore soltanto né ai singoli operatori soltanto.

## 2. - Il potere di connotazione

I commentatori sono concordi nel rilevare che il potere, conferito alla Banca d'Italia dall'art. 117, comma 8, è introdotto *ex novo*.

Non importa qui discutere se sussiste eccesso di delega.

Importa invece, ai nostri fini, esaminare come si è giunti a tale innovazione, e così all'attuale testo dell'art. 117, comma 8.

Nello schema di Testo Unico al 2 luglio 1993 l'art. 117, comma 8 così disponeva: "Fermo restando quanto disposto dall'art. 1322 del codice civile, la Banca d'Italia può prescrivere che particolari denominazioni siano riservate a titoli e contratti che abbiano contenuto determinato dalla medesima Banca d'Italia. Sono inefficaci le clausole contrattuali difformi".

La norma, in codesta formulazione, chiarisce in modo inequivoco che si intendeva attribuire alla Banca d'Italia non il potere di limitare l'autonomia contrattuale ("fermo restando..."), bensì - appunto - di "prescrivere che particolari denominazioni siano riservate a titoli e contratti che abbiano contenuto determinato dalla medesima Banca d'Italia".

Non mi risulta che il passaggio dal testo del progetto al testo attuale dell'art. 117, comma 8, sia il frutto di un mutamento di sostanza nell'impostazione del problema.

D'altronde, che alla Banca d'Italia non sia affidato un potere di eteronormazione risulta anche dal testo vigente dell'art. 117, comma 8. Si parla, infatti, di "contenuto tipico determinato" per titoli e contratti individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualitativi, e cioè, appunto, di connotazione. Se si fosse trattato di un potere di eteroregolamentazione, si sarebbe detto, sulla falsariga dell'art. 1374 cod. civ., che "i contratti producono gli effetti determinati dalla Banca d'Italia".

Argomento importante a favore della tesi da me prospettata deriva dalla collocazione sistematica della norma, che fa parte del titolo "trasparenza delle condizioni contrattuali". Il potere di connotazione ben si inquadra nella trasparenza, perché garantisce al cliente che al nome corrisponde il contenuto; del tutto estraneo alla trasparenza sarebbe un potere di eteronormazione.

Argomento ulteriore si trae, infine, dalla sanzione per la violazione del precetto. Nel progetto, abbiamo detto, si disponeva: "sono inefficaci le clausole contrattuali difformi". E dunque era chiaro che cadevano le clausole che tradivano il nomen, esorbitando dal contenuto determinato per quel nomen. Nel testo attuale, si parla di nullità dei contratti e dei

titoli. Ma poi all'art. 127, comma 2, si precisa che si tratta di nullità che "possono essere fatte valere solo dal cliente". Dunque, di una nullità a presidio non di un interesse generale, bensì a tutela del cliente: soluzione coerente con il potere di connotazione (il cliente ingannato dalla non corrispondenza *nomen* - contenuto può far valere la nullità), e non include con un potere di eteronormazione (che postulerebbe una nullità assoluta delle deroghe patizie alle norme eteronome).

Se noi dovessimo idealmente collocare l'art. 117, comma 8, nella parte generale sul contratto, non dovremmo pensare all'art. 1374, bensì alle norme sui vizi della volontà.

Qualche cenno al funzionamento di tale potere di connotazione.

L'alternativa tra "particolare denominazione e "speciali criteri qualificativi" è stata stamani riferita da Porzio ai titoli " quanto alla prima espressione - ed ai contratti - quanto alla seconda. A me non pare che sia così. Credo che si voglia dire questo: il potere di connotazione riguarda non solo i titoli e i contratti nominati, ma anche i titoli e contratti che rispondono ad un tipo sociale.

Quanto all'espressione "contenuto tipico determinato" ritengo che il termine "contenuto" sia a più ampio raggio dell'espressione "il tasso di interesse e ogni altro prezzo o condizione" di cui all'art. 117, comma 4.

L'aggettivo "tipico" è stato inteso dalla Banca d'Italia nel senso di "caratteristiche minime necessarie". L'interpretazione mi pare corretta, ma un'osservazione si impone. Se il titolo (il contratto) presenta quelle caratteristiche minime, ma presenta anche caratteristiche ulteriori, il precetto è rispettato? Direi di sì, ma a condizione che le caratteristiche ulteriori non smentiscano le caratteristiche minime necessarie perché altrimenti il titolo (il contratto) è difforme. Con la conseguenza che il titolo (il contratto) è nullo.

La sanzione può a prima vista apparire eccessiva.

Ma non lo è se si ragiona in termini di vizio del consenso, e di annullabilità: il cliente ingannato può decidere di restituire il titolo e di ottenere il rimborso, di ottenere l'annullamento del contratto e la restituzione di quanto abbia corrisposto.

### **3. - Le applicazioni**

Le applicazioni sin qui poste in essere da parte della Banca d'Italia rispondono appieno alla nozione di connotazione di cui abbiamo discusso. Nel 133° aggiornamento del 19 dicembre 1996 alla circolare n. 4 del 29 marzo 1988, in materia di raccolta in titoli delle banche, leggiamo infatti: "Per le obbligazioni, i certificati di deposito e i buoni fruttiferi vengono indicate caratteristiche tipiche minimali: il pubblico deve essere posto in grado di associare a tale forme negoziali posizioni giuridiche certe e determinate nei loro contenuti essenziali. La "tipizzazione" dei menzionati strumenti non preclude, ovviamente, l'emissione di altri titoli di raccolta".

Ed ancora: "Non è consentita l'emissione di titoli denominati "obbligazioni" che possiedano caratteristiche diverse da quelle indicate nelle presenti istruzioni. E' del pari vietata l'emissione di titoli dotati delle caratteristiche indicate per le obbligazioni ma diversamente denominati".

### **4. - L'esigenza di nuove forme di regolamentazione**

La tendenza a leggere nell'art. 117, comma 8, un potere di eteronormazione che - per le ragioni sin qui esposte - tale norma non conferisce può spiegarsi con l'esigenza di trovare nuove forme di regolamentazione dei titoli e dei contratti.

Due dati sembrano infatti difficilmente discutibili. La fonte legislativa nazionale si è inaridita. La disciplina dei titoli e dei contatti non può essere affidata al singolo operatore.

Occorre trovare un diverso livello di intervento. Alcuni sottolineano le “norme delle autorità indipendenti”, altri invocano l’autoregolamentazione.

Il tema è generale, non può essere trattato in questa occasione.



RAFFAELE LENER

**IL CONTROLLO AMMINISTRATIVO SULLA CORRETTEZZA  
DEI COMPORTAMENTI DEGLI INTERMEDIARI NEI  
RAPPORTI CONTRATTUALI CON LA CLIENTELA**



1. Se ci si pone ad esaminare le possibili modalità di intervento degli organi amministrativi di vigilanza sui rapporti contrattuali fra intermediari e clientela ci si avvede subito di come la disciplina dell'attività delle banche e la disciplina dei servizi di investimento non siano coincidenti.

Infatti, nel testo unico bancario difetta quasi completamente una disciplina dei contratti. Al tempo stesso però il legislatore ha, da un lato, previsto una specifica disciplina di "trasparenza" delle condizioni contrattuali (artt. 115-128 t.u.), che peraltro molto poco spazio lascia agli organi di vigilanza, trovandosi praticamente l'intero "corpo" disciplinare in norme di rango primario, e, dall'altro, ha attribuito alla Banca d'Italia un potere di "conformazione" di contratti e titoli (art.117, comma 8, t.u.), di portata potenzialmente molto vasta e senza chiari parametri delimitativi.

Diversa è, invece, l'impostazione del decreto legislativo 27 luglio 1996, n. 415, sui servizi di investimento, che non prevede una disciplina di "trasparenza", ma al contempo meglio individua, attraverso norme specifiche, i poteri delle autorità di vigilanza sull'attività contrattuale degli intermediari. Il decreto, poi, non contiene deleghe all'autorità amministrativa di portata comparabile con quella del richiamato art.117 t.u.

Non è agevole dire quale dei due sistemi attribuisca alle autorità di vigilanza maggiori poteri in materia di controllo sulle attività contrattuali degli intermediari, bancari e non, per la difficoltà di *pesare* siffatti poteri (e per il prudentissimo ricorso della Banca d'Italia allo strumento previsto dall'art.117, comma 8, t.u.). Certo è da rimarcare come fra di essi esistano differenze di non poco momento, che appaiono per vero di difficile giustificazione.

2. Analizziamo, in primo luogo, la disciplina di "trasparenza delle condizioni contrattuali", posta nel titolo VI del testo unico bancario, nella quale il legislatore ha, come noto, ricondotto ad unità (I) le disposizioni sulla *forma* dei contratti e (II) quelle sugli oneri di *pubblicizzazione* delle condizioni generali di contratto gravanti sulle banche e sugli intermediari finanziari, contenute nelle due leggi del 1992, la n.142 e la n.154.

La disciplina di "trasparenza" viene ad essere inserita, come si accennava, in un sistema normativo che dei contratti, o se si vuole dell'attività contrattuale, delle banche non si occupa affatto. E questa singolarità del titolo VI del testo unico, che può contribuire a spiegare anche certe difficoltà di coordinamento con altre parti della disciplina, appare inegabile pur ove si condivida la valutazione che l'importanza e la "centralità" oramai acquisita dalle norme di "trasparenza" ha forse reso effettivamente "logico ed inevitabile" (1) l'inserimento di esse nel testo unico. Paradossalmente, sarebbe stata più comprensibile una disciplina di *trasparenza* in un testo di legge che dà centralità al contratto nel sistema di protezione del cliente, come il decreto n. 415 sui servizi di investimento.

Il corpo di norme in esame muove da due considerazioni, oramai diffusamente condivise e "consolidate" nella più recente legislazione sulla contrattazione di massa delle imprese. Da un lato, la *crisi* del meccanismo "classico" di tutela del contraente "non predisponente" offerto nel nostro ordinamento dall'art. 1341 c.c. Dall'altro, la possibilità di servirsi della *forma contrattuale* come strumento di tutela del contraente "debole", facen-

---

(1) NIGRO, *La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*, in *Dir.banc.*, 1994, I, p. 572. Non vi è dubbio peraltro, come si dirà, che il nuovo sistema attribuisca alla Banca d'Italia poteri tendenzialmente generali su tutti gli aspetti dell'attività delle banche.

do in sostanza del contratto (anche) un “veicolo” di informazioni imposte dal legislatore ovvero, su sua delega, dalla pubblica amministrazione (1).

