



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Laurea magistrale
(*ordinamento ex D.M. 270/2004*)
in Economia e Finanza

—

Ca' Foscari
Dorsoduro 3246
30123 Venezia

Tesi di Laurea

Pubblicità e responsabilità
precontrattuale nei contratti bancari

Relatore

Ch. Prof. Alberto Urbani

Laureando

Sabrina Pastrello
Matricola 816782

Anno Accademico
2011/2012

INDICE

	pag
Piano d'indagine	5
Capitolo 1	
1. Trasparenza e informativa precontrattuale	7
1.1 Premessa	7
1.1.1 La nozione di trasparenza nel diritto bancario e il suo significato	7
1.1.2 Fonti normative ed evoluzione storica della trasparenza bancaria	10
1.1.2.1 Le origini della legge del 1992 n. 154	10
1.1.2.2 Dalla legge del 1992 n. 154 al Testo Unico Bancario	13
1.1.2.3 Dalla delibera del CICR del 2003 a oggi	17
1.1.3 Principi generali ed ambito di applicazione	18
1.2 Trasparenza e informativa	24
1.2.1 Analisi dell'art. 116 del t.u.b.	24
1.2.2 La delibera del CICR del 4 marzo 2003 e gli interventi successivi di Banca d'Italia	26
1.2.3 Le principali novità in materia di trasparenza apportate con il Provvedimento del 29 luglio 2009	30
1.2.4 Il Provvedimento del 9 febbraio 2011 in materia di credito ai consumatori	33
1.3 Gli strumenti di pubblicità e informativa precontrattuale	35
1.3.1 Il documento contenente i principali diritti del cliente	35
1.3.2 Il foglio informativo	36
1.3.3 L'annuncio pubblicitario	38
1.3.4 La consegna di una copia del contratto	39
1.3.5 Il documento di sintesi	40
1.3.6 L'ISC (indicatore sintetico di costo)	40
1.4 Tecniche di comunicazione a distanza e offerte fuori sede	41

1.5 Controlli e requisiti organizzativi	44
1.6 I reclami in fase precontrattuale: il ruolo dell'Arbitro Bancario e Finanziario	46
1.7 Il costo dell'informazione bancaria	49

Capitolo 2

2. La responsabilità precontrattuale	52
2.1 Introduzione	52
2.2 La responsabilità precontrattuale nell'esperienza europea	54
2.2.1 Il modello francese	55
2.2.2 Il modello tedesco	56
2.2.3 Il modello nei Paesi di <i>Common Law</i>	57
2.2.4 La teoria di Jhering	60
2.2.5 L'evoluzione del modello italiano	62
2.3 La natura giuridica della responsabilità precontrattuale	64
2.3.1 Natura giuridica della <i>culpa in contrahendo</i> sotto la vigenza dell'abrogato codice civile del 1865 e soluzioni offerte da Jhering.	67
2.3.2 Le teorie contrattualistiche all'indomani del codice civile del 1942	68
2.3.3 Le teorie extracontrattualistiche	70
2.3.4 La teoria del <i>tertium genus</i> e le teorie eclettiche	70
2.3.5 Teorie sui rapporti tra l'art. 1337, l'art. 1175 e l'art. 1366 c.c.	72
2.4 Violazione del dovere di buona fede in caso di mancata conclusione del contratto	73
2.4.1 La formazione del contratto e le trattative	73
2.4.1.1 Il concetto di trattativa	74
2.4.1.2 La nozione di formazione del contratto	76
2.4.1.3 Distinzione tra trattativa e formazione del contratto	77
2.4.1.4 La definizione di parte	78
2.4.2 La buona fede come clausola generale	79
2.4.2.1 La natura oggettiva della buona fede	81

2.4.2.2 Doveri derivanti dall'art. 1337 c.c.	83
2.4.3 La responsabilità precontrattuale per l'ingiustificato recesso dalle trattative	87
2.4.3.1 Evoluzione della dottrina e della giurisprudenza in tema di responsabilità da recesso	87
2.4.3.2 L'affidamento legittimo nella conclusione del contratto	88
2.4.3.3 Il recesso senza giusta causa	91
2.4.4 La condotta dell'oblato	94
2.4.5 Gli accordi parziali e il valore della minuta in fase precontrattuale	96
2.5 Responsabilità precontrattuale in caso di contratto concluso	98
2.5.1 Rapporti tra l'art. 1337 e 1338 c.c.	100
2.5.2 Responsabilità precontrattuale e nullità del contratto	102
2.5.3 Responsabilità precontrattuale e annullabilità del contratto	105
2.5.3.1 L'errore-vizio	106
2.5.4 Responsabilità precontrattuale e inefficacia del contratto	108
2.5.4.1 Contratto concluso dal <i>falsus procurator</i>	108
2.5.5 La responsabilità precontrattuale dell'incapace legale	109
2.6 Il danno risarcibile	111
2.6.1 La disciplina dell'interesse negativo	111
2.6.2 Il danno risarcibile in caso di contratto valido e invalido	114
2.6.3 Il danno risarcibile in caso di contratto non concluso	116
2.7 Conclusioni	117

Capitolo 3

3. Un caso di violazione della trasparenza e della correttezza: il contratto

<i>"For You"</i>	119
3.1 Premessa	119
3.2 Il contratto <i>"For You"</i>	120
3.3 Violazione della correttezza e della pubblicità da parte della banca	124

3.4 La tutela giurisprudenziale	128
Conclusioni	131
Riferimenti normativi	134
Giurisprudenza	136
Bibliografia	138
Sitografia	147

PIANO D'INDAGINE

Il presente lavoro affronta il tema della pubblicità e della responsabilità precontrattuale nei contratti bancari.

Nel primo capitolo, viene trattata e ricostruita la disciplina della trasparenza bancaria, in modo da evidenziare come negli ultimi anni il legislatore abbia modificato e arricchito le diverse disposizioni a tutela del cliente. Il termine “trasparenza” fa riferimento a un dovere di chiarezza e di informazione: entrambi i contraenti, cioè, non solo devono adottare un linguaggio comprensibile verso la controparte, ma devono anche fornire informazioni in maniera adeguata e corretta. Nel rapporto tra banca e cliente è la prima a rivestire il ruolo del soggetto più forte: il cliente, infatti, che è la parte più debole, è stato spesso vittima di molti raggiri da parte degli istituti bancari.

Per evitare queste situazioni, il legislatore è intervenuto a tutela del soggetto più debole introducendo una disciplina sulla trasparenza che obbliga la banca a fornire alla propria clientela una completa informazione sulle caratteristiche e sulle condizioni dei prodotti e servizi offerti.

La seguente trattazione si occupa quindi del tema della trasparenza bancaria studiato sotto la prospettiva della responsabilità precontrattuale. Inizialmente si procede a un *excursus* storico della disciplina oggetto di trattazione, in particolare vengono analizzate la legge del 1992 n. 154 successivamente confluita nel Testo Unico Bancario (t.u.b.) al Titolo VI, la delibera del CICR del 2003 tesa a riorganizzare l'intera normativa ed infine le nuove Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia del 29 luglio 2009.

Terminata l'analisi di carattere generale, l'attenzione viene soffermata sull'informativa precontrattuale delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: viene esaminato approfonditamente l'art. 116 t.u.b. rubricato “pubblicità” e i vari strumenti pubblicitari a disposizione della banca dettati dalla disciplina secondaria emanata dalla Banca d'Italia. Infine, sempre con riferimento alla trasparenza bancaria, sotto il profilo della fase precontrattuale saranno discusse le tecniche di comunicazione a distanza, l'offerta fuori sede, i controlli, i requisiti organizzativi e i reclami rivolti all'ABF (Arbitro Bancario Finanziario).

Il secondo capitolo è invece dedicato al tema della responsabilità precontrattuale. Come si osserverà, non esistendo norme dedicate appositamente ai contratti bancari con riferimento a tale argomento, troveranno applicazione le disposizioni contenute nel codice civile.

Dopo una lunga analisi sulla natura e sull'evoluzione di tale responsabilità nell'esperienza europea, si esamineranno gli artt. 1337 e 1338 c.c. sotto il profilo del contratto bancario, affrontando quindi il tema della responsabilità precontrattuale sia nel caso in cui il contratto non sia stato concluso, sia nell'ipotesi di una sua eventuale stipula.

Si vedrà come l'art. 1337 c.c., che racchiude la clausola generale della buona fede, impone alle parti e quindi alla banca e al cliente, di adottare un comportamento corretto durante la fase delle trattative e quella di formazione del contratto.

L'art. 1337, infatti, obbliga i due contraenti e in particolare la banca, ad assolvere determinati doveri nella fase antecedente la stipula: una loro violazione determina il sorgere della responsabilità precontrattuale e il conseguente risarcimento dei danni.

Saranno affrontate le principali fattispecie generatrici di tale responsabilità nel caso di contratto bancario non concluso oppure concluso validamente o invalidamente (in quest'ultima ipotesi si richiamerà l'art. 1338 c.c.) ed inoltre sarà approfondita la modalità di determinazione del danno risarcibile in tutte queste casistiche.

Nel terzo e ultimo capitolo, infine, si affronta un caso pratico di violazione della correttezza e della trasparenza bancaria: il contratto bancario "*For You*".

Da molti anni, sono numerose le banche che sono state condannate per aver stipulato con i propri clienti questo tipo di contratto: il cliente, infatti, credeva di stipulare un piano previdenziale di accumulo e invece a sua insaputa, a seguito delle informazioni volutamente erranee dell'intermediario, ha concluso un contratto di mutuo il cui prestito veniva utilizzato per acquistare obbligazioni o fondi della banca stessa altamente rischiosi. Questo si può considerare un classico esempio in cui le norme di trasparenza e di correttezza sono state disattese.

Capitolo 1

TRASPARENZA E INFORMATIVA PRECONTRATTUALE

1.1 PREMESSA

1.1.1. La nozione di trasparenza nel diritto bancario e il suo significato

La trasparenza bancaria è un tema fondamentale in quanto non solo è imposta per legge alle banche nei rapporti con il cliente, ma è anche un valore basilare nei rapporti sociali. Nell'affrontare questo tema è opportuno in via preliminare precisare il significato di “trasparenza”, termine ormai ampiamente utilizzato nelle diverse esperienze giuridiche e connotato da un’ampia varietà di significati¹.

“Trasparenza” si riferisce «ad una qualità, ad un modo d’essere, che si contrappone alla “opacità”, alla illeggibilità, alla indecifrabilità»² di un documento, un contratto, un prospetto ecc.

Alcuni riconducono la trasparenza al termine inglese *disclosure*, altri invece al vocabolo *glasnost* che, tradotto in lingua slava, significa appunto trasparenza identificando così il nuovo percorso politico intrapreso negli anni ottanta dall’ex Unione Sovietica.

Al di là delle sue origini questo termine si è diffuso velocemente in molti settori, penetrando non solo nelle trattazioni della dottrina, nei testi normativi e in ambito giurisprudenziale, ma anche nel linguaggio comunitario ed internazionale³.

Con riferimento alla natura del vocabolo in questione molte volte quest’ultimo viene considerato un vero e proprio principio generale⁴, altre volte invece un semplice modo di comportarsi.

¹ Sulla polisemia del termine si legga ALPA G., *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, 2003, p. 1 ss.

² ALPA G., *op. cit.*, p. 1.

³ CAPOBIANCO E., LONGOBUCCO F., *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in www.ricerca.uniroma3.it/Pdf/artico6666666666aea6ae6aea7ee66cee.pdf, consultato nel mese di marzo 2012, p. 2.

⁴ Cfr. BUONOCORE V., *Contratti del consumatore e contratti d’impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 26 ss. dove si afferma che la trasparenza ha ormai assunto una valenza tecnica giuridica precisa e

La sua formalizzazione in ambito giuridico si può far risalire in occasione dell'approvazione degli Accordi interbancari collocabili alla metà degli anni ottanta. Da allora, la trasparenza ha invaso anche il campo dell'equilibrio contrattuale e soprattutto delle condizioni di contratto: ciò spiega il motivo per cui la trasparenza è oggi richiesta non solo in fase precontrattuale, ma anche una volta perfezionato il contratto⁵.

Questo termine ha assunto molta rilevanza anche nel mercato bancario e finanziario in quanto tali settori da sempre sono caratterizzati da uno scarso incentivo naturale degli intermediari a divulgare informazioni contrattuali, in particolar modo sulla propria offerta⁶. In tale contesto, con l'espressione "trasparenza" si intende oltre a un "dovere di chiarezza" (nel senso che il contraente è tenuto ad utilizzare un linguaggio chiaro e comprensibile dalla controparte), anche un "dovere di informazione" reciproca fra i contraenti sulle circostanze del loro rapporto⁷.

L'attenzione verso questo tema è emersa dall'evidente disparità contrattuale esistente tra contraente forte e debole.

E' indispensabile una premessa per cogliere il fondamento del concetto: la disciplina generale del contratto contenuta nel codice civile si basa «sul principio di parità formale tra i contraenti, e sulla libertà di ciascuno di essi di (concorrere a) determinare il contenuto del contratto»⁸.

Ciò nonostante, questo non si verifica sempre nella realtà, dal momento che nel rapporto tra banca – cliente, il contraente forte (cioè la banca), disponendo di maggiori strumenti di conoscenza, è in grado d'imporre alla controparte debole, il cliente, il proprio assetto negoziale unilateralmente predisposto.

E' quindi evidente lo squilibrio contrattuale tra banca e cliente. Questa asimmetria di potere contrattuale si traduce così nella sottoposizione al cliente di un contratto già

non è un'accezione meramente sociologica. Essa implica l'indicazione dei termini dell'accordo e dei suoi punti fondamentali, e i conseguenti effetti giuridici ed esiti economici.

⁵ CAPOBIANCO E., LONGOBUCCO F., *op. cit.*, p. 3.

⁶ MIRONE A., *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, p. 561. Un'analisi più accurata sul punto la si trova in CARRATELLI M., *La trasparenza tra banche e clienti. Fabbisogni informativi ed intervento pubblico*, Milano, 2006.

⁷ LETTIERI M., *La trasparenza bancaria*, Roma, 2012, p. 27.

⁸ Così SIRENA P., *Il contratto bancario: profili generali*, in URBANI A. (a cura di), *L'attività delle banche*, Padova, 2010, p. 34.

predisposto senza che quest'ultimo abbia la possibilità di concorrere alla sua formazione. Anzi, il cliente, spinto dall'esigenza di procurarsi il bene o servizio, si trova costretto ad accettare il contratto predisposto dalla banca, sottoscrivendo a volte anche clausole limitative della sua libertà, senza rendersi minimamente conto del loro significato sotteso⁹. E' spesso accaduto, infatti, che il cliente è stato vittima inconsapevole dell'istituto bancario, il quale ha indotto la controparte a concludere un contratto in condizioni di asimmetria informativa. La pubblica opinione ha ricondotto queste circostanze ad una sorta di "raggiro".

Queste sono le ragioni che hanno spinto il legislatore a ricercare nuove norme in proposito. Si è resa quindi indispensabile una normativa tesa a tutelare il cliente mettendolo in grado di comprendere le proposte e le informazioni fornite dalle banche. Questa tutela è stata approntata attraverso la trasparenza bancaria¹⁰.

Come abbiamo già visto, se esiste un forte squilibrio informativo tra i due soggetti coinvolti nelle trattative, l'interesse allo sfruttamento del vantaggio informativo perseguito dal contraente forte entra in contrasto con l'obiettivo di protezione della controparte che si trova in inferiorità.