Vi è peraltro un passaggio nella disciplina di “trasparenza” ove il legislatore non sembra aver completamente abbandonato il modello dell’art. 1341: là dove l’art.117, comma 5, t.u. afferma che la possibilità della banca di variare in senso sfavorevole al cliente le *condizioni contrattuali* (c.d. “*ius variandi*”) va espressamente indicata nel contratto con clausola approvata specificamente dal cliente. Si tratta, certamente, di un ritorno al vecchio modello ; non a caso si è parlato di “sostanziale riconoscimento” legislativo della natura “vessatoria” della clausola (2). E tuttavia va sottolineato che la norma in esame non è del tutto conforme ad esso, in quanto non è detto che l’assenza di approvazione specifica provochi l’invalidità o l’inefficacia della clausola, giacché di inefficacia si parla soltanto nel successivo art.118 t.u., dedicato ai contratti di durata. Non solo, ma l’art.118 si occupa non già dell’inefficacia *della clausola*, ma dell’inefficacia *della variazione unilaterale*, ricollegata poi non alla mancata approvazione per iscritto della clausola, bensì alla mancata notifica al cliente della variazione sfavorevole nelle forme e nei termini stabiliti dal CICR.

Senza addentrarsi nella descrizione della disciplina, notiamo che essa si scompone, sostanzialmente, in due sottosistemi : (I) l’imposizione di oneri formali nella redazione dei contratti (o nella comunicazione al cliente del contenuto di specifiche clausole) e (II) la pubblicazione di informazioni circa le “condizioni contrattuali” delle banche. Dei due “sottosistemi” il primo appare essere complessivamente più rilevante, atteso che il meccanismo degli “avvisi” sembra incontrare gli stessi limiti di comprensibilità e di capacità di attrarre l’attenzione del cliente dell’approvazione specifica dell’art. 1341 c.c.

In questa costruzione lo spazio lasciato alle autorità amministrative è piuttosto ridotto, fatte salve le previsioni dell’art. 117, comma 8, su cui si avrà modo di tornare. La pubblica amministrazione si vede, infatti, demandati poteri di mera esecuzione in un sistema interamente disegnato dal legislatore primario.

2.1. Fondamento della disciplina di “trasparenza” è la volontà legislativa di tutelare il cliente dall’“eccesso” di potere contrattuale della banca. E’ appena il caso di rammentare, invece, come non rientri fra i motivi ispiratori di essa la volontà di garantire la *parità di trattamento* dei clienti della banca. Anzi, la scelta del legislatore sembra proprio di segno opposto: data adeguata “trasparenza” alle condizioni generali di contratto delle banche, i terzi sono posti in grado di scegliere l’ente creditizio che preferiscono.

Una simile scelta non provoca alcun rammarico, sia perché la norma che aveva introdotto il principio della parità di trattamento nelle operazioni bancarie (art. 8 della legge sul Mezzogiorno, l. 13 giugno 1986, n. 64 (3)) non ha mai trovato attuazione pratica, neppure nelle “istruzioni” dell’autorità di vigilanza, sia perché la scelta della “trasparenza” in luogo della forzata imposizione di vincoli di “parità” appare più in linea con l’opzione per la libertà di concorrenza, che è conseguenza diretta della seconda direttiva bancaria.

---

(1) Per valutazioni critiche cfr. P. RESCIGNO, “*Trasparenza*” bancaria e diritto “comune” dei contratti, in *Banca, borsa*, 1990, I, p. 305; SCHLESINGER, *Problemi relativi alla c.d. trasparenza bancaria*, in *Corriere giur.*, 1989, p. 230.

(2) Cfr. D. DI SABATO, *Le società per azioni operanti nel mercato finanziario fra autonomia e controllo*, Milano, 1995, p. 153.

(3) Sul punto cfr. BUSSOLETTI, *Norme e progetti di legge in tema di parità di trattamento e trasparenza delle operazioni bancarie*, in *Dir. banc.*, 1989, I, p. 229 ss.; SALANITRO, *Evoluzione dei rapporti tra disciplina dell’impresa e disciplina dei contratti nel settore creditizio*, in *Banca, borsa*, 1992, I, p. 603 ss.

Siffatto risultato non costituisce propriamente una “novità” del testo unico: già nella legge n.154 mancava ogni riferimento alla parità di trattamento, al punto che parte della dottrina (1) era arrivata a ravvisare una implicita abrogazione dell’art. 8 della legge sul Mezzogiorno, in ragione del fatto che la legge n. 154, nel consentire l’indicazione dei soli tassi minimi (per le operazioni “passive”) e massimi (per quelle “attive”), sembrava aver consentito trattamenti differenziati fra i clienti della banca.

Tuttavia, una innovazione significativa sembra esservi nell’art. 116, comma 4, t.u. che - in luogo di riproporre *per intero* la norma della legge n. 154 che imponeva alle informazioni rese pubbliche dalle banche “identico contenuto su tutto il territorio nazionale” (art. 2, comma 5) - si limita ad affermare che “le informazioni pubblicizzate non costituiscono offerta al pubblico a norma dell’art. 1336 del codice civile”. Scompare dunque anche quel minimo riferimento alla parità “di informazione”.

Se a ciò si aggiunge che l’art. 8 della legge n. 64 è stato - successivamente all’entrata in vigore della legge n. 154 - espressamente abrogato dall’art. 4 della legge 19 dicembre 1992, n. 488, sull’intervento pubblico nel Mezzogiorno, ci si avvede di come il principio della parità di trattamento dei clienti della banca non solo non costituisca fondamento della disciplina della “trasparenza”, ma forse non abbia più nemmeno cittadinanza nel nostro ordinamento (2).

2.2. L’art. 115 t.u. definisce l’ambito di applicazione delle norme di tutela. La legge n. 154 prevedeva un doppio criterio, soggettivo e oggettivo: soggettivo quanto alle banche e oggettivo quanto ai soggetti svolgenti attività “finanziaria”. Questa scelta, che rendeva le norme in questione applicabili in moltissimi casi, è stata ristretta dall’art. 115, con l’affermazione del solo criterio soggettivo, e la limitazione del sistema alle banche e agli intermediari regolati dall’art. 106 t.u.

In una prima versione della relazione al testo unico gli estensori dicevano che la scelta si giustificava per il fatto che non vi era ragione di assoggettare alla normativa sulla “trasparenza” gli intermediari mobiliari, già soggetti alla legge n. 1/91 e al corpo regolamentare di attuazione emanato dalla Consob e dalla Banca d’Italia, poiché si trattava di un complesso di norme autosufficiente e non necessitante sovrapposizioni con le norme sulla trasparenza.

Tuttavia, questa soluzione non emerge in modo così netto dalla lettura dell’art. 115. Al contrario, proprio la caratterizzazione soggettiva della norma fa pensare che alle banche e agli intermediari finanziari le norme sulla trasparenza *si applichino sempre e comunque*, e dunque, per le banche, anche in relazione ai servizi di investimento eventualmente esercitati (3).

---

(1) MAISANO, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie. La difficile transizione dal diritto della banca al diritto bancario*, Milano, 1993, p. 168.

(2) NIGRO, *La nuova normativa*, cit., p. 584.

(3) Cfr. DOLMETTA e BASSILANA, *Alcune osservazioni sui più recenti “condizionamenti” legislativi delle operazioni bancarie*, in *Banca, impr. soc.*, 1994 p. 78 ss.; GIORDANO, *La trasparenza delle condizioni contrattuali nella nuova legge bancaria*, in *Riv.soc.*, 1993, p. 1243, testo e nota; cfr. anche MARTORANO, *Trasparenza e parità di trattamento nelle operazioni bancarie*, in *Banca, borsa*, 1991, I, p. 704; MAISANO, op.cit., p. 13 ss., 163 ss.; SALANITRO, *Evoluzione dei rapporti fra disciplina dell’impresa e disciplina dei contratti nel settore creditizio*, cit., p. 607; anteriormente SCHLESINGER, *Problemi relativi alla c.d. “trasparenza” bancaria*, in *Corriere giur.*, 1988, p. 229.

La soluzione non è indifferente, sia perché crea, all'interno del mercato finanziario, una ingiustificata disparità di trattamento tra intermediari mobiliari, da un lato, e banche, dall'altro - perché i primi certamente non sono soggetti alle norme sulla "trasparenza", mentre le seconde lo sono - sia perché non è vero che i due corpi di norme siano complessivamente equivalenti.

La disparità di trattamento va apprezzata soprattutto sotto due profili.

In primo luogo, la disciplina dei servizi di investimento non prevede affatto forme di *anticipata pubblicità delle condizioni contrattuali* (1), quali quelle che costituiscono una delle due "parti" in cui si è detto poter essere scissa la disciplina di "trasparenza", fatta salva la pubblicità preventiva che può derivare dalla pubblicazione del prospetto informativo (2).

In secondo luogo, e contrariamente alle indicazioni che emergono dalla relazione ministeriale al testo unico, fra le due discipline non vi è equivalenza neppure in tema di regole sulla forma contrattuale, sia quanto agli oneri formali richiesti, sia quanto al sistema sanzionatorio; e ciò pur dopo che il decreto n. 415 ha recepito la soluzione della "nullità relativa" del testo unico bancario.

Ciò detto, se ci si pone nell'ottica della maggior tutela del cliente della banca, è inevitabile giungere alla conclusione che le norme del titolo VI del testo unico si applicano *anche* ai servizi di investimento offerti dalle banche (3). D'altro canto una simile lettura si conforma anche alla scelta "soggettiva" degli estensori dell'art. 115 t.u., poiché siffatta norma - come ricordato - considera in generale tutte "le attività svolte nel territorio della Repubblica dalle banche".

Ma se così è, allora la premessa da cui si è partiti nel redigere l'art. 115 - cioè la necessità di distinguere i due tipi di attività, lasciando ad ognuno la propria regolamentazione di settore, in quanto autosufficiente ed "equivalente" - finisce per essere contraddetta.

Non solo, ma la lettura "di maggior tutela" crea una ingiustificata disparità di disciplina fra le banche e gli altri intermediari. E questo risultato non è certamente soddisfacente e induce a rimeditare le scelte legislative.

Si potrebbe forse pensare ad una estensione della disciplina della trasparenza anche alle imprese di investimento, attraverso un intervento ampliativo del Ministro del tesoro *ex art. 115, comma 2, t.u.* (4). Così facendo, però, si riproporrebbero quei rischi di sovrapposizioni fra più autorità di vigilanza che, verosimilmente, hanno motivato la scelta legislativa (5).

---

(1) BUSSOLETTI e TONELLI, *Le banche e l'attività di gestione di patrimoni mediante operazioni in valori mobiliari*, in *L'attività non bancaria delle banche*, a cura di PORZIO, Milano, 1993, p. 277 ss.; BUSSOLETTI, *I destinatari della disciplina*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di FERRO-LUZZI e CASTALDI, III, Milano, 1996, p. 1825.

(2) Ma questo è tema che riguarda, in realtà, la disciplina della sollecitazione del pubblico risparmio. Si rammenti, inoltre, che il c.d. documento informativo, di cui era richiesta anteriormente la consegna al cliente, non è più contemplato dalla legge, come chiarito dalla Consob con comunicazione 17 giugno 1997, n. 97006251, poiché il decreto n. 415 non contiene alcuna prescrizione analoga all'abrogato art.6, lettera b), legge n. 1/91. Per il regime previgente cfr. R. LENER, voce *Valori mobiliari - Intermediari*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXXII, Roma, 1994, p. 11.

(3) Cfr. DOLMETTA e BASSILANA, *op.cit.*, p. 77.

(4) BUSSOLETTI, *op.cit.*, p. 1826.

(5) VALENTINO, *Commento all'art. 115 T.U.*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di CAPRIGLIONE, Padova, 1994, p. 584; cfr. pure MAISANO, *op.cit.*, p. 164.

Forse questa incongruenza è stata avvertita dall'organo di vigilanza che si è mostrato a lungo esitante a ... chiudere con il passato, dando compimento al nuovo regime, e dunque espungendo le imprese di investimento dal campo di applicazione della disciplina in esame. Invero, come noto, ai sensi dell'art. 161, comma 2, t.u., le leggi del 1992 sulla "trasparenza" (che, fra l'altro, assoggettavano a tale sistema anche le società di intermediazione mobiliare) non sono abrogate se non a far data dalla "entrata in vigore dei provvedimenti (attuativi) emanati dalle autorità creditizie". Ciò che sembra voler dire sino all'emanazione dei provvedimenti del Ministro del tesoro, *ex art.* 116, comma 2, t.u., del CICR, *ex art.* 116, comma 3, t.u., e ancora del CICR (per i soli profili dello *ius variandi*) *ex art.* 119, comma 1, t.u. E la temporanea "salvezza" delle vecchie norme vale essenzialmente a far salve le disposizioni regolamentari emanate prima del testo unico dalle autorità creditizie, al fine di evitare vuoti di disciplina (pur se a tal fine poteva essere sufficiente la generale previsione del comma 5 dell'art. 161 t.u., senza la necessità di creare ulteriori anomale norme di "diritto intertemporale").

Quando, sulla *Gazzetta Ufficiale* del 29 maggio 1996, è stata finalmente pubblicata la nuova regolamentazione dettata dalla Banca d'Italia sulla "trasparenza", emanata ai sensi del titolo VI del testo unico, l'organo di vigilanza, da un lato, non ha potuto negare come il testo unico stesso ridefinisca, per quanto concerne gli intermediari operanti nel comparto non bancario, "l'ambito di applicazione soggettivo della normativa, prevedendo che, alla disciplina di "trasparenza", siano sottoposti [le banche e] gli intermediari finanziari iscritti negli elenchi previsti dagli articoli 106 e 107 del testo unico bancario", ma, dall'altro, ha mostrato qualche esitazione formale ad affermare l'abrogazione integrale del vecchio regime, richiamando (al punto 1) proprio l'art. 106 T.U. quale "fonte normativa" della disciplina secondaria.

In realtà si tratta, a mio avviso, di "titubanze" non giustificate. E' da ritenere che, a partire dall'entrata in vigore del provvedimento citato (13 giugno 1996), le imprese di investimento non siano più tenute al rispetto della disciplina (legislativa e) regolamentare di "trasparenza".

La disparità di disciplina è, dunque, incontestabile.

**3.** Anche in punto di soggetti protetti il corpo di norme che stiamo esaminando presenta difformità significative.

La disciplina generale di "trasparenza" tutela tutti i *clienti* delle banche e degli intermediari finanziari. La disciplina del credito al consumo solo i *consumatori*. La disciplina dei servizi di investimento i *contraenti non qualificati professionalmente*.

Il termine "cliente" appare, *prima facie*, quello di più semplice lettura, in ragione sia del fatto che l'espressione sembra "neutra", sia del fatto che di essa è dato rintracciare precedenti già nella disciplina codicistica dei contratti bancari (l'art. 1856 c.c. parla di incarichi affidati alla banca da un "correntista o altro cliente") e ancor prima nella legge sugli assegni (l'art. 41 l.a. parla di pagamento di assegni bancari sbarrati a un "cliente del trattario" o a un "cliente del banchiere" (1)).

---

(1) Sul punto cfr. TRAPANI, *La nozione di "cliente del banchiere" nella disciplina dell'assegno bancario*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, p. 37; ARE, *Cliente del banchiere e titolare di deposito a risparmio*, in *Banca, borsa*, 1962, II, p. 243; anche BIANCHI D'ESPINOSA, *La leggi cambiarie nell'interpretazione della giurisprudenza*, 3a ed., Milano, 1969, p. 527 s.; MARTORANO, *Lineamenti generali dei titoli di credito e titoli cambiari*, Napoli, 1979, p. 513.

Nondimeno, come correttamente è stato osservato (1), i due precedenti hanno scarso rilievo, considerato che in nessuna delle due norme si può rintracciare una volontà legislativa di creare uno statuto speciale del “cliente della banca”; volontà che, al contrario, impronta di sé l’intera disciplina di “trasparenza”.

In più, è a dirsi che se la nozione di *cliente* appare “neutra”, non perciò ogni soggetto che abbia con la banca un rapporto contrattuale rientra in tale locuzione. Ciò assume rilievo non tanto e non solo per gli operatori della medesima categoria, certamente esclusi dalla copertura delle norme in parola (1), nonché per le operazioni rientranti nel campo delle attività “connesse” e “strumentali”, di cui all’art. 10, comma 3, ultima parte, t.u. (2), parimenti escluse, quanto per coloro che abbiano con la banca rapporti non *immediatamente* rientranti nell’ambito dell’attività propriamente bancaria (o finanziaria consentita ex art. 1, comma 2, lett. f), t.u. (3)); fra questi, soprattutto, coloro che abbiano con la banca esclusivamente rapporti di garanzia (ad esempio, fideiussioni).

È stato, invero, proposto di considerare “clienti” anche i fideiussori, attraverso un’estensione della disciplina a tutti i rapporti “comunque connessi con l’attività tipicamente svolta” dalla banca (4). La lettura però non convince, sia perché la disciplina della trasparenza non si spinge oltre il terreno delle attività bancarie e finanziarie in senso proprio, sia perché siffatta disciplina non può coprire soggetti cui la banca non offre servizi; e questo è il caso del fideiussore, che entra in rapporto contrattuale della banca *su iniziativa di un cliente* della banca stessa, da questa finanziato, senza per ciò divenirne “cliente” in proprio (5).

Non vi è, dunque, coincidenza fra “cliente” protetto dalle norme sulla *trasparenza* e controparte contrattuale della banca o dell’intermediario finanziario.

Il termine *consumatore* evoca invece, fra i “clienti” della banca o dell’intermediario finanziario, quei soli soggetti che si trovino in una posizione di *debolezza oggettiva*, secondo i due noti - e discussi - parametri di derivazione comunitaria: natura di persona fisica

---

(1) MORERA, *Sulla nozione di “cliente della banca”*, in *Vita not.*, 1995, n. 2.

(1) Nei contratti bilateralmente di impresa, quali i contratti interbancari, non possono trovare applicazione norme di protezione di un contraente (cfr. OPPO, *Note sulle contrattazioni di impresa*, in *Riv.dir.civ.*, 1995, I, p. 632).

(2) Si pensi alla gestione del patrimonio immobiliare della banca, o ad un servizio di elaborazione dati, o a contratti di sponsorizzazione. Sulle attività *strumentali*, in quanto attività di “autoamministrazione” legate all’operatività della banca, e sulle attività *connesse*, fra cui la “sponsorizzazione”, in quanto attività collegata ad iniziative finalizzate a sviluppare i rapporti con la clientela, cfr. MORERA, *Sulla nozione*, cit., testo e nota 21. In tema CAPRIGLIONE, *Commento all’art.10 t.u.*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 67. Per la valutazione che siffatte attività concretano autonome “attività di impresa” cfr. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, Torino, 1995, p. 123 s.

(3) Sul concetto di “attività finanziaria” cfr. FERRO-LUZZI, *Lezioni*, cit., p. 109 ss., che parla di “attività diretta a porre in essere, in serie, operazioni che tra le parti (...) inizino e terminino con il denaro, indipendentemente dalla specifica natura giuridica”; cfr. anche R. COSTI, *L’ordinamento bancario*, 2a ed., Bologna, 1994, p. 158.

(4) Così MORERA, *Sulla nozione*, cit., p. 9, che differenzia questo tipo di “connessione” dalle attività sopra definite “connesse” ex art. 10, comma 3, t.u., in ragione del fatto che queste ultime sarebbero, come detto *supra*, autonome attività di impresa.

(5) Diversamente è a dirsi, ovviamente, nell’ipotesi in cui garante sia lo stesso finanziato, giacché in tal caso la prestazione di garanzia non è altro che una pattuizione aggiuntiva che si inserisce nel medesimo rapporto di finanziamento, sì che il “cliente” resta tale per entrambi i rapporti. Rinvio, sul punto, al mio *Forma contrattuale e tutela del contraente “non qualificato” nel mercato finanziario*, Milano, 1996, p. 52 ss.

e carattere non professionale dell'attività svolta. Le critiche (1), al riguardo, sono note e si appuntano su ciò, che la scelta legislativa non appare socialmente giustificata, ben potendosi dare il caso di persone giuridiche o anche di lavoratori autonomi o professionisti intellettuali comunque, per ragioni varie, meritevoli di tutela.

Ora, vero è che la soluzione si presenta estremamente rigida e *tranchante*, in quanto esclude dalla "protezione", da un lato, liberi professionisti, lavoratori autonomi in genere e altri soggetti non necessariamente "forti" (si pensi agli imprenditori agricoli) e, dall'altro, persone giuridiche e organizzazioni di fatto, come associazioni non riconosciute, consorzi, società di persone. E' anche vero, però, che il sistema che si è voluto creare necessita di parametri oggettivi (2): si poteva dunque ampliare il novero dei soggetti protetti (3), ma non creare un ordinamento "aperto" su base empirica, come la giurisprudenza ha cercato di fare, con risultati non invidiabili, e dando vita a confusione e difficoltà di lettura, nel vicino sistema francese (4).