Lo scopo del legislatore è stato proprio quello di porre un limite a questo sfruttamento del vantaggio informativo ponendo a carico della parte forte, cioè colei in grado di accedere a informazioni in maniera più agevole rispetto alla controparte, il dovere di informare quest'ultima di tutte le circostanze relative al regolamento contrattuale in corso.

Soprattutto nei casi in cui c'è un soggetto più forte dell'altro, le informazioni fornite al contraente debole devono essere chiare e veritiere. La banca, in quanto contraente forte,

⁹ Sul punto cfr. LETTIERI M., *op. cit.*, p. 64.

¹⁰ La bibliografia in materia è molto ampia: in particolare si veda MAISANO A., *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie*, Milano, 1993; NIGRO A., *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, in *Dir. Banc.*, 1992, I, p. 421 ss.; DE POLI M., *La trasparenza delle operazioni bancarie secondo il testo unico: primi appunti*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 523 ss.; più recentemente ALPA G., *op. cit.*; BASSO R., *La trasparenza delle condizioni contrattuali nel T.U.B.*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, (a cura di) GALANTI E., in *Tratt. dir. economia*, dir. da PICOZZA E. e GABRIELLI E., Padova, 2008, p. 861 ss.; URBANI A., *La «Trasparenza» nello svolgimento dell'attività*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*², II, Padova, 2010.

ha quindi l'onere di fornire un'informazione completa su tutte le condizioni contrattuali e ha l'obbligo di non diffondere informazioni false e incomplete.

Quindi chiarezza e correttezza rappresentano i capisaldi su cui si basa la regolamentazione dei rapporti tra banca e cliente¹¹.

Con la trasparenza bancaria, il legislatore ha voluto tutelare il cliente nel caso in cui si dovesse trovare in una situazione di squilibrio informativo, cercando di fare in modo che egli venga sempre adeguatamente informato e mettendolo nella condizione di orientare consapevolmente la propria scelta. Solo in questo modo il cliente avrà piena fiducia nella banca.

E' anche importante evidenziare il cambio di rotta delle banche nel corso degli ultimi anni con riferimento al tema della trasparenza. Infatti, con il tempo è mutato l'atteggiamento di queste ultime nei confronti della clientela. Gli istituti bancari si sono resi conto che il vero successo è da ricercarsi non solo nei profitti delle vendite e nel contenimento dei costi, ma soprattutto nella soddisfazione del cliente che sta diventando sempre più informato ed esigente¹².

La banca deve cercare di cogliere qualsiasi comportamento, segnale, esigenza della controparte durante il loro rapporto contrattuale, in modo tale da raggiungere un duplice obiettivo: la soddisfazione del cliente e la remunerazione della banca¹³.

Tutte queste considerazioni sono state espone per sostenere come la trasparenza bancaria sia un connotato imprescindibile del sistema finanziario e bancario.

1.1.2 Fonti normative ed evoluzione storica della trasparenza bancaria

1.1.2.1 Le origini della legge del 1992 n. 154

Le prime disposizioni sulla trasparenza risalgono alla seconda metà degli anni ottanta trovando poi degna sistemazione con l'approvazione della legge del 1992 n. 154 successivamente assorbita nel Titolo VI del d.lgs. del 1° settembre 1993 n. 385 o meglio conosciuto come Testo Unico Bancario (d'ora in poi t.u.b.).

¹¹ LETTIERI M., *op. cit.*, p. 26.

¹² LETTIERI M., *op. cit.*, p. 16.

¹³ Ancora LETTIERI M., *op. loc. cit.*

Prima però di occuparci della legge del 1992, è bene comprendere ed analizzare le circostanze che hanno contribuito alla sua formazione.

La legge del 17 febbraio 1992, n. 154 sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari è stata infatti il risultato di numerosi fattori¹⁴: un lungo *iter* legislativo - parlamentare; l'art. 47 della Costituzione che ha introdotto la tutela del risparmio fra i compiti della Repubblica; l'autoregolamentazione delle banche attraverso gli accordi interbancari; gli interventi della dottrina e della giurisprudenza e infine le esperienze estere in materia.

Procedendo ad una breve analisi dei diversi fattori, si può osservare che le prime proposte di legge miravano a garantire la trasparenza nelle operazioni bancarie e a tutelare il contraente debole attraverso una chiara e corretta informazione delle condizioni contrattuali. La prassi aveva infatti evidenziato come la vigente disciplina creasse ingiustizie inaccettabili nei rapporti tra banca e cliente.

A monte della legge n. 154, si deve innanzitutto tener presente l'art. 8 della legge del 1 marzo 1986, n. 64, che assicurava già alla clientela la parità di trattamento da parte delle banche nelle principali operazioni bancarie se si era di fronte a situazioni oggettivamente identiche¹⁵. A distanza di poco tempo da quest'ultima susseguirono un fiorire di proposte.

In particolare, tra le principali proposte di legge in tema di trasparenza è importante ricordare quella dell'On. Minervini¹⁶ e successivamente di Visco e Fiandrotti che ricalcavano alla lettera l'iniziativa del primo.

A discostarsi dalla prima è invece l'iniziativa del deputato Piro¹⁷ e la proposta di legge, divenuta poi il progetto definitivo, dell'On. Bodrato¹⁸ che recuperava gli emendamenti del Governo alla proposta di legge Minervini.

¹⁴ INZITARI B., *La forma e le patologie dei contratti bancari*, in www.csm.it/quaderni/quad_94/qua_94_21.pdf, consultato nel mese di febbraio 2012, p. 1.

¹⁵ INZITARI B., *op. cit.*, p. 4.

¹⁶ Ci si riferisce al disegno di legge del 17 marzo 1986 n. 3617 intitolato "Norme per la trasparenza delle operazioni bancarie" con cui veniva imposto alle banche l'obbligo di indicare il costo complessivo del credito nelle operazioni attive attraverso l'indicazione di un'unica aliquota percentuale. La clausola inerente l'aliquota percentuale doveva essere sottoscritta dal cliente a pena di nullità, inoltre si vietavano le clausole che prevedevano qualsiasi rinvio agli usi. Infine era necessario il consenso scritto delle parti per eventuali modifiche delle condizioni contrattuali.

Fra le fonti legittimanti l'emanazione della legge in esame abbiamo visto che rileva anche l'art. 47, co. 1 della Costituzione, secondo cui «La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito».

Con questo articolo il legislatore ha voluto disciplinare il settore del credito senza irrigidirlo, consentendo sia l'iniziativa pubblica che privata e limitando ad una funzione di indirizzo e controllo l'intervento dello Stato¹⁹.

La legge sulla trasparenza del 1992, quindi, si può inserire nell'ambito delle attività dello Stato trovando già nella Costituzione una giustificazione di esistere.

Con riferimento invece all'autoregolamentazione degli istituti di credito, l'Associazione bancaria di categoria, accogliendo le numerose sollecitazioni provenienti dall'opinione pubblica, dal mondo politico ed imprenditoriale e dalle Autorità monetarie, ha cercato di predisporre una disciplina che da un lato tutelasse l'utente del servizio bancario e dall'altro garantisse la concorrenza nel settore creditizio.

Con una circolare dell'ottobre 1988, l'Associazione Bancaria Italiana (ABI) ha approvato un accordo interbancario sulla trasparenza²⁰. Questa intesa ampliava gli obblighi di pubblicità informativa della clientela rappresentando così per alcuni un importante evoluzione verso la realizzazione della disciplina di trasparenza, per altri invece solo una regolamentazione scarna con portata innovativa circoscritta²¹.

L'accoglimento per le banche di questa disciplina comportamentale si è rivelata però insufficiente a tutelare la clientela, in quanto era obbligatoria solo per i soggetti aderenti all'associazione ed inoltre non erano previste sanzioni per i trasgressori.

¹⁷ Tale proposta si discostava più nella forma che nel contenuto. Piro ha ampliato l'ambito di applicazione della legge, applicandola non solo alle banche, ma anche agli istituti e alle sezioni di credito speciale.

¹⁸ Erano emersi quindi due approcci al problema trasparenza: mentre alcuni offrivano una protezione al cliente incidendo sullo svolgimento dell'attività bancaria, altri (cioè il versante di Bodrato) individuavano principi di pubblicità informativa che dovevano essere alla base dell'attività esercitata.

¹⁹ INZITARI B., *op. cit.*, p. 5.

²⁰ Cfr. circolare ABI del 25 ottobre 1988, serie tecnica R, n. 5.

²¹ INZITARI B., *op. loc. cit.*

Negli anni ottanta – novanta anche la giurisprudenza, attraverso alcune pronunce, ha contribuito a comprendere l'esigenza di una tutela del cliente fino ad allora assente²².

Le diverse pronunce, infatti, evidenziarono l'urgenza di tutelare il contraente debole con informazioni chiare, sicure e veritiere, assicurando così una maggiore comprensibilità delle condizioni contrattuali.

Infine, tra le fonti ispiratrici in ambito europeo della normativa sulla trasparenza bancaria, rientrano la disciplina comunitaria del credito al consumo e l'esperienza americana della “*truth in lending regulation*”.

Con riferimento alle direttive CEE sul credito al consumo, gli organismi comunitari competenti hanno approvato il 22 dicembre 1986 la direttiva n. 102, successivamente modificata dalla direttiva del 22 febbraio 1990 n. 88, per poi giungere alla più recente direttiva 2008/48/CE che ha introdotto una nuova disciplina in materia. Tutte le direttive comunitarie citate trovarono ispirazione in tali principi, affermando che «il consumatore deve essere adeguatamente informato sulle condizioni, sul costo del credito e sugli obblighi contrattuali»²³. L'obiettivo era quello di promuovere una maggiore trasparenza nel settore del credito al consumo offrendo al consumatore un'informazione più ricca sul costo delle operazioni.

Trattando invece la regolamentazione americana si può affermare che il “*Truth in Lending Act*” prevedeva che ogni consumatore che ricorreva al credito al consumo fosse adeguatamente informato sul costo del credito. In questo modo egli poteva valutare tutte le condizioni di credito che gli venivano offerte e scegliere così la più conveniente alle sue esigenze.

1.1.2.2 Dalla legge del 1992 n. 154 al Testo Unico Bancario

Ritornando al tema principale, dopo un lungo e travagliato *iter* parlamentare della durata di sei anni, nella G.U. n. 45 del 24 febbraio 1992 è stata pubblicata la legge n. 154, recante “Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari”. Quest'ultima ha segnato quindi il punto di arrivo di un percorso tortuoso iniziato con la proposta dell'On. Minervini del 1986.

²² INZITARI B., *op. cit.*, p. 6.

²³ INZITARI B., *op. cit.*, p. 8.

La legge in questione, che era suddivisa in undici articoli ed era comprensiva di un allegato, è stata successivamente completata dal decreto del Ministro del Tesoro del 24 aprile 1992 e dalle Istruzioni di vigilanza²⁴ della Banca d'Italia.

Questa normativa sulla trasparenza bancaria è stata positivamente accolta dalla clientela, in quanto consentiva loro di conoscere le condizioni economiche imposte dalla banca in modo qualitativamente migliore che in precedenza. L'opinione pubblica aveva riposto forti aspettative sulla capacità di questa legge di risolvere le problematiche relative alla protezione della parte debole nei rapporti contrattuali.

Ma la realtà e il tempo hanno dimostrato il contrario: la tutela consisteva più che altro in obblighi meramente formali e informativi tesi solo a ridurre le opacità esistenti tra le parti del contratto²⁵. Anche la dottrina si dimostrò scettica nei confronti di questa normativa, in quanto non individuava in essa, il raggiungimento di un equilibrio sostanziale fra i contraenti²⁶. Nonostante questo, è fondamentale evidenziare la rivoluzione ideologica portata dalla legge del 1992 consistente nella necessità di trasparenza nei rapporti contrattuali.

Lo stesso anno, ad essere emanata è stata anche la legge n. 142 in materia di credito al consumo in attuazione della direttiva Comunitaria 90/88²⁷. La contemporaneità delle due norme ha reso necessaria un coordinamento fra le due discipline.

Pur presentando elementi in comune le due leggi si differenziavano non solo per i destinatari, ma anche per la finalità: la legge n. 142/1992 mirava a tutelare il contraente debole individuato sulla base di alcuni parametri allo scopo di rafforzare la sua capacità di consumo attraverso il ricorso al credito, la legge n. 154/1992 aveva come destinatari la generalità della clientela e come fine quello di eliminare le asimmetrie informative tra banca e cliente.

Nell'anno successivo entrambe sono confluite nel Titolo VI del t.u.b. che si occupava, e si occupa tuttora, nel primo capo delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari in

²⁴ Cfr. circolare n. 229 del 21 aprile 1999 recante "Istruzione di vigilanza per le banche", Titolo X (varie), cap. 1.

²⁵ FABRIZI P. L., *La trasparenza nell'attività di intermediazione finanziaria*, in GRECO G. L. (a cura di), *Studi sul rapporto tra banca e cliente. Trasparenza, Mifid, Corporate Bond*, Pisa Ospedaletto, 2008, p. 28.

²⁶ FABRIZI P. L., *op. loc. cit.*

²⁷ LETTIERI M., *op. cit.*, p. 32.

generale, nel secondo capo del credito al consumo e il terzo e ultimo capo è dedicato alle regole generali e ai controlli²⁸.

Il t.u.b. con l'art. 161, co. 2, ha abrogato la legge n. 154/1992 prevedendo una forma di abrogazione molto particolare. L'articolo in questione infatti affermava: «sono abrogati, ma continuano ad essere applicati fino alla data di entrata in vigore dei provvedimenti emanati dalle autorità creditizie ai sensi del presente decreto legislativo».

Questa disposizione ha permesso alla legge n. 154, nonostante l'abrogazione, di essere applicata fino a che le autorità amministrative competenti non avessero emanato i provvedimenti previsti dal t.u.b., avvenuto solo dieci anni più tardi, ovvero con la delibera del Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (Cicr) del 2003²⁹.

Pare opportuno ricordare poi come le disposizioni della legge n. 154/1992, nonostante da poco tempo entrate in vigore, non sono state semplicemente inserite con il medesimo testo nel t.u.b., ma sono state riscritte e riformulate. Questo perché il legislatore ha voluto utilizzare una forma linguistica più precisa impiegando talora anche parole ed espressioni sensibilmente diverse dalla precedente disciplina³⁰.

Con riferimento ai contratti bancari³¹ il Titolo VI, Capo I del t.u.b. accanto all'art. 116 che si occupa della pubblicità, contiene regole sulla forma del contratto, sul suo contenuto e sulle modifiche contrattuali (artt. 117 - 120).

²⁸ Ai fini del presente lavoro, dovendo trattare essenzialmente i contratti bancari, l'attenzione verrà dedicata principalmente ad alcuni articoli del Capo I del t.u.b. riferito ai prodotti e servizi bancari e finanziari rappresentativi di tutti, o per meglio dire della maggior parte, dei contratti bancari e a certe disposizioni del Capo III. Solo marginalmente e per eventuali confronti verrà richiamato il Capo II.

²⁹ Per alcune riflessioni si veda CARRIERO G., *Trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *Dir. Banc.*, 2003, II, p. 3 ss.

³⁰ INZITARI B., *op. cit.*, p. 11.

³¹ Una disciplina dei contratti bancari è stata introdotta per la prima volta con l'entrata in vigore del codice civile del 1942. L'art. 1321 c.c. contiene, ancora oggi, una definizione generale di contratto affermando che «il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale». Questa definizione però ha posto nel passato dei dubbi: ci si chiedeva infatti se il contratto doveva essere considerato bancario a prescindere dal soggetto banca o se quest'ultima era necessaria per qualificarlo come bancario. Il problema ha condotto all'elaborazione di due tesi:

- una tesi soggettiva secondo cui è proprio la presenza del soggetto banca ad etichettare il contratto come bancario;
- una tesi oggettiva secondo la quale il contratto bancario viene individuato a seguito del suo particolare contenuto consistente o nella concessione del credito o nella raccolta del risparmio.