---

(1) Cfr., con posizioni pur diversificate, OPPO, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Raccolta di scritti in memoria di Angelo Lener*, Napoli, 1989, p. 661 ss.; PARDOLESI, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori) : una direttiva abusata ?*, in *Foro it.*, 1994, V, c. 138 ss.; BUONOCORE, *La direttiva comunitaria del 5 aprile 1993 sulle "clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori" e la disciplina della trasparenza nelle operazioni di intermediazione finanziaria (leasing, factoring e credito al consumo)*, in *Banca, borsa*, 1994, I, p. 453 ss.; ancora BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti di impresa*, in *Riv.dir.civ.*, 1995, I, p.12 ss.; DOLMETTA e BASSILANA, *Alcune osservazioni sui più recenti "condizionamenti" legislativi delle operazioni bancarie*, cit., p.78 ss.; ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, a cura di CESARO, Padova, 1994, p. 88 s.; SCIARRONE ALIBRANDI, *Prime riflessioni sulla direttiva comunitaria n.93/13 (clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori)*, in *Banca, borsa*, 1993, I, p. 718 s.; cfr. anche BUSNELLI, MORELLO, *La direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati dai consumatori*, in *Riv.not.*, 1995, I, p. 371 s.; HEINRICH, *Die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucher-Verträgen*, NJW, 1993, p. 1817 s.

(2) Mi permetto di rinviare ancora al mio *Forma contrattuale*, cit., p. 50 ss.

(3) Sulla possibilità di ampliare la portata delle norme di tutela comunitarie cfr. SALANITRO, *La direttiva comunitaria sulle "clausole abusive" e la disciplina dei contratti bancari*, in *Banca, borsa*, 1993, I, p.552; DOLMETTA, BASSILANA, op.cit., p. 79; cfr. però MAIMERI, *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive*, in *Bancaria*, 1993, p. 49.

(4) Cfr. Trib. Paris 5 luglio 1991, in *JCP*, 1991, ed. É, Pan. 988, per l'estensione della protezione ai partiti politici; criticamente PIZZIO, *L'introduction de la notion de consommateur en droit français*, in *D.*, 1982, *Chron.*, 91, che propende per una concezione dualista ("in certi casi tutti sono consumatori"). A favore di una estensione della protezione ai "professionnels" in genere cfr. *Cass. civ.* 15 aprile 1982, in *D.*, 1984, *J.*, 439, nota PIZZIO; *Cass. civ.* 3 maggio 1988, in *D.*, 1988, *S.*, 407, osservaz. AUBERT, e in *D.*, 1990, *J.*, 62, nota KARILA DE VAN; *Cass. civ.* 28 aprile 1987, in *D.*, 1987, *S.*, 455, osservaz. AUBERT, in *D.*, 1988, *J.I.*, nota DELEBEQUE, e in *Rev. trim. dr. civ.*, 1987, 537, osservaz. MESTRE; GHESTIN, *Le contrat*, Paris, 1988, n. 595; BOURGOIGNIE, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Bruxelles, 1988, n. 19 s. (che però limita l'estensione a professionisti di specialità differente e di "condizione modesta"). Contro tale estensione cfr. *Cass. civ.* 27 giugno 1989, in *D.*, 1989, *I.R.*, 252; *Cass. civ.* 15 aprile 1986, in *Rev.trim.dr.civ.*, 1987, 86, osservaz. MESTRE, e in *Rev.trim.dr.com.*, 1987, 283, osservaz. BOULOC; MALINVAUD, *La protection des consommateurs*, in *D.*, 1981, *Chron.*, p. 49. Si consideri che la giurisprudenza ha esteso il campo della legge sul "démarchage" anche ai professionisti al di fuori della loro competenza (ad es. *Cass. civ.* 14 marzo 1984, in *Rev.trim.dr.com.*, 1985, 348, osservaz. HÉMARD e BOULOC; e le già citate *Cass. civ.* 15 aprile 1982, annotata da PIZZIO e *Cass. civ.* 3 maggio 1988, annotata da AUBERT e KARILA DE VAN) e ciò è stato consacrato ("en termes peu claires" per CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, 3a ed., Paris, 1992, p. 68) dalla legge 31 dicembre 1989, detta legge Doubin, che ha modificato sul punto l'art. 8 della legge del 1972 (cfr. R.FABRE, *Analyse de l'art. 15 de la loi Doubin, Cahiers de droit de l'entreprise*, 4, 1990). Cfr. anche le definizioni di CORNU, *La protection du consommateur et l'exécution du contrat*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Montreal, 1973, p. 135 (che parla di "acquéreur non professionnel de biens de consommation destinés à son usage personnel"), e GHESTIN, *Le contrat*, cit., n. 5 (che parla di "personne qui, pour ses besoins personnel, non professionnel, devient partie à un contrat de fourniture de biens ou de services"). Cfr. anche le critiche di CAS e FERRIER, *Traité de droit de la consommation*, Paris, 1986, n.8, a cui dire la nozione è "necessariamente indeterminata". Cfr. anche CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, cit., p. 4; BOURGOIGNIE, *Éléments*, cit., n. 22.

3.1. Quanto al termine *contraente non qualificato* il discorso è più complesso.

Analogamente alla disciplina di “trasparenza”, infatti, la legge n. 1/91 poneva al centro del sistema il concetto di “cliente”. Singolarmente, però, mentre la norma del testo unico bancario appare da leggere nel senso generico che si è detto, nella disciplina dell’intermediazione mobiliare il termine “cliente” usato dal legislatore - nella lettura della Consob - sembrava individuare *solo* una controparte non “qualificata” dell’intermediario.

In effetti la Consob, nel proprio regolamento sulle attività di intermediazione mobiliare (nel regolamento 2 luglio 1991, n. 5387, all’art. 13; ancor più chiaramente nel successivo regolamento 9 dicembre 1994, n. 8850, all’art. 11), già aveva previsto la disapplicazione di talune norme di protezione del “cliente”, nell’ipotesi in cui l’intermediario offrisse servizi ad altro soggetto non ritenuto meritevole di tutela, in quanto professionalmente “qualificato”.

Il cliente “qualificato” veniva individuato dalla Consob in base a parametri rigidi, ma non mediante definizioni generali, bensì - a differenza di quanto previsto dal testo unico bancario - attraverso un elenco di soggetti operanti professionalmente nel settore (società di intermediazione mobiliare, agenti di cambio, banche, compagnie di assicurazione, società di gestione di fondi comuni, ecc.). Inoltre la Consob aveva anche introdotto - caso forse unico nel nostro ordinamento - un singolare tentativo di “soggettivazione” del parametro. All’elenco era aggiunta, infatti, una clausola finale secondo la quale doveva ritenersi “qualificata”, e dunque non meritevole di tutela, “ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni mobiliari espressamente dichiarata per iscritto” nel contratto (art. 11, comma 2, ultimo periodo).

Questo tentativo di rendere più elastica la norma che individua il contraente *non debole* - peraltro limitando comunque il campo alle sole società e persone giuridiche - non sembrava meritare particolare plauso, anche perché finiva per riprendere, in ultima analisi, una soluzione (la dichiarazione espressa per iscritto) assai simile a quella dell’art. 1341 c.c. che pure si era voluta superare.

C’è da domandarsi, inoltre, se una siffatta dichiarazione di possesso di “specifico competenza” non finisse per divenire essa stessa *clausola onerosa* ai sensi dell’art. 1341 c.c., se non addirittura “clausola abusiva” non ammissibile.

In ogni caso, quanto detto basta per vedere come la lettura della Consob già portasse, nel vigore della legge n. 1/91, a soluzioni interpretative vicine a quella del capo II del titolo VI del testo unico bancario, pur avendo il legislatore usato lo stesso termine “cliente” del capo I di quel titolo.

La confusione terminologica meritava di essere criticata. Certamente opportuna appare, dunque, l’innovazione ora introdotta dal legislatore, che dovrebbe permettere all’organo di vigilanza di riproporre, per via regolamentare, modelli di tutela “graduata” del contraente senza correre il rischio di far violenza alla norma primaria. Infatti, il comma 3 dell’art. 25, del decreto legislativo n. 415/96, conformemente alla previsione dell’art. 21, comma 1, lettera h), della legge di delega, stabilisce che la disciplina regolamentare della Consob debba tener conto delle differenti esigenze di tutela degli investitori “connesse con la qualità e con l’esperienza professionale dei medesimi”. Vi è dunque (finalmente) nella norma primaria l’esplicito riconoscimento della necessità di *graduare* la disciplina di protezione del cliente in ragione della sua esperienza professionale.

Ciò però non fa che fissare con certezza, ed ulteriormente enfatizzare, le differenze fra i tre sistemi (trasparenza, credito al consumo, servizi di investimento) in punto di soggetti tutelati.

4. Come si accennava, nella disciplina dei servizi di investimento, contenuta nel decreto legislativo n. 415 del 1996, le indicazioni del legislatore in punto di controlli amministrativi sull'attività contrattuale delle imprese appaiono molto più precise che nel testo unico bancario. Conseguentemente, i poteri delle autorità di vigilanza sono meglio individuati.

Il passaggio dalla legge n.1 del 1991 al decreto n. 415 ha portato modifiche dal punto di vista sistematico, con una riscrittura del sistema di vigilanza fondata sulla tripartizione fra regolamentare, informativa e ispettiva, sulla falsariga del testo unico bancario (1). Nella sostanza, però, le prerogative della Consob e della Banca d'Italia, per quanto qui interessa, sono rimaste invariate. Il legislatore del 1996 ha avuto peraltro indubbi meriti nel chiarimento della portata di talune norme, massimamente in tema di forma contrattuale, che anteriormente avevano dato vita a non poche incertezze.

Nella nuova legge i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento trovano espressa disciplina nell'art. 18. Per essi si predica, innanzi tutto, la forma scritta. Va notato che il citato art. 18, a differenza dell'art. 6 della legge n. 1/91 - che pure richiedeva lo scritto - esplicita la natura della prescrizione formale: in caso di inosservanza della forma scritta il contratto è *nullo* (comma 1, ultimo periodo), ma il vizio può essere fatto valere "solo dal cliente" (comma 3). Il legislatore ha dunque optato per la forma *ad substantiam*, così chiarendo quanto nel sistema previgente poteva desumersi, non senza fatica, per via interpretativa (2) ed ha poi introdotto un criterio di limitazione della legittimazione ad agire secondo il modello della c.d. *nullità relativa*, già seguito dal testo unico bancario (art. 127) ed in via - sembra - di rapida espansione nella disciplina del mercato finanziario, pur in assenza - come vedremo - di una seria e ponderata riflessione sulla sua effettiva utilità per il contraente "debole".