Per individuare i contratti bancari può essere utile distinguere il tema bancario disciplinato nel d.lgs. 385/1993 dalla materia dell'intermediazione mobiliare comprendente i contratti d'investimento. Si

Le finalità³² di detta normativa sono essenzialmente due: assicurare al cliente, anche in un'ottica di negoziazione a distanza, un'informazione esauriente e comprensibile sulle caratteristiche delle operazioni e servizi offerti dalla banca, consentendogli così di essere consapevole nel momento della conclusione dell'accordo; incrementare la comparabilità e l'efficienza del sistema finanziario, attraverso il confronto delle diverse offerte sul mercato.

Fondamentale è anche rammentare che il Titolo VI del t.u.b. ha subito recentemente modifiche a seguito del d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141 attuativo della dir. 2008/48/CE.

Quest'ultimo da un lato ha inserito importanti novità in materia di trasparenza dei contratti bancari (artt. 115-120), dall'altro ha introdotto in caso di irregolarità sorte dai controlli della Banca d'Italia, sanzioni amministrative diverse e infine ha dettato una nuova disciplina per i contratti di credito al consumo.

Dal punto di vista autoregolamentare invece, sempre nel 1993, anno di introduzione del t.u.b., l'ABI ha adottato un «Accordo per la costituzione dell'ufficio reclami della clientela e dell'*Ombudsman* bancario» allo scopo di fortificare la tutela del cliente³³.

può quindi escludere che i contratti che hanno per oggetto i servizi d'investimento rientrino nel novero dei contratti bancari in quanto anche se una parte del rapporto contrattuale è proprio la banca, comunque l'oggetto è diverso dall'attività bancaria o finanziaria disciplinata dal t.u.b..

I contratti bancari possono innanzitutto essere atipici o tipici. Contrariamente ai primi fra cui rientrano per esempio il *leasing* o il *factoring*, i secondi sono quelli espressamente disciplinati nel c.c. a partire dall'art. 1834 fino all'art. 1860 tra cui si ricordano il deposito bancario, l'apertura di credito, l'anticipazione bancaria, lo sconto e le operazioni bancarie in conto corrente. Esistono principalmente tre grandi categorie di contratti bancari: i contratti di credito, quelli di custodia e infine quelli di garanzia.

³² MORERA U., *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, p. 165.

³³ Cfr. circolare ABI del 1 febbraio 1993, serie tecnica, n. 3. Si tratta di uno strumento alternativo al tradizionale ricorso all'Autorità giudiziaria per la soluzione di controversie tra clienti e banche. Questo Accordo prevede la costituzione presso ogni ente creditizio di un ufficio reclami e l'adesione a un organismo collegiale denominato *Ombudsman* Bancario. L'Ufficio Reclami si occupa di gestire i reclami relativi a qualunque questione segnalata dalla clientela. Questi reclami devono essere o inviati alla banca per iscritto o attraverso una lettera raccomandata con avviso di ricevimento oppure devono essere consegnati allo sportello previo rilascio di una ricevuta. Il reclamo deve venire analizzato dall'ufficio entro 60 giorni dal ricevimento e se ritenuto fondato l'ente creditizio comunica alla controparte come intende sistemare la vicenda.

L'*Ombudsman*, invece, è un organismo collegiale organizzato a Roma dall'ABI, composto da cinque membri qualificati ed esperti in materia giuridica o economico-creditizia, a cui il cliente (inizialmente solo il consumatore) può rivolgersi se sorgono controversie con la banca, al ricorrere però di determinati presupposti. Tali presupposti prevedono che le controversie:

- a) non devono già essere state presentate all'esame dell'Autorità giudiziaria o di un arbitro;
- b) devono avere un valore non superiore agli attuali 50.000 euro (allora a 5 milioni di lire);

1.1.2.3 Dalla delibera del CICR del 2003 a oggi

Solo la successiva delibera del CICR del 4 marzo 2003 è intervenuta in materia allo scopo di dare attuazione, a livello di normativa secondaria, alla disciplina di trasparenza. Quest'ultima, come già osservato, dopo un decennio ha fatto definitivamente cessare gli effetti del decreto del Ministro del Tesoro del 24 febbraio 1992 ma, soprattutto, ha abrogato le norme contenute nella legge del 1992 n. 154 sulla trasparenza bancaria.

A seguito di tale delibera, la Banca d'Italia ha provveduto immediatamente ad emanare le proprie Istruzioni di vigilanza³⁴ entrate in vigore il 1° ottobre 2003 che hanno³⁵: adattato il campo di applicazione della trasparenza ai cambiamenti intervenuti in ambito bancario; precisato puntualmente gli obblighi di comunicazione e informativi nelle diverse fasi del rapporto tra banca e cliente; consentito alle banche di focalizzarsi non solo sullo sviluppo della concorrenza, ma anche sulla salvaguardia del contraente più debole (il cliente).

Il passaggio successivo è stato compiuto nel 2009 quando si cercò di «riunire in un unico *corpus* organico di norme, la disciplina sulla trasparenza a tutela del «consumatore bancario e/o finanziario», ovvero del «cliente», secondo la direzione più ampia adottata da Banca d'Italia»³⁶.

Sono state infatti emanate a seguito della circolare del 29 luglio 2009 le nuove Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia denominate «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti»³⁷, che sono entrate in vigore dal 1 gennaio 2010.

-
- c) siano già state sottoposte all'esame dell'Ufficio Reclami, ma la banca o non ha fornito una risposta nel termine prestabilito dei 60 giorni, o la risposta non sia stata favorevole al cliente oppure al reclamo non sia stata data attuazione.

L'*Ombudsman* deve esprimere il suo giudizio entro 90 giorni dalla richiesta scritta, ed esso risulta vincolante per la banca. Se quest'ultima non adempie alla sua decisione, decorso un termine fissato entro cui può adempiere, l'*Ombudsman* pubblica a spese della banca la notizia dell'inadempienza di questa.

³⁴ Cfr. «9° Aggiornamento del 25 luglio 2003 alla Circolare n. 229 del 21 aprile 1999. Istruzioni di vigilanza per le banche. Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari» che sostituisce la previgente disciplina contenuta nel Titolo X, Capitolo 1 della Circolare n. 229 del 1999.

³⁵ FABRIZI P. L., *op. cit.*, p. 23.

³⁶ CAPOBIANCO E., LONGOBUCCO F., *op. cit.*, p. 6.

³⁷ Pubblicata nella G.U. n. 210 del 10 settembre 2010.

Le disposizioni del 29 luglio 2009 sono state successivamente modificate ed integrate a seguito del Provvedimento del 15 febbraio 2010, per tener conto del d.l. del 27 gennaio 2010 n. 11, con il quale è stato recepito la direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento. Ciò ha comportato delle modifiche anche al Provvedimento del 18 giugno 2009 recante «Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari»³⁸ estendendo l'adesione a questi strumenti oltre agli intermediari anche agli istituti di pagamento.

Infine, il più recente e ultimo provvedimento in materia di trasparenza bancaria è quello del 9 febbraio 2011, con cui la Banca d'Italia ha integrato le sue Istruzioni di vigilanza. La disposizione in questione ha lasciato sostanzialmente inalterato il Provvedimento del 29 luglio 2009 modificando solo la sezione relativa al credito al consumo³⁹.

L'intervento del 9 febbraio 2011 è stato necessario a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141 che ha sostituito il Capo II del Titolo VI del t.u.b. allo scopo di recepire la Direttiva sui contratti di credito al consumo.

Al termine di questa analisi sull'evoluzione della disciplina in tema di trasparenza bancaria si può quindi osservare come tale normativa sia stata il frutto di un lungo e ampio lavoro normativo, profilandosi attualmente in un «insieme coordinato di regole e principi di comportamento destinati ad incidere fortemente sia sul piano operativo, sia su quello contrattuale»⁴⁰.

1.1.3 Principi generali ed ambito di applicazione

La normativa introdotta dalla Banca d'Italia il 29 luglio 2009, si struttura in diverse sezioni. Tra le principali, riguardanti la trasparenza nei contratti bancari, ricordiamo:

³⁸Attraverso il quale è stato introdotto un nuovo sistema di composizione delle controversie: l'Arbitro Bancario Finanziario (ABF). In materia si veda BANCA D'ITALIA, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario*, Roma, 2010; CAPOBIANCO E., *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in *Contratto e Impresa / Europa*, 2011, p. 134 ss.; DE CAROLIS B., *L'arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, Roma, 2011; DESARIO M. S., *Profili d'impatto delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario sugli intermediari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, p. 492 ss.; GUIZZI G., *Chi ha paura dell' ABF?*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 2010, I, p. 665 ss.; LA TORRE M. R., *Intermediari finanziari e soggetti operanti nel settore finanziario*, Padova, 2010, p. 255 ss.; RUPERTO S., *L'«Arbitro Bancario Finanziario»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, p. 325 ss.

³⁹ CAPOBIANCO E., LONGOBUCCO F., *op. cit.*, p. 7.

⁴⁰ CAPOBIANCO E., LONGOBUCCO F., *op. loc. cit.*

- le disposizioni di carattere generale (sez I);
- pubblicità e informativa precontrattuale (sez II);
- contratti (sez III);
- comunicazioni alla clientela (VI);
- controlli (sez X);
- requisiti organizzativi (sez XI).

Esaminando la sezione prima che si occupa delle finalità, dei principi generali, e dell'ambito di applicazione della trasparenza bancaria in generale, si può scorgere la *ratio* di queste disposizioni: essa è quella di «rendere noti ai clienti gli elementi essenziali del rapporto contrattuale e le loro variazioni, favorendo in tal modo anche la concorrenza nei mercati bancario e finanziario»⁴¹. A tale scopo è bene ricordare che nelle Istruzioni di vigilanza il cliente è definito come «qualsiasi soggetto, persona fisica o giuridica, che ha in essere un rapporto contrattuale o che intenda entrare in relazione con l'intermediario». Si tratta di una definizione ampia, d'altronde già il t.u.b. aveva evidenziato che l'intera disciplina di trasparenza dettata dal Titolo VI era applicabile al cliente “senza aggettivi”. Se il legislatore invece voleva riferirsi ad una specifica categoria di clientela, come il consumatore, lo avrebbe fatto con specifiche disposizioni, per esempio quelle dedicate al credito al consumo. Altra finalità delle regole di trasparenza è l'attenuazione per le banche dei rischi legali e reputazionali⁴² allo scopo

⁴¹ Cfr. Provvedimento del 29 luglio 2009 recante «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e di correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti», Sezione I – Disposizioni di carattere generale, Principi generali.

⁴² Nell'attuale panorama economico il rischio reputazionale rappresenta una grave minaccia per le banche. Infatti queste ultime operando, possono commettere degli errori rischiando così di compromettere o danneggiare la loro immagine. Truffe, fallimenti, licenziamenti nelle più importanti istituzioni bancarie mondiali hanno dato al rischio di reputazione un maggior rilievo rispetto al passato ampliandone i contenuti, trovando spesso le suddette aziende impreparate nei confronti di tale rischio che da sempre rappresenta uno dei pilastri strategici fondamentali per il successo e che consente di garantire la continuità aziendale. Le esperienze di questi ultimi tempi hanno evidenziato, appunto, come la mancata considerazione da parte delle banche del rischio reputazionale abbia fatto vittime eccellenti e per questo oggi sono tutti concordi nell'affermare che questo fattore di rischio deve essere affrontato prontamente. Per ridurre tale rischio bisogna prestare molta attenzione ai requisiti organizzativi e di conformità alle norme che hanno lo scopo di introdurre comportamenti idonei a minimizzare atteggiamenti rischiosi eliminando così possibili conflitti. Più specificamente rivolte ai rischi di reputazione sono le regole della *compliance* che mirano ad avviare nell'ambito del sistema dei controlli interni, una funzione rivolta a verificare che in tutti i settori operativi della banca esistano meccanismi che assicurino il rispetto delle norme, riducendo l'incertezza su diritti e doveri, sui comportamenti richiesti a ciascuno, e ciò a tutti i livelli dell'organizzazione aziendale. A

garantire la loro sana e prudente gestione. La nozione di sana e prudente gestione è piuttosto complessa ed è riferita «al grado di avversione al rischio dei soggetti vigilati»⁴³.

La possibilità di scaricare sulla collettività gran parte dei costi di eventuali fallimenti può far assumere agli intermediari finanziari rischi eccessivi e questo è un comportamento da scoraggiare⁴⁴.

Per gestione sana si intende che la banca deve operare in modo efficiente nello svolgimento degli affari, nel pieno rispetto delle norme. «La formula “sana e prudente gestione” costituisce il punto di saldatura tra obiettivi di sistema, azione di vigilanza e condotta delle imprese; sintetizza i valori della stabilità dell’efficienza, dell’integrità e del corretto funzionamento del sistema finanziario»⁴⁵.

Si afferma anche che le disposizioni in materia si applicano tenendo conto delle diverse esigenze che contraddistinguono ogni fascia di clientela e delle caratteristiche del servizio offerto e si richiede che le relazioni d’affari siano improntate a criteri di buona fede e correttezza rappresentativi della trasparenza.

Rimanendo sul piano generale, si può osservare come a partire dalle Istruzioni di vigilanza del 2003, poi riprese anche dal provvedimento del 2009, le iniziative di autoregolamentazione degli operatori sono entrate ufficialmente come strumento di integrazione della disciplina⁴⁶. Esse rappresentano uno strumento per rafforzare l’efficacia della disciplina e per contribuire a definire modelli comportamentali al fine di migliorare i rapporti con la clientela⁴⁷.

Proseguendo, la normativa afferma che le norme sulla trasparenza sono integrate anche da altre disposizioni previste dal nostro ordinamento come per esempio quelle relative al

differenza del rischio reputazionale invece il rischio legale rientra tra i rischi operativi e consiste nel rischio che si verifichino inadempienze nei confronti delle istituzioni e della clientela in merito a quanto stabilito dagli ordinamenti e dai regolamenti specifici dell’attività finanziaria o da altre normative (diritto civile, diritto penale, diritto societario, diritto del lavoro, diritto internazionale).

⁴³ LETTIERI M., *op. cit.*, p. 65.

⁴⁴ LETTIERI M., *op. loc. cit.*

⁴⁵ LETTIERI M., *op. loc. cit.*

⁴⁶ FABRIZI P. L., *op. cit.*, p. 31.

⁴⁷ Cfr. Provvedimento del 29 luglio 2009 recante «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e di correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti», Sezione I – Disposizioni di carattere generale.

commercio elettronico o ai contratti conclusi fuori sede, considerando quindi tale disciplina derogabile⁴⁸.

Ritornando ora alla normativa primaria, il t.u.b., e concentrando l'attenzione sul Capo I, a definire l'ambito di applicazione della trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari è l'art. 115 che ha portata generale sia sotto il profilo soggettivo, sia sotto quello oggettivo.

Sotto il versante soggettivo, l'art. 115, co. 1, delinea con chiarezza i destinatari della disciplina superando i dubbi emersi con la legge n. 154/1992. La legge del 1992, infatti, per individuare i destinatari adottava un criterio misto: per le banche, che in origine erano le uniche destinatarie, veniva seguito il criterio soggettivo, mentre per i restanti intermediari quello oggettivo. In parole diverse, gli enti creditizi e quindi le banche, venivano sottoposti alla disciplina della trasparenza in quanto tali e quindi indipendentemente dalla loro attività svolta, mentre gli intermediari venivano individuati in base all'esercizio professionale di una o più attività ammesse al mutuo riconoscimento⁴⁹.

Rientrando tra queste attività anche quelle del mercato mobiliare e quelle del credito al consumo, che erano diversamente disciplinate, la legge del 1992 n. 154 si applicava anche agli operatori di questi mercati, creando così problemi di sovrapposizione di disciplina. Sorgevano inoltre nel mercato mobiliare conflitti di competenza tra Consob e Banca d'Italia.

Per risolvere tali conflitti, la scelta operata dal t.u.b. con l'art. 115 è stata quella di applicare univocamente un criterio di individuazione soggettivo, stabilendo che i destinatari della normativa sono sia le banche⁵⁰ che gli intermediari finanziari⁵¹ che svolgono la loro attività in Italia. Mette conto evidenziare che non è la nazionalità dell'intermediario che delimita l'area dei soggetti sottoposti a trasparenza, ma la loro localizzazione: il comma 1 dell'art. 115, infatti, parla di «attività svolte nel territorio

⁴⁸ FABRIZI P. L. *op. cit.*, p. 31.

⁴⁹ ANTONUCCI A., *Diritto delle banche*⁴, Milano, 2009, p. 272.

⁵⁰ Le banche sono definite all'art. 1, co. 1, lett. b) del t.u.b. come «l'impresa autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria».

⁵¹ Gli intermediari finanziari sono definiti all'art. 1, co. 2, lett. g) del t.u.b. come «i soggetti iscritti nell'elenco previsto dall'art. 106».

della Repubblica» facendo così rientrare non solo le attività svolte in Italia da un intermediario italiano, ma anche quelle svolte da un intermediario straniero mediante una succursale insediata in Italia⁵².

Inoltre l'art. 115, co. 2, attribuisce al Ministro del Tesoro la facoltà di individuare altri operatori, diversi da quelli visti nel primo comma, da sottoporre alle norme oggetto di analisi⁵³. Si tratta di una norma di chiusura che fa sì che le disposizioni sulla trasparenza siano applicabili non solo mediante un criterio soggettivo, ma anche secondo un criterio oggettivo.

Questa formulazione ha suscitato molte perplessità poiché l'ultima disposizione lascia un ampio grado di elasticità rispetto la previgente regola.

Sotto il profilo oggettivo, invece, la disciplina in commento si riferisce ad “operazioni e servizi bancari e finanziari” intendendo con questa locuzione l'attività bancaria e ogni altra attività finanziaria per le banche (art. 10 t.u.b.), mentre per gli intermediari finanziari l'esercizio nei confronti del pubblico di attività finanziarie (art. 106 t.u.b.)⁵⁴, con esclusione della prestazione di servizi e attività d'investimento.

Infine, sempre con riferimento all'art. 115 è fondamentale precisare che il decreto del 2010, n. 141 ha rinumerato il precedente comma 3 *bis* come comma 3. Quest'ultimo a differenza della precedente disciplina ha escluso dalla sfera di applicazione del Capo I

⁵² In tal caso si richiama il principio dell'*home country control* che è una regola del diritto comunitario che indica quale legislazione di uno Stato membro si deve applicare. Tale principio trova quindi attuazione nel settore bancario stabilendo che il controllo, anche in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, spetta in via principale all'Autorità di vigilanza del Paese d'origine.

⁵³ Di questo potere il Ministro se ne servì una sola volta, vedendosi poi annullati i suoi effetti. Ci si riferisce al decreto del 7 ottobre del 1994 in materia di raccolta del risparmio di credito da parte di imprese non bancarie, che ha sottoposto tale raccolta alla disciplina di trasparenza. Questo provvedimento però, in un secondo momento, è stato revocato con delibera del Ccir del 19 luglio 2005.

⁵⁴ Cfr. SPENA A., commento *sub* art. 115, in AA.VV., *Testo unico bancario. Commentario*, a cura di BELLI F., LOSAPPIO G., PORZIO M., RISPOLI M., SANTORO V., Milano, 2010, p. 949 dove si afferma anche che mentre l'attività bancaria è definita dall'art. 10 del t.u.b. come quella consistente nella raccolta del risparmio e nell'erogazione del credito, l'attività finanziaria non è espressamente prevista dalla legge. La relazione al t.u.b. chiarisce che rientrano tra le attività finanziarie quelle ammesse al mutuo riconoscimento individuate nell'art. 1, co. 2, lett. f). A queste attività si aggiunge però quella relativa all'“assunzione di partecipazioni” in quanto non rientra tra quelle ammesse al mutuo riconoscimento, ma è prevista dall'art. 106, co. 1, e si sottraggono le attività finanziarie riservate a soggetti diversi da intermediari finanziari e banche.

oltre ai servizi di pagamento, anche le operazioni di credito al consumo «salvo che le stesse non siano espressamente richiamate»⁵⁵.

Interventi normativi esterni all'art. 115 hanno poi esteso l'ambito di applicazione anche agli istituti di moneta elettronica (IMEL), ai servizi di Bancoposta e all'attività di mediazione creditizia (art. 16, co. 4, l. 7 marzo 1996, n. 108).

Anche le disposizioni del 29 luglio 2009 riprendendo quanto disposto dall'art. 115 t.u.b., affermano che le disposizioni di trasparenza del Titolo VI, Capo I si applicano uniformemente a banche e intermediari finanziari, con riguardo a tutti i servizi e le operazioni bancarie e finanziarie offerti anche fuori sede o mediante tecniche di comunicazione a distanza.

La scelta di uniformare la disciplina deve essere vista positivamente in quanto regimi differenziati per vari prodotti, avrebbe solo aumentato per le banche i costi di adeguamento e inoltre tale decisione avrebbe disorientato la clientela che invece trova maggiori benefici in modelli informativi uniformi⁵⁶.

Come anticipato, a rimanere invece esclusi dall'ambito di applicazione della normativa, sono i servizi e le attività d'investimento e il collocamento di prodotti finanziari sottoposti alla disciplina del Testo unico finanziario (t.u.f.)⁵⁷. Banca d'Italia e Cicerone hanno quindi agito in conformità a quanto disposto dall'art. 23, co. 4 del t.u.f.⁵⁸.

Con riferimento ai destinatari della disciplina il provvedimento del 2009 ha inserito al suo interno un elenco che li individua puntualmente. In quest'ultimo rientrano non solo le banche autorizzate in Italia e le banche comunitarie, ma anche:

⁵⁵ Cfr. SPENA A., commento *sub* art. 115 in AA.VV., *Testo unico bancario. Commentario. Addenda di aggiornamento ai d.lgs. 141/2010 e 218/2010*, a cura di BELLI F., LOSAPPIO G., PORZIO M., RISPOLI M., SANTORO V., Milano, 2011, p. 37.

⁵⁶ CAPOBIANCO E., LONGOBUCCO F., *op. cit.*, p. 8.

⁵⁷ L'art. 21 del t.u.f. individua i criteri generali a cui gli intermediari finanziari devono ispirarsi nella prestazione di servizi d'investimento. In particolar modo la lett. a) prevede per l'intermediario il dovere di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, canoni già presenti nel diritto dei contratti. La diligenza di cui si parla non è la diligenza dell'uomo medio, ma la diligenza professionale, individuata all'art. 1176, co. 2. La correttezza invece va intesa nel senso di buona fede, cioè le parti devono comportarsi lealmente, tenendo in considerazione anche gli interessi della controparte. Il requisito della trasparenza invece viene inteso come la necessità di informazioni chiare, corrette e comprensibili relative alle condizioni contrattuali.

⁵⁸ L'art. 23, co. 4 del t.u.f. afferma che «Le disposizioni del titolo VI, capo I, del T.U. bancario non si applicano ai servizi e attività di investimento, al collocamento di prodotti finanziari nonché alle operazioni e ai servizi che sono componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell'articolo 25-bis ovvero alla parte IV, titolo II, capo I».

- i soggetti iscritti negli elenchi generali previsti dagli artt. 106 e 107 t.u.b. (ora albo unico);
- gli IMEL;
- i Confidi;
- Poste italiane Spa (per le attività di bancoposta).

Sul piano sistematico, l'impatto delle nuove disposizioni è quindi evidente: come si è già notato, si è cercato di armonizzare la disciplina della trasparenza facendola confluire in un unico *corpus* normativo, diversamente dal passato in cui esistevano provvedimenti diversi in base al soggetto destinatario⁵⁹.

1.2 TRASPARENZA E INFORMATIVA

Finora è stata esaminata la trasparenza bancaria da un punto di vista generale trattando i principi generali e il suo ambito di applicazione, senza però soffermarsi sui vari aspetti caratterizzanti tale disciplina.

Dopo il panorama normativo esposto nei paragrafi precedenti, necessario per comprendere appieno le ampie dimensioni di questa tematica, da ora in poi si approfondirà principalmente l'informativa precontrattuale delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari trattata sia nel t.u.b. al Titolo VI, Capo I, art. 116 (norma primaria), sia dalla disciplina secondaria emanata da Banca d'Italia in materia di trasparenza.

1.2.1 Analisi dell'art. 116 del t.u.b.

L'analisi inizierà con la trattazione dell'art. 116 del t.u.b., rubricato "pubblicità". Tale articolo individua a carico dei soggetti visti nel precedente art. 115, una serie di doveri informativi, al fine di garantire la trasparenza nel settore delle operazioni bancarie e finanziarie⁶⁰.

Il primo comma prevede un obbligo di informazione delle condizioni economiche dei contratti. Quest'ultimo però ha subito una modifica a seguito del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141. Mentre la regola previgente affermava che la pubblicità doveva avvenire in

⁵⁹ CAPOBIANCO E., LONGOBUCCO F., *op. cit.*, p. 8.

⁶⁰ SPENA A., commento *sub* art. 116, *cit.*, p. 957.

ciascun locale aperto al pubblico⁶¹, ora questo riferimento è stato eliminato ed è stato previsto, come in precedenza ma con alcune variazioni, l'obbligo per le banche e per gli intermediari finanziari di rendere noti al cliente in modo chiaro, prima della conclusione del contratto, «i tassi d'interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti, ivi comprese gli interessi di mora e le valute applicate per le imputazioni degli interessi». Inoltre è necessario specificare un indicatore globale di costo (che verrà trattato successivamente) per le operazioni di finanziamento.

Come si può notare, la modifica apportata incide sugli strumenti di trasmissione, non sul contenuto dell'informazione.

Ma la pubblicità non esaurisce completamente i doveri dell'intermediario, ad essa si affiancano tutti gli altri doveri informativi che sorgono poco prima della stipula di un contratto, nonché quelli nel corso del rapporto⁶². Il legislatore si è quindi preoccupato di garantire al cliente una corretta e completa informazione in tutte le fasi del rapporto.

Il comma 1 conclude affermando che «non può essere fatto rinvio agli usi». Questo divieto ha una duplice valenza: da un lato si riferisce alle modalità con cui devono essere adempiuti gli obblighi pubblicitari, che sono quelle previste tassativamente dall'autorità di vigilanza, dall'altro lato opera sul contenuto dell'informazione, anche questo normativamente determinato.

Tralasciando il contenuto del secondo comma dell'art. 116 t.u.b., a questo fine non rilevante, il terzo comma invece delegifica la normativa in tema di pubblicità al Cicr, attribuendogli il potere⁶³ di:

- identificare le operazioni e servizi da assoggettare a pubblicità;
- dettare disposizioni inerenti la forma e il contenuto della pubblicità, prevedendo anche la conservazione dei documenti necessari per dimostrare l'adempimento degli obblighi di pubblicità;
- definire criteri uniformi per l'indicazione e per il calcolo dei tassi d'interesse;

⁶¹ Secondo il provvedimento della Banca d'Italia del 29 luglio 2009, per "locale aperto al pubblico" o "dipendenza", deve intendersi «la succursale dell'intermediario (come definita per le banche al titolo III, capitolo 2, delle Istruzioni di vigilanza per le banche), e qualunque locale dell'intermediario adibito al ricevimento al pubblico per le trattative e la conclusione di contratti, anche se l'accesso è sottoposto a forme di controllo».

⁶² SPENA A., *op. loc. cit.*

⁶³ SPENA A., commento *sub* art. 116, *cit.*, p. 959.

- individuare fra gli elementi esposti al comma 1 quelli da riportare negli annunci pubblicitari e nelle offerte.

A questo punto risulterà interessante analizzare anche la disciplina secondaria. Il Cicer, infatti, servendosi di tale delega è intervenuto emanando la delibera del 4 marzo 2003.

Prima però di procedere all'esame tale delibera, c'è un ultimo comma dell'art. 116 da richiamare. Il quarto e ultimo comma afferma infatti che le «informazioni pubblicizzate non costituiscono offerta al pubblico a norma dell'art. 1336 del codice civile»⁶⁴. Questa disposizione sta ad indicare che le informazioni pubblicizzate, anche se sono rese note, non vincolano la banca a contrattare, riservandosi quindi la facoltà di valutare il cliente che ha aderito alla proposta contrattuale⁶⁵.

1.2.2 La delibera del CICR del 4 marzo 2003 e gli interventi successivi di Banca d'Italia.

La delibera del 4 marzo 2003 emanata dal Cicer, integrata dalle successive Istruzioni di vigilanza del 25 luglio 2003, è composta da 14 articoli e da un allegato che elenca tassativamente le operazioni e i servizi bancari e finanziari sottoposti a tale disciplina.

In questo allegato rientrano i: «depositi; obbligazioni; certificati di deposito e buoni fruttiferi; altri titoli di debito; mutui; aperture di credito; anticipazioni bancarie; crediti di firma; sconti di portafoglio; leasing finanziario; factoring; altri finanziamenti; garanzie ricevute; conti correnti di corrispondenza; incassi e pagamenti; emissione e gestione di mezzi di pagamento; emissione di moneta elettronica; versamento e prelievo di contante presso sportelli automatici; acquisto e vendita di valuta estera;

⁶⁴ Cfr. SPENA A., commento *sub* art. 116, *cit.*, pp. 963-964 in cui si afferma inoltre che anche la legge n. 154/1992 richiamava tale disposizione all'art. 2, co. 5. In particolare la dottrina si chiedeva se la pubblicità oltre a rendere note le condizioni contrattuali, desse luogo a vere e proprie proposte negoziali, suscettibili di perfezionamento con la richiesta da parte del cliente della prestazione offerta. Si giunse però alla conclusione che la pubblicazione delle condizioni economiche ha un contenuto esclusivamente informativo. Quindi a differenza dell'offerta al pubblico che costituisce una proposta negoziale, le informazioni fornite dalla banca non hanno nessuna rilevanza giuridica e non impegnano quindi la banca alla conclusione del contratto.

⁶⁵ ANTONUCCI A., *op. cit.*, p. 275.

intermediazione in cambi; custodia e amministrazione di strumenti finanziari; locazione di cassette di sicurezza»⁶⁶.

La delibera si apre fissando i “criteri generali”⁶⁷ secondo cui le informazioni devono essere rese alla clientela «con modalità adeguate alla forma di comunicazione utilizzata» ed in «modo chiaro ed esauriente». Mentre il criterio della chiarezza dell’informazione era già presente in altri corpi normativi vigenti, la qualificazione di informazione esauriente, mai utilizzata, ha sostituito il criterio ricorrente della completezza.