L'art. 18 del decreto, anche qui a differenza di quanto previsto dall'art. 6 della legge n. 1/91, espressamente contempla la possibilità che le autorità di vigilanza possano prevedere per particolari tipi di contratto *altra forma*, diversa da quella scritta.

È interessante osservare che l'art. 20 del decreto, là dove ribadisce l'onere dello scritto per i contratti di gestione, non ribadisce invece la possibilità di deroghe alla forma scritta. Dal che potrebbe desumersi che siffatte deroghe non siano ammissibili per quei contratti, in base al generale canone di conservazione delle norme; chè altrimenti la previsione dell'art. 20 sarebbe solo una inutile reiterazione di quanto già indicato nell'art. 18 (3). Tuttavia, da un lato, una agevole indagine nomogenetica consente di verificare che una simile ripetizione si aveva anche nella legge n. 1/91 (art. 6, quale norma generale, e art. 8, quale norma speciale per le gestioni), che pur non prevedeva deroghe allo scritto; dall'altro, l'inammissibilità di deroghe per i contratti di gestione non avrebbe alcuna giustificazione e male si accorderebbe, ad esempio, con quanto prevede l'art. 25 del decreto n. 415. Sembra per ciò si debba concludere che il legislatore abbia voluto soltanto enfatizzare l'onere della forma scritta, forse per indurre l'autorità amministrativa ad una maggiore attenzione

---

(1) Sul punto R. LENER *Il sistema di vigilanza nella nuova legge sui servizi di investimento*, in *Le Società*, 1996, p.1028.

(2) Cfr. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, cit., p. 170 ss.; cfr. anche MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in MAZZAMUTO e TERRANOVA, *L'intermediazione mobiliare*, Napoli, 1993, p. 198 ss.; ENRIQUES, *Lo svolgimento di attività di intermediazione mobiliare da parte delle banche: aspetti della disciplina privatistica*, in *Banca, borsa*, 1996, I, p. 645 ss.

(3) In questo senso ASSOGESTIONI, *Commentario al decreto legislativo 27 luglio 1996, n.415*, in *Quaderni di documentazione e ricerca*, n. 15, Roma, 1986, p. 69.

- con riguardo a contratti considerati, evidentemente, maggiormente “a rischio” - nel concedere “sconti” sulla forma contrattuale. Rimane il dubbio che si sia trattato di una supina (e non meditata) ripetizione della vecchia norma dell’art. 8 della legge n. 1/91.

La possibilità di prevedere forme contrattuali diverse è sancita dall’art. 18 “per motivate ragioni tecniche” ovvero “in relazione alla natura professionale dei contraenti”. La seconda previsione si affianca a quella, sopra commentata, dell’art. 25, completando il disegno legislativo sui contratti con *operatori qualificati*.

Rimane, per la verità, un passaggio oscuro nel decreto n. 415, là dove l’art. 25, comma 2, dopo aver attribuito alla Consob il potere di fissare le “regole di comportamento” degli intermediari nei rapporti con la clientela, le attribuisce altresì (lettera c) potestà regolamentare in punto di “obblighi informativi nell’attività di negoziazione”. Sembra, infatti, che la parola “negoziazione” qui non vada intesa nel senso proprio del termine, come descritto all’art.1 del decreto (significativamente rubricato “definizioni”), ma più genericamente come rapporto contrattuale con la clientela (1).

Se la lettura proposta è esatta, allora deve dirsi che la norma consente, in via di principio, alla Consob di disegnare una disciplina di “trasparenza” anche nel settore dei servizi di investimento, così avviando a quelle disparità di trattamento di cui si è detto.

Per quel che si conosce dei progetti di regolamento della Commissione, non sembra si preveda di introdurre una disciplina siffatta. Appare, piuttosto, probabile che venga confermata la linea di intervento attuale, che fa perno su di una disciplina generale del *contenuto minimo* dei contratti di investimento *con controparti non qualificate* (cfr. attuale art. 7 del regolamento n. 8850/94) e che tende a fare del contratto il veicolo principe dell’informazione del cliente, in luogo degli “avvisi” e delle “comunicazioni” del titolo VI del testo unico bancario. Si badi, però, che le condizioni generali di contratto degli intermediari non sono sottoposte *ex ante* al vaglio dell’organo di vigilanza, e ciò certamente attenua l’efficacia dello strumento di tutela.

Quanto alle prescrizioni sulla forma è ragionevole ipotizzare che la Consob si limiterà, come è stato sino ad ora, a ribadire la necessità dello scritto, come imposto dalla legge. Al contempo confermando la deroga all’onere della forma scritta nei rapporti con controparti *qualificate*, peraltro già surrettiziamente introdotta nel vigore della legge n. 1/91, sollevando fondati dubbi di legittimità (2).

Non si rinviene, comunque, nel decreto n. 415 alcuna norma che attribuisca alle autorità di vigilanza poteri di *conformazione* o *tipizzazione* contrattuale, analogamente a quanto previsto dall’art. 127 del testo unico bancario. Ancora una differenza, e non di poco momento.

5. L’art. 117, comma 8, t.u. accorda, come noto, alla Banca d’Italia il potere di prescrivere che “determinati contratti o titoli”, individuati in base ad una *particolare denomi-*

---

(1) Cfr. ASSOGESTIONI, *Commentario*, cit., p. 93.

(2) Cfr. per una “difesa” dell’operato della Commissione la comunicazione n. 96005724 del 13 giugno 1996, ove si rinviene una lunga spiegazione della lettura offerta alla Consob del termine “cliente”, nella quale avrebbe trovato fondamento la deroga all’onere della forma scritta nei contratti con controparti professionalmente qualificate. Il punto è che l’art. 6 della legge n. 1/91 assolutamente non consentiva, a differenza della norma attuale, siffatte deroghe. Cfr. LENER, *Forma contrattuale*, cit., p. 196 s. Sulla linea della Consob v. invece TRABATTONI, *Novità presenti e future in tema di normativa sull’intermediazione mobiliare*, p. 54, ove si afferma che “non è richiesta la stipulazione di un contratto, seppur ridotto”.

nazione ovvero sulla base di *specifici criteri qualificativi* (1), “abbiano un contenuto tipico determinato”. La legge è molto chiara sulle sanzioni : contratti e titoli difformi sono nulli (2).

Certamente il legislatore ha voluto così istituire una sorta di “riserva di intervento” della Banca d’Italia, che potesse consentirle di agire sui soggetti vigilati, sia per prevenire il ricorso, nell’attività contrattuale delle banche, a formulazioni “oscure” o di difficile lettura (3), sia per prevenire l’utilizzazione *anomala* di schemi contrattuali dotati di tipicità sociale e oramai consolidati, nella prassi e/o attraverso disposizioni dello stesso organo di vigilanza (4).

In prima battuta, può dirsi che il legislatore, attraverso la norma in esame, sembra aver perseguito l’obiettivo di dare evidenza immediata a ciò che effettivamente costituisce il “proprium” dell’offerta dell’intermediario garantendo, al contempo, la “correttezza” di quella parte del disciplinare contrattuale che il cliente è naturalmente portato a considerare, per dir così, *normale* o *standard*, nel senso di comune ad ogni offerta del genere che si possa rinvenire sul mercato. Quanto detto basta a capire perché non si possa ritenere che il potere attribuito all’organo di vigilanza dall’art. 117 t.u. sia limitato alle sole clausole contrattuali a “contenuto economico” (5).

Forse parlare di un potere di “tipizzazione” dei contratti è eccessivo, e meglio potrebbe essere ricorrere al concetto di “connotazione” (6) : la disposizione considerata, infatti, non sembra prevedere ipotesi di *eteronormazione*, bensì attribuire all’organo amministrativo un potere di instaurare una *corrispondenza necessaria* fra nome e contenuto (7). D’altro canto difettano, ad oggi, esempi significativi (8), essendo ricorsa la Banca d’Italia una sola volta ai poteri in parola, per imporre un contenuto “tipico” determinato a cambiali finanziarie e certificati di investimento (9).

---

(1) Non sembra avere pregio la proposta di collegare “titoli” con “particolare denominazione” e “contratti” con “specifici criteri di qualificazione”. Si tratta di lettura che non trova, infatti, alcuna conferma nella norma e che, anzi, la successione delle parole prescelta dal legislatore sembra escludere anche sul piano lessicale.

(2) In generale, nel sistema del testo unico, la violazione degli obblighi di *forma* è assistita sempre dalla sanzione di nullità, non solo con riguardo alle forme imposte direttamente dal legislatore, ma anche con riguardo alle forme “amministrative”, come nel caso di specie. Ciò può provocare, in effetti, perplessità con riguardo a “forme” fissate discrezionalmente dall’autorità amministrativa (cfr. NIGRO, *op.cit.*, p. 580), soprattutto ove si condivida la valutazione che la forma può essere requisito “sostanziale” del contratto solo nelle ipotesi in cui è direttamente prescritta dalla legge a pena di nullità *ex art.* 1325, n. 4, c.c. ; cfr. IRTI, *Notazioni esegetiche sulla vendita a domicilio di valori mobiliari*, in *Sistema finanziario e controlli : dall’impresa al mercato*, Milano, 1986, p. 113.

(3) Cfr. NIGRO, *La nuova normativa*, cit., p. 583.

(4) Cfr. COSTI, *L’ordinamento bancario*, cit., p. 481.

(5) Al contrario, sarebbe logico standardizzare le condizioni “regolamentari”, non economiche, dei contratti. Pur se il discorso non porta molto avanti, giacché di quasi tutte le clausole dei contratti bancari si può dire, in un modo o nell’altro, che hanno contenuto economico (per l’analoga disputa sui “confini” della disciplina di trasparenza rinvio al mio *Forma contrattuale*, cit., p. 228 s.).

(6) Cfr. DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 937 ss.

(7) Si fa riferimento, infatti, a “contenuti tipici (determinati)”, non meramente a “contenuti determinati”.

(8) Non sembra pertinente il richiamo, quale precedente, all’art. 32, lettera b), legge bancaria, che consentiva alla Banca d’Italia di dettare regole in materia di “condizioni delle operazioni di deposito e di conto corrente”. Conseguentemente, ha poco valore sottolineare la “parsimonia” dell’organo di vigilanza nel servirsi di siffatti poteri.

(9) Con le *Istruzioni di vigilanza* del 2 dicembre 1994, cap. LX.