Con riferimento invece alla pubblicità, tale disposizione individua gli strumenti tipici da utilizzare per trasmettere le informazioni e affida alla Banca d’Italia⁶⁸ il compito di determinare il loro contenuto e di individuare altre operazioni e servizi da sottoporre a questa disciplina oltre a quelli già indicate nell’allegato. In particolar modo, quattro sono gli strumenti di pubblicità⁶⁹ previsti e sono rispettivamente:

- un avviso denominato “Principali norme di trasparenza” contenente l’indicazione degli strumenti di tutela e dei diritti previsti a favore dei clienti (art. 4);
- un foglio informativo per qualsiasi contratto *standard*, includente una serie di informazioni analitiche sulla banca, notizie relative alle condizioni (tassi, spese, oneri e altro) e i rischi tipici di ciascuna operazione e servizio proposti alla clientela⁷⁰ (art. 5). Da evidenziare è il fatto che l’articolo in questione parla di “condizioni contrattuali” senza utilizzare l’aggettivo “economiche”, ampliando

⁶⁶ Con il Provvedimento del 29 luglio 2009 le voci all’interno dell’allegato sono in parte mutate: in particolare non rientrano più le obbligazioni, i buoni fruttiferi e altri titoli di debito. Questo porta ad affermare che queste operazioni non sono più soggette alla disciplina della trasparenza bancaria, ma in realtà esse sono comunque sottoposte a tali disposizioni attraverso le norme contenute nel t.u.f..

⁶⁷ Cfr. art. 2 della delibera del 4 marzo 2003 del Cibr.

⁶⁸ Cfr. art. 3 della delibera del 4 marzo 2003 del Cibr.

⁶⁹ ANTONUCCI A., *op. cit.*, p. 277.

⁷⁰ A precisare nel dettaglio il contenuto dei fogli informativi sono le successive Istruzioni di vigilanza della Banca d’Italia, che dispongono che tali fogli contengono almeno: informazioni sulla banca (denominazione, forma giuridica, sede amministrativa e legale, eventuale indirizzo telematico, iscrizione ad albi o registri, numero di telefono e di fax); le caratteristiche e i rischi tipici dell’operazione che illustrano i rischi che il cliente può assumere in ciascun contratto; le condizioni economiche offerte che includono i prezzi e gli oneri economici a carico del cliente; le clausole contrattuali che riguardano il recesso, i tempi di chiusura del rapporto e i mezzi di tutela stragiudiziale di cui il cliente si può servire ed infine una leggenda con le principali nozioni riportate nel foglio informativo (definizione di valuta, tasso di mora ecc.)

così l'area di applicazione di tale normativa. Inoltre tale articolo afferma che la Banca d'Italia «può prescrivere che il dettaglio dei fogli informativi sia graduato in relazione alla diffusione e alla complessità delle operazioni e dei servizi» e può anche individuare quelli che, per la loro complessità, richiedono che l'intermediario consegni il foglio informativo al cliente prima di concludere qualsiasi contratto. Infine è bene precisare che il foglio informativo è uno strumento distinto dagli annunci pubblicitari⁷¹, disciplinati all' art. 7, che sono comunque tenuti a precisare la loro natura di messaggio pubblicitario;

- la consegna al cliente (su sua richiesta e a sue spese) di una copia completa dello schema di contratto prima della sua conclusione, per consentirgli di valutare ponderatamente il contenuto negoziale senza che sorgano vincoli di sottoscrizione (art. 8). Non è più prevista quindi una mera informazione orale, ma si dà la possibilità al cliente di valutare attentamente ciò che intende sottoscrivere. Tali bozze contrattuali devono essere chiare e agevolmente leggibili attraverso l'utilizzo di grafiche intuitive;
- un documento di sintesi contenente le principali condizioni contrattuali e redatto secondo i criteri fissati da Banca d'Italia, da allegare al testo del contratto (art. 9).

Specifiche disposizioni in tema di pubblicità inoltre sono state previste per l'offerta fuori sede e per le tecniche di comunicazione a distanza⁷².

Accanto a questi strumenti di diffusione delle informazioni, il Cicer ha introdotto un elemento innovativo relativo alla trasparenza: l'indicatore sintetico di costo (d'ora in avanti ISC), tuttora in uso.

Tale indicatore «comprensivo degli interessi e degli oneri che concorrono a determinare il costo effettivo dell'operazione per il cliente» va indicato nel documento di sintesi per tutte le operazioni e i servizi che la Banca d'Italia ritiene opportuno, in ragione delle loro caratteristiche tecniche⁷³. In questo caso, si è di fronte ad uno strumento analogo al

⁷¹ Nella previgente disciplina si era riscontrata una duplicazione inutile di informazioni.

⁷² Si veda l' art. 6 della delibera del 4 marzo 2003 del Cicer.

⁷³ Cfr. art. 9, co. 2, delibera del 4 marzo 2003 del Cicer.

TAEG, previsto nella disciplina del credito al consumo, che adempie quindi alla medesima funzione di dare al cliente una visione completa delle voci di costo.

Inizialmente era oscuro il fatto per cui l'ISC, applicabile alle operazioni di finanziamento, non appariva già nella fase precontrattuale e di pubblicità al pari del TAEG, visto che l'art. 116, co. 3 non poneva alcun limite al riguardo. Un rimedio a questa applicazione lo ha trovato la legge sul risparmio che ha integrato l'art. 116, co. 1, inserendo la previsione che «per le operazioni di finanziamento comunque denominate, è pubblicizzato il tasso effettivo globale medio»⁷⁴.

Risulta opportuno anche fare alcune considerazioni in merito alle modalità con cui il Cicer esercita il potere sancito all'art. 116, co. 3, lett. b). Mentre la legge sulla trasparenza n. 154/1992 prevedeva solo due strumenti informativi a livello di normativa primaria, che erano rispettivamente l'avviso sintetico (ora scomparso) e il foglio informativo analitico⁷⁵, il t.u.b., come già osservato, affida al Cicer attraverso l'emanazione di una normativa secondaria il particolare potere di specificare gli strumenti che le banche devono utilizzare per informare la clientela. Il Cicer ha interpretato questo potere in modo assai ampio intervenendo non solo con riguardo alle condizioni economiche, ma anche rispetto quelle normative (i requisiti generali di contratto)⁷⁶. Ma la delega dettata dall'art. 116, co. 3, lett. b) deve essere necessariamente letta in modo coordinato con il primo comma del medesimo articolo, che prevede la pubblicità solo per le condizioni economiche e non per quelle normative. Tutto questo fa pensare ad un eccesso di delega esercitata dal Cicer⁷⁷. Infatti nell'articolo del testo unico in questione non si parla mai di clausole normative, definendo così il contenuto della pubblicità alle sole condizioni economiche.

⁷⁴ ANTONUCCI A., *op. cit.*, p. 278.

⁷⁵ L'«avviso sintetico» con la delibera del Cicer del 2003 è stato sostituito dall'avviso contenente le principali norme di trasparenza. Esso consisteva in un avviso datato, con una veste grafica chiara e di facile lettura, che veniva esposto nei locali aperti al pubblico e messo a disposizione del cliente mediante una copia asportabile. Il «foglio informativo sintetico» invece, non è scomparso ma ha perso l'aggettivo «analitico». Le banche dovevano predisporre questo strumento per ciascuna tipologia di operazione contrattuale. Con questi strumenti pubblicitari si informava la clientela dei tassi di interesse effettivamente praticati, dei prezzi, delle spese e di tutte le altre condizioni utili al cliente per una valutazione. Una copia dell'avviso e dei fogli informativi doveva essere conservata per almeno 5 anni nella sede legale o nella filiale degli operatori soggetti a disciplina

⁷⁶ FABRIZI P. L., *op. cit.*, p. 37.

⁷⁷ FABRIZI P. L., *op. loc. cit.*

1.2.3 Le principali novità in materia di trasparenza apportate con il Provvedimento del 29 luglio 2009

A seguito dell'evoluzione normativa degli ultimi anni che ha interessato l'ambito bancario, si sono rese necessarie regole sempre più "dedicate" in materia di trasparenza. La Banca d'Italia, difatti, dopo una lunga fase di consultazione terminata nel marzo 2009, ha emanato la nuova disciplina in materia di trasparenza bancaria⁷⁸.

Innanzitutto, occorre precisare che le finalità di tale disciplina sono ribadite in modo esattamente analogo ai Provvedimento del 2003. Si ricorda che accanto alle finalità di tutela del cliente e di promozione della concorrenza emerge un terzo obiettivo, cioè l'attenuazione dei rischi legali e di reputazione a cui il mondo bancario e finanziario sono esposti. In questo paragrafo verranno sintetizzate le principali innovazioni offerte con questo provvedimento da Banca d'Italia, al fine di evidenziarne i principali risvolti operativi interessanti dal punto di vista applicativo.

Rilevante è in primo luogo la diversificazione degli obblighi in base alle caratteristiche dei destinatari e dei servizi offerti⁷⁹. La clientela bancaria a tal fine è stata distinta in tre fasce:

- il consumatore, cioè «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta»⁸⁰;
- la clientela al dettaglio che racchiude oltre ai consumatori, i professionisti, gli artigiani, gli enti senza fini di lucro e le micro-imprese⁸¹;
- il cliente, con questo intendendo qualsiasi soggetto, persona fisica o giuridica che intende entrare in relazione con un intermediario.

⁷⁸ Cfr. Provvedimento del 29 luglio 2009 recante «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e di correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti».

⁷⁹ CAPOBIANCO E., LONGOBUCCO F., *op. cit.*, p. 12. Questo schema segue un'impostazione da tempo già in uso nel t.u.f.. Ricordiamo infatti che con l'introduzione della Mifid sono stati emanati nuovi regolamenti Consob tra cui il n. 16190 del 31 ottobre 2007 che contiene le norme di attuazione del t.u.f. (d.lgs. 24.02.1998, n. 58). Numerose sono state le novità apportate da questo regolamento: in particolare con l'art. 35, co. 1, è stata introdotta la seguente classificazione della clientela: cliente al dettaglio, cliente professionale e controparte qualificata.

⁸⁰ Cfr. art. 3, co. 1, lett. a) del codice del consumo.

⁸¹ Per micro-imprese si intendono quelle con meno di dieci dipendenti e con fatturato annuo inferiore a 2 milioni di euro.

Tale classificazione, che dovrà essere effettuata prima della conclusione del contratto e potrà essere successivamente modificata, ha lo scopo di differenziare la disciplina soprattutto con riferimento all'ISC⁸²: solo in favore dei clienti al dettaglio infatti è previsto l'obbligo di indicare l'ISC nei fogli informativi per le aperture di credito; inoltre, per i clienti diversi dai consumatori, l'ISC non deve risultare dai fogli informativi dei conti correnti.

Per il cliente che invece non fa parte di nessuna delle due categorie appena richiamate, saranno utilizzate le regole generali applicabili a tutti i destinatari di servizi bancari e finanziari, ad esclusione degli obblighi riferiti ai soli clienti al dettaglio e ai consumatori.

Da ultimo, è da notare che mentre i Provvedimenti del 2003 e soprattutto le disposizioni sugli strumenti di pubblicità erano rivolte a «soggetto indifferente»⁸³, ora sembra esserci una maggior tutela a favore del consumatore rispetto alle altre categorie.

Altra novità, sicuramente la principale, è stata la semplificazione della documentazione e l'adozione di schemi *standard*⁸⁴. Al fine di garantire una comparazione delle offerte degli intermediari, la Banca d'Italia ha attuato una forte innovazione dei principali documenti informativi: in particolar modo, sono state introdotte delle Guide informative per i conti correnti e per i mutui destinati ai consumatori⁸⁵. Sempre per quest'ultimi sono stati poi previsti Fogli informativi standardizzati.

⁸² MIRONE A., *op. cit.*, p. 571.

⁸³ Si veda CARRIERO G., *op. cit.*, p. 4.

⁸⁴ CAPOBIANCO E., LONGOBUCCO F., *op. cit.*, p. 13.

⁸⁵ L'introduzione di questo strumento ha consentito di sostituire alcune iniziative dell'ABI avviate con il progetto "Patti Chiari". Patti Chiari è un Consorzio costituito da circa 170 banche italiane, sorto con l'obiettivo di favorire la trasparenza fra la clientela e il sistema bancario. Le iniziative e gli strumenti avviati da questo consorzio sono state accolte positivamente dalla clientela in quanto hanno svelato il metodo di valutazione del credito da parte delle banche, illustrando le "regole del gioco". Numerosi sono stati i vantaggi apportati: non solo quello di informare meglio il cliente/consumatore, ma le banche hanno potuto anche servirsi di questo strumento per individuare quelle che tra loro si comportavano in modo "aggressivo". A tal fine a vigilare sul "Progetto Patti Chiari" è la Banca d'Italia. Tale progetto inoltre ha previsto per gli operatori di sportelli bancari l'impegno di formarsi per essere sempre adeguatamente informati, fornendo così al cliente un servizio soddisfacente con l'obiettivo di incrementare la fiducia del pubblico sulla bontà delle offerte. E' fondamentale precisare che Patti Chiari pur riconducendosi in ragione delle proprie finalità al concetto di "trasparenza", è un progetto assolutamente autonomo. Mentre la trasparenza bancaria è obbligatoria per le banche, tale progetto è discrezionale cioè la banca può decidere o meno di aderirvi.

Le innovazioni riguardano anche il Documento di Sintesi, dal momento che Banca d'Italia ha chiarito che esso pur costituendo il frontespizio del contratto, ne è parte integrante di questo solo nel caso in cui esista un accordo tra le parti⁸⁶. Tale documento dovrà essere redatto solo per i servizi commercializzati secondo degli schemi contrattuali uniformi. E' inoltre stata prevista una sorta di coordinamento tra il foglio informativo e il documento di sintesi, riportandovi in quest'ultimo solo le clausole e le condizioni contenute nel primo. Se il foglio informativo contiene una parte standardizzata, lo stesso dovrà accadere nel documento di sintesi. I due coincideranno nel solo caso in cui le condizioni dell'offerta non sono personalizzabili.

Relativamente alla consegna della copia del contratto prima della sua conclusione, la Banca d'Italia ha introdotto la gratuità⁸⁷ di quest'ultima e l'eliminazione dell'attestazione con cui il cliente dichiarava di avvalersi o meno di tale diritto.

Sempre occupandoci degli strumenti informativi, il precedente avviso sulla normativa di trasparenza è stato sostituito dall'attuale "Documento contenente i principali diritti del cliente" e il contenuto del foglio informativo è stato notevolmente semplificato⁸⁸: le parti riguardanti le informazioni sull'intermediario, le caratteristiche dei prodotti e le clausole contrattuali sono state infatti sensibilmente alleggerite. I rinnovamenti, come si vedrà nel proseguo, hanno colpito inoltre l'ISC ampliando le operazioni e i servizi a cui applicarlo.

Infine, ultima grande novità in materia di trasparenza bancaria è l'introduzione di principi di redazione e presentazione dei documenti. La Banca d'Italia si era resa conto che l'informazione offerta fino ad allora dagli intermediari era completa, ma spesso incomprensibile per il pubblico⁸⁹. Al fine di risolvere questo problema l'Autorità di vigilanza ha introdotto «*standard* minimi e generali di redazione» relativi alla sintassi e al lessico⁹⁰. Con riferimento ai documenti volutamente "indeterminati", essi devono presentare: criteri di impaginazione che garantiscano un elevato grado di leggibilità; una

⁸⁶ CAPOBIANCO E., LONGOBUCCO F., *op. cit.*, p. 14.

⁸⁷ Precedentemente era previsto il rimborso spese da parte del cliente che la richiedeva.

⁸⁸ MIRONE A., *op. cit.*, pp. 564-565.

⁸⁹ CAPOBIANCO E., LONGOBUCCO F., *op. cit.*, p. 16.

⁹⁰ In particolar modo si prevede l'utilizzo di frasi brevi e semplici e si preferisce l'utilizzo del modo indicativo, della forma attiva rispetto quella passiva e l'indicazione dei riferimenti normativi a fine frase e tra parentesi ecc.

struttura che assicuri un'esposizione logica delle informazioni; chiarezza lessicale graduata alla alfabetizzazione finanziaria della clientela e semplicità sintattica; coerenza tra canale comunicativo e presentazione delle informazioni⁹¹.

In conclusione, la Banca d'Italia ha allegato al provvedimento in esame alcuni modelli di documenti informativi redatti insieme ad alcuni esperti nel campo della comunicazione.

1.2.4 Il Provvedimento del 9 febbraio 2011 in materia di credito ai consumatori

Meritevole di una rapida analisi, ai fini di un confronto con le operazioni e i servizi bancari e finanziari, è l'informativa precontrattuale nel settore del credito ai consumatori. Anche in quest'ambito specifico tale fase particolarmente delicata richiede ampi doveri informativi al fine di tutelare il contraente debole nei rapporti con la banca. Come già accennato, Banca d'Italia con il Provvedimento del 9 febbraio 2011 ha variato le Istruzioni di vigilanza a seguito della modifica del Titolo VI, Capo II del t.u.b. attuata con il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141. Termina così il recepimento della direttiva 2008/48/CE che ha permesso di introdurre, con successive disposizioni interne, una nuova disciplina nei confronti di chi stipula un contratto di credito al consumo.

A livello di normativa primaria, l'art. 124, co. 1, t.u.b., individua due finalità⁹² degli obblighi precontrattuali: da un lato, la comparabilità fra le diverse offerte di credito, nel senso che il finanziatore deve sempre comunicare al consumatore le diverse alternative a sua disposizione allo scopo di consentirgli di fare una scelta consapevole; dall'altro lato, appunto, la consapevolezza del consumatore di giungere a una scelta con cognizione di causa. Inoltre il comma 5 del medesimo articolo dispone che il finanziatore per consentire al proprio interlocutore di valutare se il contratto proposto è adatto alle sue esigenze, offre adeguati chiarimenti⁹³. Attraverso disposizioni interne in materia di controlli e organizzazione, la Banca d'Italia ha previsto che tali chiarimenti devono essere forniti da persone specializzate e informate, possono essere offerti anche

⁹¹ CAPOBIANCO E., LONGOBUCCO F., *op. cit.*, p. 18.

⁹² MINTO A., *Il nuovo documento denominato «Informazioni europee di base» nell'ambito del rinnovato regime informativo nei contratti di credito ai consumatori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, I, p. 100.

⁹³ CAPOBIANCO E., LONGOBUCCO F., *op. cit.*, p. 23.

oralmente o mediante tecniche di comunicazione a distanza e devono rispondere ai quesiti del consumatore.

Sempre sotto il profilo della fase precontrattuale, riguardo gli strumenti di pubblicità l'art. 123 del t.u.b. definisce l'annuncio pubblicitario che deve riportare il tasso d'interesse, il costo totale del credito, il TAEG⁹⁴, l'esistenza di eventuali servizi accessori, la durata del contratto e l'importo totale del consumatore e quello delle singole rate. L'art. 124, co. 2, t.u.b. dispone invece che le informazioni fornite in fase precontrattuale al consumatore devono essere in forma cartacea e ogni informazione aggiuntiva deve essere allegata al documento principale. Tali informazioni devono essere procurate mediante un modulo, uniforme in tutta l'Unione Europea, denominato «Informazioni europee di base sul credito ai consumatori» equiparabile al documento di sintesi⁹⁵. Insieme a quest'ultimo deve essere consegnato gratuitamente una copia del contratto come disposto dal quarto comma. Infine, ad essere esclusi dagli obblighi precontrattuali sono i «fornitori di merci o prestatori di servizi che agiscono come intermediari del credito a titolo accessorio»⁹⁶.

Un'ultima novità rilevante prima della conclusione del contratto che caratterizza il credito al consumo è la verifica del merito creditizio disciplinato all'art. 124-*bis* del t.u.b.. Quest'ultimo sancisce per il finanziatore l'obbligo di valutare il merito creditizio o il cosiddetto *credit scoring* del consumatore, sulla base delle informazioni fornitegli o mediante la consultazione di una banca dati, applicando i metodi di monitoraggio del cliente previsti per garantire non solo la sana e prudente gestione del soggetto vigilato, ma anche per scongiurare il sovra-indebitamento del consumatore⁹⁷.

Come si può evidenziare, gli strumenti con cui si informa il cliente/consumatore durante la fase precontrattuale sono diversi a seconda se ci si trova di fronte a un contratto che

⁹⁴ Il TAEG, è comprensivo di tutti i costi, le spese e le commissioni ed indica in forma percentuale annua il costo totale del credito.

⁹⁵ Per un maggiore approfondimento sul tema si veda MINTO A., *op. cit.*, p. 98 ss.. Il Documento di sintesi (DDS) e il documento denominato «Informazioni europee di base sul credito ai consumatori» (IEB) hanno lo stesso ruolo informativo, ma si discostano sotto il profilo della struttura e dell'oggetto. Per l'intermediario, pur essendo libero di utilizzare un documento diverso rispetto allo schema proposto purché conforme a quanto previsto dalla normativa, l'Autorità di vigilanza predilige l'utilizzo dell'IEB.

⁹⁶ CAPOBIANCO E., LONGOBUCCO F., *op. cit.*, p. 25.

⁹⁷ CAPOBIANCO E., LONGOBUCCO F., *op. cit.*, p. 26.

ha per oggetto operazioni e servizi bancari e finanziari o un contratto di credito al consumo. La necessità di un valido regime informativo in entrambi i casi non è una mera esigenza, ma una priorità del sistema in cui operiamo.

1.3 GLI STRUMENTI DI PUBBLICITA' E INFORMATIVA PRECONTRATTUALE

1.3.1 Il documento contenente i principali diritti del cliente

Il documento contenente i principali diritti del cliente⁹⁸ viene esposto dalle banche nei locali aperti al pubblico e messo a disposizione della clientela. Esso segue degli schemi *standard* imposti dalla normativa e richiama gli aspetti che il cliente deve considerare sia nella fase precontrattuale, sia alla stipula del contratto, sia al momento della chiusura del rapporto contrattuale⁹⁹.

A disposizione della clientela sono state inoltre introdotte delle “Guide pratiche”¹⁰⁰ che illustrano in maniera semplice e comprensibile caratteristiche, funzionamento e costi di determinati prodotti e servizi. Attualmente la Banca d’Italia ne ha messe in circolazione tre inerenti:

⁹⁸ Cfr. Sezione II (pubblicità e informazione precontrattuale), paragrafo 1 del Provvedimento 29 luglio 2009.

⁹⁹ L’Allegato 2 individua i diritti del cliente sia nel caso di offerta presso lo sportello e fuori sede, sia nel caso di offerta attraverso tecniche di comunicazione a distanza. Elencando i principali diritti, nel primo caso si osserva che, il cliente prima di scegliere può avere a disposizione o ricevere una copia di questo documento e del foglio informativo con le caratteristiche di ciascun prodotto, ottenere gratuitamente una copia del contratto e/o del documento di sintesi senza nessun impegno per le parti, conoscere il TAEG ed esempi di ISC ed essere informato su come recedere senza spese entro 10 giorni lavorativi dalla conclusione. Prima della conclusione il cliente invece, deve prendere visione del documento di sintesi, stipulare il contratto in forma scritta (tranne nei casi previsti dalla legge), ricevere una copia del contratto firmato, osservare che non ci siano clausole sfavorevoli rispetto quelle presenti nel foglio e nel documento di sintesi e scegliere il canale di comunicazione con cui ricevere periodicamente le comunicazioni. Proseguendo durante il rapporto contrattuale, al cliente sono riconosciuti principalmente i seguenti diritti: ricevere comunicazioni sul rapporto almeno una volta all’anno, ricevere la proposta di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali da parte della banca e ottenere a proprie spese copie delle singole operazioni negli ultimi 10 anni. Alla chiusura, infine, si riconosce il diritto di recedere in ogni momento senza nessuna penalità e spese dai contratti a tempo indeterminato, di ottenere la chiusura dei contratti nei tempi indicati nel foglio informativo e di ricevere il rendiconto che attesta la chiusura del contratto. E’ inoltre indicata al termine del documento in questione, la facoltà di presentare un reclamo all’intermediario in caso di controversie sorte nelle diverse fasi del rapporto. Se l’offerta avviene attraverso tecniche di comunicazione a distanza, tranne qualche variante, i diritti del cliente sono i medesimi.

¹⁰⁰ Cfr. Allegato 3.

- i contratti di conto corrente ai consumatori;
- i mutui ipotecari offerti ai consumatori;
- i meccanismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie come disciplinato dall'art. 128 del t.u.b..

Esse quindi consentono al pubblico attraverso un'ampia illustrazione di comprendere la struttura, la funzionalità e le finalità dello strumento oggetto di analisi da parte della guida, allo scopo di eliminare qualsiasi dubbio insito nel cliente.

1.3.2 Il foglio informativo

Il foglio informativo¹⁰¹ è un documento datato che gli intermediari mettono a disposizione del cliente contenente «informazioni sull'intermediario, sulle condizioni e sulle principali caratteristiche dell'operazione e del servizio offerto». Il suo contenuto deve essere sempre aggiornato e coerente con il prodotto/servizio offerto in quel momento. E' quindi fondamentale per il cliente controllare sempre la data in modo tale da avere la conferma che sia l'ultimo.

Ad eccezione dell'utilizzo di tecniche di comunicazione a distanza, esso viene esposto nei locali aperti al pubblico e l'intermediario a tal fine potrà servirsi di apparecchiature tecnologiche. Anche se il suo contenuto è stato notevolmente ridimensionato con il provvedimento della Banca d'Italia del luglio 2009, il foglio informativo racchiude similmente a quanto già indicato nelle Istruzioni di vigilanza del 2003:

- le informazioni sulla banca e quindi: denominazione, iscrizioni in albi e/o registri, numero di telefono e fax, indirizzo della sede legale ed eventuale sito internet;
- le caratteristiche e rischi tipici dell'operazione: questo requisito si concretizza in una illustrazione degli eventuali rischi che il cliente può assumere;
- un elenco delle condizioni economiche e quindi degli oneri a carico del cliente, comprendente le spese connesse alle comunicazioni periodiche, all'istruttoria, alle penali, alle scritture contabili ecc;

¹⁰¹ Cfr. Sezione II (pubblicità e informazione precontrattuale), paragrafo 3.

- le clausole contrattuali: in questa sezione sono presenti tutte le clausole di carattere strettamente economico contenute nell'eventuale contratto, ma non solo. Rientrano anche il diritto di recesso del cliente e dell'intermediario, i mezzi di tutela stragiudiziale e i tempi massimi di chiusura del rapporto.

Per i prodotti che presentano diverse linee di servizio offerte (per esempio i conti correnti) è prevista la possibilità di presentare un unico foglio informativo.

Esso inoltre può racchiudere informazioni relative ai servizi accessori come per esempio la carta di debito accessoria al conto corrente e, se tale servizio è commercializzato individualmente, può essere predisposto un foglio informativo separato.

Se un'operazione presenta più voci di costo, queste sono espone in modo tale che per il cliente risulti chiaro il costo complessivo. Una copia di tale foglio informativo deve essere conservata dalla banca per almeno cinque anni.

Mentre il foglio informativo relativo al conto corrente riporta anche ulteriori requisiti minimi oltre a quelli già elencati (come il versamento iniziale di una somma, le valute sui versamenti e i prelievi, i termini di disponibilità delle somme accreditate ecc), quelli relativi alle operazioni di finanziamento indicano la possibilità per il cliente di consultare il Tasso Effettivo Globale Medio (TEGM)¹⁰² se l'intermediario se ne avvale.

Il foglio informativo riporta inoltre, al fine di fare chiarezza sulle varie voci di costo, le eventuali forme complesse di remunerazione degli affidamenti o degli sconfinamenti imposte ai clienti al dettaglio relative ai contratti, come la commissione di massimo scoperto¹⁰³.

¹⁰² Tale tasso è previsto dall'art. 2 della legge antiusura n. 108/96.

¹⁰³ La commissione di massimo scoperto è stata di recente nuovamente disciplinata dall'art. 6-bis del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, che ha introdotto nel t.u.b. l'art. 117-bis recante "remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti" in ambito di conto corrente e apertura di credito. La nuova norma ha inserito alcuni limiti alle banche nell'applicazione di tale commissione, si prevede infatti che il massimo scoperto:

- è l'unico onere che nei contratti di apertura di credito può essere addebitato al cliente;
- è calcolato in misura proporzionale alla somma che viene messa a disposizione del cliente, alla durata dell'affidamento e al tasso debitore applicato sugli importi utilizzati;
- prevede un'aliquota massima dello 0.5% trimestrale della somma messa a disposizione (tetto massimo).

A regolare tale materia è successivamente intervenuto il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, che con l'art. 27 ha affermato che «i contratti di apertura di credito e conto corrente in corso sono adeguati entro novanta giorni alle disposizioni di cui all'art. 117-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 [...]». Questa disposizione si è preoccupata quindi di introdurre dei chiarimenti in merito all'efficacia temporale dell'art. 117-bis, stabilendo da un lato che i contratti in corso devono essere

Il foglio informativo dei contratti di *leasing* finanziario sostituisce il tasso d'interesse con il tasso interno di attualizzazione che comporta l'uguaglianza tra il costo di acquisto del bene locato al netto delle imposte e il valore attuale dei canoni e del prezzo dell'opzione di acquisto finale sempre al netto delle imposte previste contrattualmente.

Con riferimento invece all'acquisto e alla vendita di valuta estera, il foglio in esame riporta il tasso di cambio presente in appositi cartelli esposti nei locali aperti al pubblico che indicano le condizioni attraverso le quali la banca effettua le operazioni di cambio.

Se il prodotto offerto dall'intermediario è composto si dovrà predisporre un unico foglio informativo comprendente tutte le componenti del prodotto e i relativi costi per il cliente.

Infine la Banca d'Italia, per agevolare il confronto fra i vari prodotti, ha previsto la predisposizione di schemi *standard* relativi al conto corrente e al mutuo ipotecario per i consumatori. Essi vengono redatti secondo un modello illustrato nell'Allegato 4 del Provvedimento del 2009. La Banca d'Italia si riserva la possibilità di standardizzare i fogli informativi relativi a servizi diversi da quest'ultimi.

Per concludere, per alcuni prodotti offerti ai clienti al dettaglio, è prevista l'introduzione di regole diverse per facilitare il cliente nel confronto fra le diverse condizioni economiche offerte dall'intermediario. In particolar modo, esiste il dovere per gli intermediari di predisporre oltre al classico foglio informativo, un ulteriore foglio comparativo relativo ai contratti di mutuo garantiti da ipoteca contenente informazioni sulle diverse tipologie di mutui.

1.3.3 L'annuncio pubblicitario

L'annuncio pubblicitario¹⁰⁴, che deve essere riconoscibile come tale, deve precisare:

- la propria natura avente finalità promozionale;

adeguati entro il termine, dall'altro invece fissando, per i nuovi rapporti contrattuali, la data del 28 dicembre come quella di decorrenza di tali norme. L'art. 27 ha però lasciato in sospese alcune questioni. L'ultimo intervento riguardante la commissione di massimo scoperto risale all'emanazione del d.l. 24 marzo 2012, n. 29 attraverso cui il Governo ha rimesso mano alla commissione di massimo scoperto stabilendo che la nullità di tale principio opera solo se le clausole sulle commissioni sono state stipulate in violazione dell'art. 117-*bis* t.u.b..