La norma però, consentendo all'autorità amministrativa di procedere alla "normalizzazione" dei contratti bancari - quanto meno di quelli più comuni e "tipici" nell'apprezzamento sociale - apre potenzialmente la strada anche alla costruzione di veri e propri *contratti modello*, secondo l'esempio francese. E cioè ben oltre quel controllo di tipo minimale - e poi condotto *ex post*, mentre qui la verifica è *ex ante* - che la Banca d'Italia ha già effettuato, sul finire del 1994, sulle condizioni generali di contratto elaborate dall'Associazione bancaria (1).

Si consideri che possono formare oggetto di intervento non solo i contratti dotati di un *nomen* tipico, ma anche quelli individuabili in base a "specifici criteri qualificativi", ovvero quei contratti che pur non avendo "nome" sono tuttavia identificabili nella prassi in base al loro contenuto.

Una simile *normalizzazione contrattuale* per via amministrativa può presentare vantaggi e svantaggi. Il primo, possibile svantaggio è la limitazione della concorrenza, se è vero, come appare incontestabile, che la concorrenza fra banche non deve sussistere solo in punto di *costo* dei servizi offerti, ma anche in punto di *modalità* di svolgimento dei servizi; e sotto questo profilo la "standardizzazione" dei contratti può essere un ostacolo.

Tuttavia deve notarsi che una eventuale "normalizzazione" contrattuale, introdotta ai sensi dell'art. 117, comma 8, t.u., non è detto sia di ostacolo alla concorrenza: rendere "standard" taluni servizi non vuol dire, infatti, impedire l'offerta di servizi diversi. Ciò che può fare, invero, l'organo amministrativo di vigilanza è, *al massimo*, imporre che determinati contratti, caratterizzati da un determinato "nomen", abbiano anche un contenuto standardizzato, non però impedire alle banche di creare *nuovi* contratti *atipici*. Può addirittura pensarsi che proprio la standardizzazione di talune "classiche" figure contrattuali possa valere come spinta alla creazione di nuove figure, e dunque alla diversificazione e alla innovazione nell'offerta di servizi.

Anche dal punto di vista sistematico, l'inclusione della norma in esame all'interno del titolo VI del testo unico rende palese come, nella mente del legislatore, non si sia voluto tanto introdurre vincoli alla libertà contrattuale, quanto fare della *standardizzazione* un "momento della trasparenza", come si accennava, nel senso di introdurre un collegamento necessario fra un determinato "contenuto" contrattuale e un "nome" (2)

D'altronde, se si guarda alle modalità di offerta dei servizi bancari, ci si avvede di come la spinta alla standardizzazione dei contratti venga proprio dalle imprese, sia quale strumento per la realizzazione di "cartelli" (3), sia per una mera volontà di semplificare l'attività degli uffici. Ma se così è, allora non può certo dirsi che la Banca d'Italia, ove dovesse rendere a contenuto *standard* taluni contratti, limiterebbe la concorrenza fra le banche: le figure contrattuali sono, infatti, già in larga misura "tipizzate" dalle banche stesse. L'obiezione sembra, dunque, rimanere su di un piano teorico.

---

(1) Provvedimento 3 dicembre 1994, n.12, che si può leggere in *Banca, borsa*, 1995, II, p. 393.

(2) In tal senso COSTI, *L'ordinamento del credito nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di CENSONI, Trieste, 1995, p. 19.

(3) Si consideri che il problema degli eventuali effetti restrittivi sulla concorrenza dei contratti-tipo ("norme bancarie uniformi") elaborati dall'ABI è ancora ben lungi dal potersi dire chiuso, come dimostra il susseguirsi delle ordinanze di remissione degli atti alla Corte di Giustizia CE (da ultimo Trib.Genova 21 maggio 1996, in *Giur.it.*, 1997, I, 2, 167, con nota di BERTOLOTTI).

Non solo, ma la “conformazione” contrattuale potrebbe giovare alla concorrenza, in punto di spinta alla diversificazione nell’offerta, ma anche in punto di *comparabilità* dei servizi da parte della clientela, che sarebbe naturalmente portata a scegliere, a parità di servizio, quello offerto a condizioni economiche più vantaggiose ovvero, a parità di costo con un servizio “tipico”, il servizio eventualmente “atipico” che offra prestazioni più ampie. In altri termini, la *connotazione* potrebbe addirittura esaltare la scelta della controparte per la contrattazione, proprio perché potrebbe avere l’effetto indiretto di stimolare la ricerca di schemi contrattuali più adatti alle esigenze del cliente, superando quelli resi *standard* - e per ciò, in qualche misura, necessariamente “sclerotizzati” - dalla pubblica amministrazione.

Giova chiarire, al riguardo, che non ha ragion d’essere il timore che una banca possa mutare *nome* ad un contratto - che altrimenti dovrebbe seguire le regole di contenuto dettate *ex art.* 117, comma 8, t.u. - e in ragione di ciò essere libera di modellarne il testo a piacimento. In principio, infatti, attribuire a un contratto un diverso *nome* equivale a rendere avvisato il contraente che si è fuori dalla sfera di verifica preventiva dell’organo di vigilanza (1) ; dunque la ricerca di un nome “atipico” è perfettamente legittima. Tuttavia, un limite esiste : non si può chiamare in un certo modo qualcosa che è tipicamente “altro”. Conseguentemente, l’individuazione di un *nome* diverso va giustificata (anche) in ragione di significative differenze contenutistiche.

In conclusione, se ben impiegato, il modello dell’art. 117 T.U. potrebbe portare ad un ragionevole ed equo temperamento degli interessi della protezione del contraente debole con gli interessi della valorizzazione, o quanto meno della “non soppressione”, della autonomia contrattuale privata.

Va detto, inoltre, che la scelta di “omogeneizzazione” *ex ante* permetterebbe anche un intervento certamente più efficace, quanto alla repressione delle clausole vessatorie o abusive nei contratti bancari, di quello che il legislatore ha demandato, in attuazione della direttiva comunitaria n. 93/13/CEE, all’autorità giudiziaria (cfr. art. 1469 *sexies* c.c.). Un simile controllo da parte della Banca d’Italia sarebbe, a mio avviso, pienamente conforme all’impostazione che sembra seguire il nostro ordinamento, e non solo attraverso il testo unico bancario; un’impostazione che fa perno sull’organo di vigilanza, ad esso attribuendo poteri su tutti gli aspetti dell’attività delle banche (2).

**6.** Anche i modelli esteri mostrano come sia più efficace un controllo *ex ante* sui contratti delle imprese, particolarmente nel settore creditizio e finanziario.

---

(1) Si potrebbe pensare (come regola di “trasparenza”) di imporre alle imprese di indicare se il contratto sottoposto alla clientela rientri, o meno, fra quelli “conformati” dalla Banca d’Italia, ai sensi della norma in esame.

(2) Si pensi ai poteri in materia “antitrust” *ex lege* n. 287/90, o ancora all’esclusione dell’applicabilità dell’art. 2409 c.c. alle irregolarità gestionali delle banche, ai sensi dell’art. 70 t.u. E mi sembra, al riguardo, spostati poco affermare che il fondamento dei poteri della Banca d’Italia in materia contrattuale vada cercato non già nell’art. 117 t.u. - in ragione di una asserita mancanza di un potere regolamentare generale in tema di “trasparenza” - bensì nell’art. 5, comma 1, ultima parte, t.u. (poteri riguardanti “l’osservanza delle disposizioni in materia creditizia”): tale seconda norma è infatti ancora più oscura e generica della prima, e richiamarsi ad essa non vale certo a dare maggiore chiarezza al sistema (sul punto mi permetto ancora di rinviare al mio *Forma contrattuale*, cit., p. 220 ss.).

Sotto questo profilo l'ordinamento più avanzato è quello francese, ove la disciplina dell'offerta di servizi finanziari è strutturata su "contratti-tipo" prefissati (1). Seguono questo schema tutti i contratti *lato sensu* di finanziamento, tipizzati su nove "modelli", che coprono un campo molto vasto, dalle aperture di credito al mutuo, alle vendite rateali, al leasing, all'emissione e gestione di carte di credito (2). Lo stesso schema è ripreso per il credito al consumo: si legge, infatti, nell'art. 5, comma 4, legge n. 78-22 (ora art. 311-13 cod. cons.) che l'*offre préalable* di credito deve necessariamente essere predisposta secondo uno dei "modelli-tipo" fissati dal Comitato di regolamentazione bancaria, dopo "consultation" con il *Conseil national de la consommation*.

In dottrina non si paventa il rischio di limitazioni alla concorrenza, ed anzi si enfatizza come il "contrat-type obligatoire" (3) risponda all'esigenza di costruire un sistema di "sanzioni a priori" (4) sull'attività contrattuale delle imprese, al fine di prevenire, da un lato, offerte "vessorie" e, dall'altro, nullità contrattuali. La "sanzione a posteriori" (invalidità del contratto dichiarata in sede giudiziale) non è, infatti, considerata efficace, né opportuna, in punto di tutela del consumatore. Ed è questa valutazione - non, come pure potrebbe *prima facie* sembrare, la sfiducia nel controllo giudiziario - a condurre la dottrina, e lo stesso legislatore, a privilegiare interventi *ex ante* che prevengano l'offerta di servizi a condizioni inique, in luogo di affidare esclusivamente nell'intervento *ex post* del giudice, eventuale, costoso e lento.

Attraverso i formulari obbligatori i rapporti giuridici socialmente tipici si "standardizzano" (5). I timori di un "dirigismo precontrattuale" (6), nelle mani della pubblica amministrazione, sono nel complesso minimi fra i commentatori francesi. L'intervento degli organi di vigilanza è valutato come estremamente opportuno: si afferma che il "contratto-modello", imposto alle parti e predeterminato nel suo contenuto, riunisce in sé i vantaggi del controllo "a priori" (quello notarile) e del controllo "a posteriori" (quello giudiziale) (7), e finisce per rendere, fra l'altro, inutile una disciplina generale di "trasparenza" bancaria, quale noi la conosciamo.

---

(1) Perplessità al riguardo manifesta la dottrina tedesca, la quale ritiene che il modello francese sia eccessivo rispetto al fine (e forse anche in contrasto con la Costituzione tedesca); cfr. BRÄUNIG, *Der Konsumentenkredit im französischem Recht*, Berlin, 1982, p. 69; cfr. anche, per altre valutazioni, REICH, *Reform des Rechts des Konsumentenkredits*, JZ, 1980, p. 329 ss.; STAUDER, *Vom Abzahlungskauf zum Konsumentenkredit*, ZRP, 1980, p. 217 ss.; HADDING, *Welche Massnahmen empfehlen sich zum Schutze des Verbrauchers auf dem Gebiet des Konsumentenkredits*, in *Gutachten zum 53. DJT*, München, 1980, p. 167 ss.

(2) I modelli previsti dal decreto 78-509 del 24 marzo 1978 sono i seguenti: 1) credito accessorio ad una vendita, 2) vendita a credito, 3) prestito personale, 4) apertura di credito, 5) apertura di credito utilizzabile per frazioni, accompagnata da carta di credito, 6) apertura di credito accessoria a contratto di vendita utilizzabile per frazioni accompagnata da carta di credito, 7) apertura di credito accessoria a contratto di vendita utilizzabile per frazioni accompagnata da "bons d'achat", 8) locazione con promessa di vendita, 9) locazione-vendita (sul punto cfr. BRICKS, *op.cit.*, p. 80 ss.).

(3) Cfr. LEAUTE, *Les contrats-types*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1953, p. 429 ss.

(4) Cfr. SOURIOUX, *Recherches sur le rôle de la formule notariale dans le droit positif*, Paris, 1967, p. 18 ss.

(5) Cfr. AYNES, *Formalisme et prévention*, in *Le droit du crédit au consommateur*, a cura di FADLALLAH, Paris, 1982, p. 70 ss. Si consideri che già JHERING (cui diversi autori francesi si rifanno), *L'esprit du droit romain*, trad. O. de Meulenaere, Paris, 1887, tomo III, dopo essersi soffermato sui rischi della forma, che può servire a "raggirare l'uomo onesto" (p. 173), finiva per dire che, nel complesso, l'uso di formulari fissi era da ritenere un valido meccanismo di tutela del contraente inesperto (p. 186).

(6) Cfr. JUGLART, *L'obligation de renseignement dans les contrats*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1945, p. 1 ss.

(7) Si consideri che sono esclusi dal campo di applicazione della "loi Scrivener", legge n. 78-22 del 10 gennaio 1978, i contratti conclusi in forma autentica (art.3). Sul punto GAVALDA, *La protection et l'information des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit.*, in *D.*, 1978, *Chron.*, 189, n. 11.

Non solo la dottrina non manifesta particolari perplessità (1), complessivamente accettando lo strumento del “contrat-type”, ma ne suggerisce addirittura l’estensione ad altri settori (2). Estensione che, peraltro, già vi è stata, se si considera che il ricorso al “contratto-modello”, con sfumature diverse, è oggi previsto in diversi settori: nel campo assicurativo (*code assurances*), della locazione di abitazioni (legge 23 dicembre 1986), della proprietà immobiliare (leggi 3 luglio 1967 e 16 luglio 1971), della vendita di automobili (*arrêté* 30 luglio 1978), della organizzazione di viaggi turistici (*arrêté* del 14 giugno 1986), della vendita di apparecchi domestici (decreto 22 dicembre 1987) (3).

A tal punto la soluzione del “contratto imposto” trova consensi, che vi è chi propone di mutuare dal diritto del lavoro la contrattazione collettiva, suggerendo di elaborare i “contratti-modello” attraverso convenzioni fra associazioni di categoria degli imprenditori e dei consumatori (4). La proposta è paradossale. Tuttavia mostra quanto sia radicato nell’ordinamento francese il convincimento che un intervento “conformativo” *ex ante* sui contratti “di massa” sia preferibile alla reazione tradizionale fondata su invalidità o inefficacia negoziali.

7. Il nostro ordinamento del mercato finanziario mostra ancora di preferire la sanzione della nullità, che anzi sempre più assurge a strumento principe di tutela del consumatore, soprattutto ora che si è deciso di battere la strada della *nullità relativa*, limitando la legittimazione a far valere il vizio al solo soggetto “protetto” (il cliente).

Alla “nullità relativa”, per vero, taluno riteneva (e tuttora ritiene, con riferimento ad altri “segmenti” del mercato finanziario, ove la soluzione non è stata legislativamente affermata) si potesse autonomamente arrivare per via interpretativa, anche nel silenzio del

---

(1) Sono infatti i commentatori esteri (soprattutto tedeschi) a manifestare perplessità circa la possibilità di “personalizzare” il rapporto contrattuale (cfr. BRÄUNIG, *op.cit.*, p. 63).

(2) Cfr. per tutti CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, cit., p.150 ss.

(3) Sul punto v. CAS, FERRIER, *Traité de droit de la consommation*, cit., n. 516 s.

(4) E’ l’idea di L.BIHL, *Vers un droit de la consommation*, in *Gaz.Pal.*, 13-14 settembre 1974, cui plaude CALAIS-AULOY, *op.cit.*, p. 150 ss. Una proposta simile appare, per vero, per certi versi paradossale, per altri insensata. Per pervenire ad un simile risultato è necessario che esistano associazioni rappresentative dei consumatori in qualche modo soggette a controllo pubblico (cfr. BOURGOIGNIE, *Vers un droit européen de la consommation? Possibilités et limites*, in *Rev. trim. dr. europ.*, 1982, p. 1, a p. 62, ove si enfatizza il possibile ruolo delle associazioni dei consumatori nell’elaborazione del diritto comunitario; ma lo studio è principalmente in chiave di diritto della concorrenza). Vero è che organizzazioni di tal fatta esistono già nell’ordinamento francese del mercato mobiliare. Infatti, l’art. 12 della legge n. 88-14 del 5 gennaio 1988 prevede espressamente la costituzione di associazioni per la difesa degli investitori in valori mobiliari, *agrées* alle condizioni fissate con un decreto del 16 marzo 1990. Ma nessuno pensa di utilizzarle per negoziare “contratti-tipo”: si tratta di organizzazioni cui l’ordinamento riconosce soltanto la legittimazione ad agire in giudizio e a costituirsi parte civile per ottenere “riparazioni” con riguardo a fatti che possono portare pregiudizio diretto o indiretto all’interesse collettivo degli investitori (cfr. RIPERT, ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, tomo II, 13.ed., Paris, 1992, p. 14; Trib. Paris 7 novembre 1990, in *Bull.Joly*, 1991, 62, con nota di LE CANNU). Anche in Germania, peraltro, esistono simili organizzazioni dei consumatori, spesso promosse dal Governo (cfr. SCHÖCHLE, *La tutela del consumatore di servizi finanziari*, in *La tutela del consumatore di servizi finanziari*, a cura di RUOZI, Milano, 1990, p.140), talora a struttura associativa, talaltra, e più spesso, con forme di rappresentanza mediata o indiretta, in cui i consumatori sono “rappresentati” da funzionari pubblici (cfr. WIEKEN, *Institution der Verbraucherpolitik*, in SCHEORN (a cura di), *Verbraucherinteresse und Verbraucherpolitik*, Göttingen, 1975, p. 138 ss.; BRUNE, *Stärkung der kollektiven Verbrauchersituation*, ivi, p. 105 ss.). Queste ultime sono spesso strutturate in organismi locali collegati con una federazione centrale, sono composte dalle forze sociali più rappresentative (sindacati, partiti politici, ecc.) e sono finanziate dal Governo federale, dai Governi statali o da enti locali (cfr. REIFNER, *Verbraucheraufklärung und Meinungsfreiheit. Zur Äusserungsfreiheit der Verbraucher-Verbände*, WRP, 1987, p. 421 ss. Sul funzionamento e l’attività di tali organizzazioni cfr. ancora SCHÖCHLE, *op.cit.*, p. 142 ss.). In nessun caso si tratta, però, di strutture assimilabili ad una organizzazione di categoria, perchè i “consumatori” non sono e non possono essere una “categoria” professionale.

legislatore. E' noto, invero, come la *relatività* delle nullità formali sia stata proposta in dottrina con riguardo alla violazione di una serie di norme *di protezione* previste dall'ordinamento del mercato finanziario (ad esempio con riguardo alla legge n. 1 del 1991, per l'intermediazione mobiliare, alla legge n. 216 del 1974, per la sollecitazione del pubblico risparmio, alla legge n. 154 del 1992, per la disciplina di "trasparenza" bancaria). A molti autori è infatti sembrato si potesse affermare - pur in assenza di indicazioni legislative in tal senso - che, ove si abbiano nullità di carattere "protettivo", la legittimazione a far valere il vizio compete al solo soggetto "protetto" (1).

Tuttavia, anche ammettendo la "ragionevolezza" della soluzione prospettata, non può negarsi la "singolarità" della nullità relativa. Si tratta, infatti, di una figura che si situa a metà strada fra nullità e annullamento (2), coniugando il carattere assoluto della prima con la relatività propria della seconda. E sembra difficile che una soluzione "sforzata" come questa possa essere argomentata *serenamente* dall'interprete.

L'opzione per la *nullità relativa* dei contratti viziati (principalmente nella forma) è stata esplicitata dal legislatore, dapprima nell'art. 127, comma 2, del testo unico bancario, là dove si afferma che "le nullità previste dal presente titolo (il titolo VI, dedicato alla "trasparenza") possono essere fatte valere solo dal cliente", quindi negli artt. 18 e 20 del decreto legislativo n. 415/96, ove parimenti si legge che "la nullità può essere fatta valere solo dal cliente" (3).

Una simile soluzione si è giustificata con l'intento di non fornire uno strumento di tutela al soggetto "forte" del rapporto contrattuale. In altri termini, si è detto, se l'intermediario conclude, ad esempio, un contratto in forma orale, è ingiusto consentirgli addirittura di poter agire per farne dichiarare la nullità: sarebbe una ulteriore penalizzazione del cliente, già posto in posizione deteriore proprio per l'assenza di quella forma contrattuale pensata dal legislatore per sua tutela (4).

D'altro canto, la relazione al testo unico si limita a dire che l'art. 127, comma 2, "specifica che tutte le nullità previste (...) possono essere fatte valere solo dal cliente; si tratta di ipotesi di nullità relative", quasi che la soluzione fosse già ricavabile dal previgente sistema di legge (5), e quasi che, esplicitato il carattere "relativo" della nullità, si potesse ritenere di aver dotato il cliente di un efficace (il più efficace) strumento di tutela.

In realtà, la sanzione di nullità non appare, nel complesso, reazione adeguata dell'ordinamento (6), come affermato dalla dottrina francese. Non appare, invero, convincente la lettura secondo la quale un siffatto sistema protettivo garantirebbe al meglio il contraen-

---

(1) Cfr. ad es. ROPPO, *Investimento in valori mobiliari (contratto di)*, in *Contratto e impr.*, 1996., p. 297; G. MINERVINI, *La Consob*, Napoli, 1989, p. 143; LIBONATI, *Commento all'art.12 l. n.77/1983*, in *Nuove leggi civ.comm.*, 1985, p. 521; *contra*, con riguardo alle medesime fattispecie, VISENTINI, *Valori mobiliari*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, XVI, Torino, 1985, p. 725 e, sembra, IRTI, *op.cit.*, p. 114.