¹⁰⁴ Cfr. Sezione II (pubblicità e informazione precontrattuale), paragrafo 5.

- la necessità di fare riferimento ai fogli informativi per conoscere le condizioni economiche di un prodotto/servizio, indicando le modalità con cui questi vengono messi a disposizione della clientela;

Per le operazioni di finanziamento l'annuncio pubblicitario deve inoltre specificare il TAEG, indicando il periodo minimo di validità e cioè l'intervallo di tempo nel quale la banca applica le condizioni pubblicizzate.

1.3.4 La consegna di una copia del contratto

Il cliente in fase precontrattuale ha diritto di ottenere gratuitamente su sua richiesta una copia del contratto¹⁰⁵ che vorrebbe concludere con la banca. A sua scelta, può ricevere anche il solo documento di sintesi contenente le principali caratteristiche e condizioni del contratto. La consegna della copia avviene entro determinati tempi dalla richiesta.

Se l'eventuale contratto è di finanziamento, dato che è prevista a carico della banca la realizzazione di un'istruttoria per determinare le condizioni economiche, il cliente può scegliere tra due alternative:

- la consegna di una copia del contratto definitivo dietro però il pagamento di una somma pari alle spese di istruttoria, il cui ammontare massimo è indicato nel foglio informativo;
- la consegna gratuita di uno schema provvisorio di contratto privo però delle condizioni economiche e redatto in base alle informazioni disponibili in quel preciso momento.

Mentre per i contratti di mutuo ipotecario la copia del contratto è gratuita a partire da quando viene concordata la data di stipula presso il notaio, in tutti gli altri casi invece la consegna è sempre gratuita. La sua consegna inoltre non obbliga le parti alla stipula del contratto. Se le condizioni prima della conclusione di quest'ultimo vengono modificate dalla banca, questa deve informare il cliente e consegnargli, su sua richiesta, una nuova copia con le condizioni nel frattempo modificate.

Tutte le presenti disposizioni si applicano anche nel caso di offerta fuori sede.

¹⁰⁵ Cfr. Sezione II (pubblicità e informazione precontrattuale), paragrafo 6.

1.3.5 Il documento di sintesi¹⁰⁶

Come già analizzato precedentemente, questo documento normalmente costituisce il frontespizio del contratto riportando in maniera personalizzata, secondo quanto previsto dal contratto, tutte le condizioni economiche e contrattuali pubblicizzate nel foglio informativo mettendo così in risalto le più significative.

Esso può coincidere con il foglio informativo solo nel caso in cui l'operazione o il servizio non è personalizzabile e in questo caso il frontespizio del contratto è rappresentato dal foglio informativo. Il documento di sintesi relativo al conto corrente ai consumatori non riporta l'ISC. Infine, questo documento riporta il piano di ammortamento nel caso di contratti di mutuo a tasso fisso.

1.3.6 L'ISC (indicatore sintetico di costo)

L'ISC è un'informazione di costo cruciale riportata, dove previsto, sul foglio informativo e sul documento di sintesi, a cui il cliente deve prestare la massima attenzione.

Infatti, tra le condizioni economiche, in alternativa al TAEG¹⁰⁷ e limitatamente ad alcune operazioni e servizi, è previsto questo nuovo indicatore. Quest'ultimo è stato per la prima volta introdotto con la delibera del Cici del 2003 dove all'art. 9, co. 2, si affermava che «la Banca d'Italia individua le operazioni e i servizi per i quali, in ragione delle caratteristiche tecniche, gli intermediari sono obbligati a rendere noto un "Indicatore sintetico di costo" (ISC) comprensivo degli interessi e degli oneri che concorrono a determinare il costo effettivo dell'operazione per il cliente, secondo la formula stabilita dalla Banca d'Italia medesima».

¹⁰⁶ Cfr. Sezione II (pubblicità e informazione precontrattuale), paragrafo 7.

¹⁰⁷ Il TAEG è stato introdotto con l'art. 19 della legge del 19 febbraio 1992, n. 142. A seguito dell'abrogazione di tale legge, il TAEG è ora disciplinato nel t.u.b.. Il TAEG è un valore che esprime il costo totale del credito, attraverso un indicatore percentuale calcolato su base annua, a carico del consumatore e si caratterizza per il suo specifico ambito di applicazione oggettivo, cioè il credito al consumo, e soggettivo, cioè il cliente consumatore.

L'ISC quindi, analogamente al TAEG, informa indicativamente e comunque in misura massima il cliente sul costo complessivo del prodotto consentendo al soggetto di confrontare le diverse possibilità allo scopo di giungere ad una scelta migliore¹⁰⁸.

Inizialmente, le Istruzioni di vigilanza affermavano che tale indicatore era previsto solo per i mutui, per le anticipazioni bancarie e per “altri finanziamenti”. Con riferimento a quest'ultima espressione sono sorti alcuni dubbi interpretativi. In questa categoria rientrano sicuramente i prestiti personali e finalizzati, ad essere escluse sono invece le categorie di impieghi non citate presenti nell'elenco allegato alla delibera del Cici¹⁰⁹.

La Banca d'Italia, però, si è riservata la possibilità di incrementare le operazioni e i servizi soggetti a tale obbligo per tenere conto dell'evoluzione della prassi operativa. Tale aggiornamento arrivò con il Provvedimento del 2009 con cui Banca d'Italia aggiunse all'elenco i conti correnti destinati ai consumatori e le aperture di credito offerte ai clienti al dettaglio.

Per quanto riguarda invece i meccanismi di calcolo, mentre per i mutui, le aperture di credito, le anticipazioni bancarie e i contratti riconducibili ad “altri finanziamenti” l'ISC viene soprannominato TAEG e viene calcolato esattamente come quest'ultimo nell'ambito della disciplina del credito al consumo, per i contratti di conto corrente l'ISC viene calcolato secondo le modalità indicate nell'Allegato 5A del Provvedimento del 2009. Infine per le aperture di credito in conto corrente offerti al cliente al dettaglio, l'Allegato 5B prevede un ulteriore modalità di calcolo.

1.4 TECNICHE DI COMUNICAZIONE A DISTANZA E OFFERTA FUORI SEDE

La promozione di prodotti e servizi bancari avviene generalmente presso le sedi o gli sportelli della banca, ma può anche verificarsi il caso in cui gli intermediari vi provvedono o avvalendosi di soggetti esterni alla struttura organizzativa o utilizzando altri canali di comunicazione, per esempio Internet¹¹⁰. Nel primo caso si parla di offerta

¹⁰⁸ FABRIZI P. L., *op. cit.*, p. 50.

¹⁰⁹ FABRIZI P. L., *op. cit.*, p. 52.

¹¹⁰ Sul tema si legga URBANI A., *op. cit.*, pp. 766-767.

fuori sede, nel secondo di tecniche di comunicazione a distanza. In precedenza si è visto che se nel locale della banca c'è la presenza fisica e simultanea di un suo incaricato e del cliente (quindi anche nell'ipotesi di offerta fuori sede), quest'ultimo prima di concludere il contratto ha il diritto di ricevere tutti i documenti informativi (documento contenente i principali diritti del cliente, foglio informativo, guide) necessari per conoscere le caratteristiche delle offerte. In mancanza di un contatto diretto tra i due contraenti si vedrà che queste regole dovranno comunque essere rispettate, quindi qualunque sia la modalità prescelta dall'intermediario le disposizioni di trasparenza, con qualche variante, vanno sempre applicate.

La sezione V del Provvedimento del 2009 di Banca d'Italia è completamente dedicata alle tecniche di comunicazione a distanza, a differenza dei Provvedimenti del 2003 dove tale tema era solo trattato in modo sporadico in diverse sezioni. La sezione V si apre con l'individuazione da parte della Banca d'Italia dell'ambito di applicazione che riguarda la disciplina sull'informativa precontrattuale in caso di offerte a distanza. Vengono indicate in primo luogo le condizioni necessarie per capire quando quest'ultima configura un'attività svolta in Italia¹¹¹ ai sensi dell'art. 115 t.u.b., in secondo luogo, una volta definito questo, si distingue la disciplina a seconda se l'intermediario intrattiene rapporti con i consumatori o con soggetti diversi da questi. Se la banca si trova in tale

¹¹¹ Deve ricorrere una delle seguenti condizioni:

- a) l'intermediario esercita la propria attività nel territorio italiano, anche se il luogo dal quale il sito è accessibile o la tecnologia di supporto si trova in un altro Stato;
- b) l'offerta è rivolta a soggetti aventi sede o residenti in Italia, anche se l'attività dell'intermediario viene svolta anche parzialmente al di fuori del territorio italiano.

Per identificare se l'offerta è rivolta a un soggetto che ha sede o è residente in Italia, bisogna prendere in considerazione i seguenti criteri:

- il contenuto dell'offerta;
- il ricorrere di una delle seguenti circostanze: l'utilizzo della lingua italiana, riferimenti a indicatori o a situazioni relative all'Italia, l'operatività in Italia degli intermediari che possono dare seguito all'offerta, diffusione in Italia di informazioni pubblicitarie, l'utilizzo di motori di ricerca italiani per ricercare il sito;
- l'intermediario accetta ordini, presta servizi o invia informazioni a soggetti residenti o aventi sede in Italia.

L'offerta non è rivolta a soggetti residente o aventi sede in Italia quando ricorre uno o più dei seguenti requisiti:

- sul sito è esposto in evidenza che l'offerta è rivolta solo a soggetti aventi sede o residente in altri stati;
- l'intermediario utilizza procedure informatiche tese rifiutare richieste e adesioni provenienti da residenti o aventi sede in Italia;
- l'intermediario rifiuta richieste e adesioni provenienti da residenti o aventi sede in Italia.

circostanza e se ha a disposizione un sito internet, essa si impegna a tenere costantemente informato il cliente pubblicando sul suo sito tutti i documenti informativi visti¹¹².

Oltre al sito internet possono però essere utilizzate anche altre tecniche per far conoscere le caratteristiche dei prodotti. In tali casi, il documento generale denominato “Principali diritti del cliente”, le eventuali guide e i fogli informativi devono essere resi disponibili al cliente su supporto cartaceo prima che il soggetto sia vincolato da un contratto. Se come canale di comunicazione si utilizza invece la telefonia vocale, la banca all’inizio della conversazione ha l’obbligo di comunicare con il consenso del consumatore oltre alla sua identità e il fine della chiamata, informazioni riguardanti le caratteristiche e i costi del servizio, la possibilità o meno di recedere dal contratto e indicazioni su come reperire ulteriori informazioni utili. I fogli informativi e il documento di sintesi devono essere redatti come analizzato precedentemente e devono essere integrati di tutti i costi e gli oneri connessi al mezzo di comunicazione utilizzato.

Il testo contrattuale deve essere fornito al cliente in forma cartacea o mediante altro supporto durevole. Se il cliente conclude un contratto mediante una tecnica di comunicazione a distanza che non ha permesso la trasmissione degli strumenti informativi, la banca subito dopo la sua conclusione deve mettere a disposizione tali documenti.

In caso di offerta fuori sede, invece, il soggetto che entra in rapporto con il cliente deve consegnare prima che quest’ultimo sia vincolato dall’offerta stessa tutti i documenti informativi sopra esposti, tra cui il foglio informativo che deve riportare oltre alle informazioni sull’intermediario per conto del quale è svolta l’offerta fuori sede, anche i dati e la qualifica dell’individuo che contratta con il cliente (ad esempio dipendente, promotore finanziario, agente in attività finanziaria) e i relativi costi ed oneri derivanti da tale modalità di offerta.

¹¹² Sul tema si legga TORINO R., *Contratti finanziari conclusi tramite internet*, in AA.VV., *I contratti del mercato finanziario*, a cura di GABRIELLI E. e LENER R., I, Torino, 2004, p. 459 ss.

1.5 CONTROLLI E REQUISITI ORGANIZZATIVI

Riguardo ai controlli¹¹³ necessari per il rispetto delle norme di trasparenza bancaria, la norma primaria che se ne occupa è l'art. 128 del t.u.b.¹¹⁴ riformato dal d. lgs 141/2010, attraverso cui si attribuisce alla Banca d'Italia determinati poteri di vigilanza¹¹⁵. La Banca d'Italia, infatti, come dispone il primo comma «può acquisire informazioni, atti e documenti ed eseguire ispezioni presso le banche [...]» al fine di verificare il rispetto delle norme di trasparenza bancaria.

Le Istruzioni di vigilanza del 2009 alla sezione X dispongono inoltre che la Banca d'Italia per svolgere tali controlli nei confronti delle banche può servirsi anche della collaborazione del Corpo della guardia di finanza. Se la banca o l'intermediario utilizzano tecniche di comunicazione a distanza, questi devono comunicare l'indirizzo del sito internet eventualmente adottato.

L'inosservanza delle norme di trasparenza e correttezza in tema di pubblicità da parte delle banche comporta l'applicazione di sanzioni previste dall'art. 144 del t.u.b., secondo le procedure dettate dal successivo art. 145¹¹⁶. L'art. 144, infatti, prevede sanzioni amministrative pecuniarie in caso di violazione delle disposizioni del t.u.b. da parte degli operatori bancari¹¹⁷. In particolare, per la violazione dell'art. 116 del t.u.b. causata da soggetti che svolgono la funzione amministrativa o di direzione, nonché per i dipendenti, il terzo comma prevede una sanzione da euro 5160 a euro 64.555.

Sempre riguardo ai controlli, è fondamentale il nuovo art. 128 *ter* del t.u.b., che introduce misure inibitorie non solo per la violazione dei soli obblighi di pubblicità come previsto in precedenza all'art. 144, co. 5 (ora abrogato), ma esteso ad ogni

¹¹³ Sull'esistenza della sineddoche tra i concetti di “controllo” e “vigilanza” si legga URBANI A., *La vigilanza sui soggetti esercenti il credito ai consumatori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, I, p. 442 ss. dove si evidenzia come nel t.u.b. al Titolo V, Capo III, non si usa mai il termine “vigilanza”, ma l'espressione “controlli”. Con quest'ultima ci si riferisce a una serie di verifiche a posteriori sul rispetto delle norme, “vigilanza” invece è un concetto più ampio che non ha solo un fine prudenziale, ma anche preventivo. Con riferimento alle operazioni e servizi bancari quindi il legislatore parla di controlli, ma in realtà attribuisce alle Autorità di settore dei veri e propri poteri di vigilanza.

¹¹⁴ Nell'ambito della disciplina previgente i controlli erano trattati all'art. 9, co. 5, l. n. 154/1992.

¹¹⁵ GRECO G. L., commento *sub* art. 128, in AA.VV., *Testo unico bancario. Commentario, cit.*, pp. 1133-1134.

¹¹⁶ LETTIERI M., *op. cit.*, p. 77.

¹¹⁷ GALANTINO C., commento *sub* art. 144, in AA.VV., *Testo unico bancario. Commentario, cit.*, p. 1284.

disposizione del Titolo VI. L'irrogazione di queste misure inibitorie ora spetta esclusivamente alla Banca d'Italia. Tra le misure individuate dalla norma in esame rientra:

- il potere di arrestare la continuità dell'attività anche limitatamente a singole aree o sedi secondarie e ordinare la restituzione delle somme indebitamente percepite;
- il potere di inibire specifiche forme di offerta e promozione o conclusione di contratti;
- il potere di sospendere in via provvisoria l'attività per un periodo non superiore a 90 giorni in caso di condizioni di particolare urgenza;
- il potere di ordinare la pubblicazione dei provvedimenti inibitori nel Bollettino di Vigilanza della Banca d'Italia e di disporre altre forme di pubblicazione.