(2) Cfr. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, p. 186, pur incline ad avallare la natura "relativa" della nullità di carattere "protettivo".

(3) Sul punto COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 1997, p. 180 s.; PERASSI, *Commento all'art.18*, in *La disciplina degli intermediari e dei mercati finanziari*, commentario a cura di CAPRIGLIONE, Padova, 1997, p.149 s.; ROVITO e PICARDI, *Commento all'art.18*, in *L'Eurosì*, commentario a cura di CAMPOBASSO, Milano, 1997, p.137.

(4) Cfr. D'AMBROSIO, *Commento all'art.127*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 635.

(5) In questo senso, sembra, A.M. CARRIERO, *Commento all'art.117*, in *Commentario al testo unico*, cit., p. 596 s.

(6) Per una analisi più ampia sul punto rinvio a *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato"*, cit., p. 231 ss.

te “debole”. Infatti, se anche si limita la legittimazione ad agire, sì che solo quest’ultimo può decidere *se* denunciare il vizio, nondimeno, una volta scelto di agire, il contraente “protetto” è costretto a chiedere al giudice di porre nel nulla il contratto, non avendo altri rimedi a disposizione.

Può dirsi, in altri termini, che la nullità (sia essa assoluta o relativa) non è una reazione efficace ove ci si proponga di tutelare un contraente supposto debole. E ciò perché il soggetto “debole” non è in grado di effettuare, per dir così, senza costi la scelta fra mantenere un regolamento negoziale pregiudizievole o rimuoverlo interamente con effetto *ex tunc*.

Meglio, dunque, optare per sistemi alternativi di protezione del consumatore, come la sostituzione delle clausole viziate, attraverso meccanismi di integrazione contrattuale, ovvero la non opponibilità della clausola viziata al soggetto protetto (1), ovvero l’inefficacia della clausola viziata nei confronti del soggetto non predisponente, secondo il modello della direttiva comunitaria n. 93/13/CEE. E quindi prevedere la nullità solo per i vizi più gravi, senza necessità di ricorrere all’*escamotage* della “relatività”, ma accompagnandola piuttosto con meccanismi di sanatoria “generale” secondo il modello tedesco.

Soprattutto è meglio adoperarsi per prevenire il vizio, attraverso interventi pubblici *anticipati* sulle condizioni generali di contratto delle imprese.

**8.** Una modalità indiretta per giungere ai risultati auspicati potrebbe essere quella di sottoporre a controllo *preventivo* le condizioni generali di contratto predisposte dalle associazioni imprenditoriali, imponendo ad esse modifiche e correzioni a tutela dei consumatori. Per il momento l’unico esempio di intervento siffatto è quello offerto dal ricordato provvedimento della Banca d’Italia 3 dicembre 1994, n. 12, emanato però in chiave “antitrust”, ai sensi degli artt. 2 e 3 della legge n. 287/1990, relativo alle norme bancarie uniformi elaborate dall’Associazione Bancaria (2). E va detto, per vero, che l’idea di sottoporre a controllo amministrativo preventivo le condizioni generali di contratto non è del tutto nuova, essendo stata già avanzata negli anni settanta, anche con specifico riferimento ai contratti bancari (3).

Il nostro legislatore avrebbe potuto costruire una soluzione *stabile* con l’occasione dell’attuazione della direttiva n. 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori. La direttiva, infatti, prevedeva proprio (all’art. 7) la possibilità di creare organi amministrativi deputati a vigilare *ex ante* sulle condizioni generali di contratto delle imprese (4). In un primo momento è sembrato che il nostro Parlamento fosse intenzionato ad agire in tal senso, essendosi ipotizzata, nel corso dei lavori preparatori della disciplina

---

(1) Secondo il modello delle Consumer Protection Regulations inglesi del 1987.

(2) Cfr. per un commento SALANITRO, *Disciplina antitrust e contratti bancari*, in *Banca, borsa*, 1995, II, p. 415.

(3) Cfr. SALANITRO, *Le banche e i contratti bancari*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1993, p. 39, testo e nota.

(4) Cfr. ALPA, *Il controllo amministrativo delle clausole abusive*, in *I contratti*, 1995, p. 469; MARTORANO, *Condizioni generali di contratto e rapporti bancari*, in *Banca, borsa*, 1994, I, p. 125; in generale *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, a cura di CESARO, cit.; *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di ALPA e PATTI, Milano, 1997; *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, a cura di BIANCA e ALPA, Padova, 1996; BUSNELLI, MORELLO, op.cit., p. 369 ss., spec. 380 s.; ROPPO, NAPOLITANO, voce *Clausole abusive*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Aggiornam., III, Roma, 1995, spec. p. 12; SALVESTRONI, *Principi o clausole generali, clausole “abusiva” o “vessatorie” e diritto comunitario*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, p. 11 ss.; G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 145 ss.

nazionale di attuazione, dapprima l'attribuzione di poteri di verifica alle Camere di commercio, e quindi la costituzione di una Commissione di controllo sulle clausole vessatorie, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (1). Sarebbe stato seguito, in tal modo, il modello inglese, che fa perno sull'attribuzione di significativi poteri di controllo al *Director General of Fair Trading* (2), con notevoli ripercussioni, enfatizzate dalla dottrina (3), proprio sui contratti finanziari e bancari.

La "legge comunitaria per il 1994" ha però, finalmente, abbandonato il modello, sì che la disciplina ora introdotta nel codice civile, agli artt. 1469 *bis* e seguenti, sembra demandare interamente siffatto controllo alla verifica (eventuale e) *a posteriori* dell'autorità giudiziaria (cfr. art. 1469 *sexies* cod. civ.) (4).

La soluzione prescelta dal nostro legislatore dà origine a qualche perplessità, con riguardo a possibili attriti fra le autorità amministrative di vigilanza - ove ricorrano ai poteri "conformativi" che, in materia contrattuale, l'ordinamento appare orientato ad attribuire loro - e l'autorità giudiziaria.

Il legislatore non ha, infatti, colto lo spunto, che pur la disciplina comunitaria gli offriva, per prevenire siffatti attriti. In uno dei "considerando" della direttiva e nell'art. 1, comma 2, si legge che non sono soggette alla disciplina sulle clausole abusive le "clausole contrattuali che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative e disposizioni o principi di convenzioni internazionali". La norma trasposta nel diritto nazionale (nuovo art. 1469 *ter*, comma 3, cod.civ.) recita invece: "non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che siano riprodottrici di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali". E' dunque caduto il riferimento alle norme "regolamentari".

Il riferimento ai regolamenti avrebbe potuto, invece, essere esteso e rafforzato, al fine di ricomprendere nel giudizio di "non vessatorietà" le clausole contrattuali riprodottrici di disposizioni amministrative di "omogeneizzazione" contrattuale. La soluzione sarebbe stata certamente opportuna, in quanto avrebbe in principio scongiurato il rischio di interventi *ex post* dell'autorità giudiziaria su schemi contrattuali *standardizzati* dalle autorità di vigilanza e quindi adottati dalle imprese.

8.1. Va detto, infine, che non sono insignificanti le indicazioni, nella più recente disciplina del mercato finanziario, di un orientamento legislativo favorevole all'introduzione anche nel nostro paese di "contratti-modello" predisposti dalla pubblica amministrazione.

Fino agli anni novanta unico, piccolo, "spunto" in tal senso - comunque mai utilizzato secondo il modello francese - era quello fornito dall'art. 3, ultimo comma, lettera f), della legge n. 216 del 1974, che consente alla Consob di determinare "i tipi di contratti ammessi" in borsa. Si tratta, peraltro, di uno "spunto" molto indiretto: individuare i "tipi" è cosa diversa dal predeterminare i contenuti.

---

(1) Cfr. COSTANZA, *Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori*, in *Giust. civ.*, 1994, II, p. 543 ss. (che contiene in allegato il testo del progetto di legge).

(2) Sul punto, per una descrizione delle funzioni del *Director*, v. COLLINS, *Le clausole vessatorie nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997 p. 455 ss.

(3) Cfr. PADFIELD, *The Impact on English Contract Law of the EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*, in *Journal of International Banking Law*, 1995, p. 175.

(4) Sul punto cfr. TOMMASEO, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, cit., I, p. 755 ss.

A questa, piccola, indicazione se ne sono però aggiunte per lo meno altre due, molto più esplicite.

Da un lato, il già esaminato art. 127, comma 8, del testo unico bancario, che consente alla Banca d'Italia di imporre forme e contenuti determinati a contratti e titoli (bancari).

Dall'altro, l'art. 17, comma 2, lettera e), del decreto legislativo n. 124 del 1993, sui fondi pensione, che attribuisce alla Commissione di vigilanza il potere di "definire (...) schemi-tipo di contratti tra fondi e gestori".

Sia la norma del testo unico bancario, sia la norma del decreto sui fondi pensione, aprono la strada a soluzioni analoghe a quelle già accolte dall'ordinamento francese. L'esperienza dei prossimi anni ci dirà se, e in qual misura, gli organi di vigilanza riterranno di esercitare questi poteri di "conformazione". Se decideranno di esplorare tali nuove opportunità, con coraggio e ponderazione, il sistema di protezione del consumatore non potrà, verosimilmente, che trarne vantaggio.

## 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.
- n. 43 — *Convegno Per un diritto della concorrenza* (Perugia, giugno 1996), dicembre 1996.
- n. 44 — *Crisi d'impresa, procedure concorsuali e ruolo delle banche*, marzo 1997.
- n. 45 — DONATELLA LA LICATA, *La cessione di rapporti giuridici "individuabili in blocco" nell'art. 58 del T.U. bancario*, aprile 1997.
- n. 46 — PAOLO CIOCCA - ANTONELLA MAGLIOCCO - MATILDE CARLA PANZERI, *Il trattamento fiscale dei rischi sui crediti*, aprile 1997.
- n. 47 — P. DE VECCHIS - G.L. CARRIERO - O. CAPOLINO, M. MANCINI, R. D'AMBROSIO, *Studi in materia bancaria e finanziaria 1996*, settembre 1997.
- n. 48 — GIUSEPPE CARRIERO, *Il credito al consumo*, ottobre 1998.
- n. 49 — *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, gennaio 1997.