E' da notare inoltre il fatto che tali misure inibitorie scattano nel caso di "irregolarità" a differenza per esempio dell'art. 144, co. 3, che parla invece di "inosservanza" delle norme di legge o regolamentari¹¹⁸. Questo sta a significare che le misure inibitorie possono avere una funzione preventiva cioè si possono applicare anche quando non sussistono i presupposti per attivare le sanzioni viste¹¹⁹.

Trattando ora i requisiti organizzativi, il Provvedimento del 2009 ha introdotto *ex novo* la sezione XI allo scopo di attuare meglio la disciplina di trasparenza e di controllare i rischi di natura legale e reputazionale. Tale disciplina si applica esclusivamente alle attività aventi per oggetto operazioni e servizi di cui al Titolo VI del t.u.b. svolte nei confronti dei clienti al dettaglio¹²⁰. In questa sezione, la Banca d'Italia non espone delle

¹¹⁸ I termini "irregolarità" e "inosservanza" sono due concetti vicini tra di loro, ma a sua volta diversi. La nozione di irregolarità rispetto a quella di inosservanza, è un concetto più ampio che ricomprende un ventaglio vasto di casi: con questo termine si fa riferimento ad atti, fatti, comportamenti che non seguono i principi generali della sana e prudente gestione della banca, non sfociando però in una vera e propria violazione di legge. L'inosservanza invece è un concetto più limitato e consiste in una mancata ottemperanza delle norme di legge. Questi due termini sono presenti anche nel t.u.f. con riferimento ai provvedimenti ingiuntivi e alla disciplina delle crisi contenuta nel Titolo IV a partire dall'art. 51. In particolare l'art. 54 tratta l'inosservanza, mentre gli artt. 56 e 57 che si occupano rispettivamente dell'amministrazione straordinaria e della liquidazione coatta amministrativa parlano di gravi irregolarità o semplicemente di irregolarità.

¹¹⁹ GRECO G. L., commento *sub* art. 128 *ter*, in AA.VV., *Testo unico bancario. Commentario. Addenda di aggiornamento ai d.lgs. 141/2010 e 218/2010, cit.*, p. 117.

¹²⁰ CAPOBIANCO E., LONGOBUCCO F., *op. cit.*, p. 19.

linee guida applicative, ma mette in evidenza principi di carattere generale relativi ai vari momenti in cui il rapporto negoziale tra banca e cliente si sviluppa.

In particolar modo, si può osservare come le banche, nel momento genetico del prodotto o del servizio, devono adottare procedure interne volte a consentire al cliente la comprensibilità della struttura, delle caratteristiche e dei rischi dei prodotti offerti e la valutazione nei contratti, di forme complesse di remunerazione degli affidamenti o degli sconfinamenti. Procedure interne sono previste anche per garantire la trasparenza e la correttezza nella commercializzazione dei prodotti, offrendo:

- documenti informativi completi, chiari e accessibili al cliente;
- la certezza per il cliente di essere indirizzato dalla banca verso prodotti adatti alle sue esigenze finanziarie. Le banche infatti devono valutare la coerenza tra il profilo del cliente e i prodotti offerti;
- la sicurezza per il cliente di avere a che fare con soggetti sempre adeguatamente informati e aggiornati.

Tralasciando le altre procedure interne adottate dalla banca, l'ultima parte di tale sezione è invece dedicata alla gestione dei reclami a cui Banca d'Italia attribuisce molta importanza ai fini della riduzione della conflittualità con la clientela. In questo caso, l'inosservanza delle disposizioni della presente sezione comporta sanzioni amministrative pecuniarie dettate dall'art. 144, co. 1, t.u.b., secondo le procedure definite dal successivo art. 145.

1.6 I RECLAMI IN FASE PRECONTRATTUALE: IL RUOLO DELL'ARBITRO BANCARIO E FINANZIARIO

Trattando ora il tema dei reclami, l'art. 128 *bis*, co. 1, del t.u.b.¹²¹ prevede per i soggetti indicati al precedente art. 115 e quindi anche per le banche, l'obbligo di aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale senza però specificarne la tipologia¹²². Il secondo comma, invece, attribuisce al Cicer il potere di determinare su proposta della Banca

¹²¹ Tale articolo è stato introdotto dalla legge sulla tutela del risparmio n. 262 del 2005.

¹²² Si tratta di un obbligo generico che poteva essere ottemperato aderendo a sistemi già esistenti come l'*Ombudsman* bancario e finanziario.

d'Italia i criteri che le procedure devono seguire per la soluzione delle controversie e la composizione dell'organo decidente. Il Cici si è servito di questa riserva emanando la delibera del 29 luglio 2008, n. 275¹²³ attraverso la quale, oltre a fissare i criteri stabiliti dal secondo comma dell'art. 128 *bis*, ha attribuito alla Banca d'Italia il compito di emanare delle disposizioni applicative¹²⁴. Quest'ultime sono state ottemperate con le successive disposizioni del 18 giugno 2009 che hanno trasformato l'obbligo generico delle banche di aderire a questi sistemi, nell'obbligo specifico di partecipare all'Arbitro Bancario Finanziario (ABF)¹²⁵. L'inosservanza di tale obbligo prevede l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie.

L'ABF, operante dal 15 ottobre 2009 presso tre Collegi situati a Milano, Roma e Napoli, consente ai clienti che non sono riusciti a trovare una soluzione alle proprie richieste mediante l'Ufficio reclami predisposto presso ogni banca, di trovare un modo rapido e semplice per risolvere la controversia¹²⁶.

L'ABF, strumento di tutela del settore bancario e finanziario, appartiene alla categoria dei sistemi ADR (*Alternative Dispute Resolution*) termine utilizzato per definire a livello internazionale i sistemi di risoluzione stragiudiziale e la sua introduzione ha incentivato il rispetto delle regole di trasparenza e di correttezza tra banca e cliente.

Tralasciando la sua composizione e il suo funzionamento, questo organismo decide sulle controversie inerenti le operazioni e i servizi bancari e finanziari purché l'importo richiesto non superi i 100.000 euro. Le operazioni contestate devono inoltre essere successive al 1 gennaio 2007. Non rientrano invece nella competenza dell'ABF le controversie riguardanti le attività e i servizi d'investimento e tutte le altre fattispecie non assoggettate al Titolo VI del t.u.b.. In tal caso per la violazione di regole di informazione, correttezza e trasparenza ci si rivolge alla "Camera di conciliazione e arbitrato" istituita dalla Consob.

¹²³ Pubblicata nella G.U. il 22 settembre 2008, n. 222.

¹²⁴ LA TORRE M. R., *op. cit.*, p. 256.

¹²⁵ Anche se il suo nome contiene la parola "arbitro", l'ABF non deve essere confuso con l'arbitro disciplinato nel codice di procedura civile.

¹²⁶ Come già visto questo diritto spettante al cliente viene indicato non solo nel "documento contenente i principali diritti del cliente", ma viene riportato anche nel foglio informativo.

Fondamentale ai fini del presente lavoro è occuparsi della legittimazione attiva che presenta spunti per alcune riflessioni. Innanzitutto occorre osservare come il ricorso a queste soluzioni sia riservato esclusivamente alla clientela delle banche e degli intermediari finanziari e non sia assegnato anche a quest'ultimi. Ma meritevole di trattazione è soprattutto la definizione di "cliente" fornita dalla disciplina attuativa emanata da Banca d'Italia che ha posto dei problemi interpretativi. Inizialmente rientrava in questa nozione «il soggetto che ha o ha avuto con un intermediario un rapporto contrattuale avente ad oggetto la prestazione di servizi bancari e finanziari, ivi compresi i servizi di pagamento»¹²⁷. Questa definizione sembra a prima vista escludere la fase precontrattuale, per tale motivo sin dalle prime decisioni si era preferito estendere la nozione di cliente anche alle trattative che rivestono un ruolo indiscutibile in tema di buona fede e trasparenza¹²⁸.

In altre parole, per "cliente" si intende non solo colui che ha un rapporto contrattuale in essere, ma anche quello che intende entrare in relazione con la banca o con l'intermediario finanziario¹²⁹. Abbiamo visto infatti che prima della conclusione del contratto il cliente ha il diritto di ricevere una copia completa del contratto, facendo così emergere che il concetto di cliente va ben oltre l'esistenza di un rapporto contrattuale. La *ratio* di questa scelta interpretativa era quindi quella di non lasciare scoperta la tutela del cliente in fase precontrattuale.

Recentemente, il 12 dicembre 2011, Banca d'Italia ha però emanato le nuove "Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari"¹³⁰ che hanno apportato alcune modifiche al funzionamento dell'ABF per tener conto dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 28/2010 sulla mediazione in materia civile e commerciale. Tra le numerose novità in materia, è fondamentale l'intervento relativo all'ambito di applicazione oggettivo della disciplina,

¹²⁷ BANCA D'ITALIA, *op. cit.*, p. 35.

¹²⁸ Questa esigenza è stata recepita nei "Chiarimenti su questioni applicative della disciplina" pubblicati nel sito ufficiale dell'ABF e della Banca d'Italia nel gennaio 2010, in cui si affermava che: «le disposizioni in materia di ABF devono essere intese nel senso che l'Organo decidente può conoscere anche le controversie riguardanti le trattative precontrattuali – tra cui in particolare quelle concernenti il rispetto delle norme in materia di trasparenza – indipendentemente dall'effettiva conclusione del contratto».

¹²⁹ BANCA D'ITALIA, *op. cit.*, p. 36.

¹³⁰ Pubblicate nella G. U. del 19 dicembre 2011, n. 294.

chiarendo che l'ABF può operare anche con riferimento a questioni sorte in fase precontrattuale, in linea con quanto già reso noto nel sito web dell' ABF nei "Chiarimenti su questioni applicative della disciplina" del gennaio 2010.

In particolar modo, ad essere stata modificata è stata proprio la nozione di "cliente" ora ricomprensente « il soggetto che ha o ha avuto un rapporto contrattuale o è entrato in relazione con un intermediario [...]». Questa nuova nozione indica quindi apertamente che a rivolgersi all'ABF sono anche coloro che sono semplicemente entrati in relazione con un intermediario per la prestazione di servizi bancari e finanziari.

1.7 IL COSTO DELL' INFORMAZIONE BANCARIA

La normativa sulla trasparenza bancaria - al di là delle sue finalità - consiste più che altro in una sorta di informazione imposta *ex lege*, non essendo lasciata alla libera negoziazione delle parti, ma anzi già prefissata nelle forme¹³¹. L'informazione è imposta soprattutto dal punto di vista della banca che deve sempre fornire al cliente informazioni chiare, veritiere e complete.

Naturalmente l'attività informativa comporta un costo "fisso" che però è sicuramente inferiore ai benefici ottenuti, consistenti nella maggiore tutela della parte debole e nel miglior funzionamento del mercato¹³².

E' quindi fondamentale occuparsi dei principali costi dell'informazione bancaria. Innanzitutto si parla di un "costo di produzione" dell'informazione per la banca: anche se il cliente prima di stipulare qualsiasi contratto deve fornire e documentare determinate informazioni, esponendosi a costi di mancata o errata informazione misurabili in termini di responsabilità, in realtà l'informazione imposta dalla legge è soprattutto quella che grava sulla banca, in quanto la sua attività consiste anche nell'annotare, nel documentare e nel registrare. Si tratta comunque di informazioni di cui la banca dispone già e che non deve quindi procurarsi *ex novo*. Quindi il solo costo considerato addebitabile per legge non consiste in quello di produzione

¹³¹ SCIUTO M., *Il costo dell'informazione bancaria*, in *Dir. banc.*, 2011, I, p. 599.

¹³² SCIUTO M., *op. cit.*, p. 600.

dell'informazione, ma più che altro nel costo per la sua materiale elaborazione e comunicazione¹³³.

Ma per la banca non sostenere i costi di produzione dell'informazione non rappresenta un vantaggio economico, in quanto essa, in tale ipotesi, deve affrontare un ulteriore costo, più pesante del primo, che è dato dal "costo di non informazione" o di "disinformazione". Basta pensare alle conseguenze¹³⁴ che questa può comportare se la disinformazione riguarda la fase di pubblicità o quella precontrattuale.

Ad aggiungersi ai costi appena citati, c'è un ultimo nuovo costo relativo alla valutazione degli stessi. La loro misurazione è imposta per legge: infatti è proprio la normativa primaria che, con l'art. 127 del t.u.b., riconosce alla Banca d'Italia poteri regolamentari in materia di organizzazione interna funzionale alla trasparenza, gettando così le basi per una normativa secondaria che impone alle banche di dotarsi di particolari procedure per il calcolo dei costi informativi effettivamente sostenuti¹³⁵. Altrimenti, la disposizione all'art. 127 t.u.b., che prevede l'addebito al cliente di spese informative relative ai soli costi realmente sostenuti dalla banca, sarebbe solo una prescrizione di puro manifesto. Un principio fondamentale che può essere applicato a tutta la disciplina della trasparenza bancaria è quello dell'onere della prova a carico della banca. E' infatti quest'ultima che deve provare di aver adempiuto, soprattutto in fase precontrattuale, a tutti gli obblighi di trasparenza bancaria.

Ora però è necessario affrontare una questione simmetrica: il costo dell'informazione per il cliente. Si è visto sopra che il prezzo addebitabile al soggetto in questione non deve superare i costi effettivamente sostenuti dalla banca, ma quand'è che questo prezzo viene pagato dal cliente?

Occupandoci della fase precontrattuale, sebbene nel momento in esame le informazioni vengono rese gratuitamente al cliente, in realtà se ciò comporta un costo per la banca quest'ultima lo includerà tra i costi di gestione che poi verranno spalmati tra i costi di

¹³³ SCIUTO M., *op. cit.*, p. 601.

¹³⁴ Innanzitutto la disinformazione può comportare per la banca costi legali: se quest'ultima non informa o lo fa in modo non corretto, il cliente per esempio può rivolgersi all'ABF e ottenere un risarcimento danni. Ma non solo, la disinformazione può anche comportare una perdita di fiducia dei clienti nei confronti dell'intermediario: non informando adeguatamente la banca danneggia la sua immagine subendo così delle conseguenze a livello di immagine.

¹³⁵ SCIUTO M., *op. cit.*, p. 602.

servizio a carico della clientela¹³⁶. Questi costi quindi vengono sempre sostenuti dal cliente anche se quest'ultimo è già informato. In questo caso, per esempio, egli può fare anche a meno della guida informativa ma, nonostante questo, il cliente si ritroverà comunque in via indiretta a sostenere dei costi per l'informazione offertagli.

¹³⁶ SCIUTO M., *op. cit.*, p. 604.

Capitolo 2

LA RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE

2.1 INTRODUZIONE

La tematica della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale è fra le più importanti nella giurisprudenza italiana. Ai fini del presente lavoro, trattando la fase anteriore la stipula di un contratto, l'attenzione sarà soprattutto soffermata sulla responsabilità precontrattuale nei contratti bancari. Per quest'ultimi, mancando norme *ad hoc* che si occupano di questo argomento, trovano applicazione le regole presenti nel diritto comune relative ai contratti in generale¹.

Dopo una breve analisi sulla natura della responsabilità precontrattuale e sulla sua interpretazione a livello europeo, utili per avere un quadro generale sul tema, verrà analizzato il contenuto dell'art. 1337 del c.c., dove indirettamente si rinviene per le banche il dovere di rispettare i principi di trasparenza. Abbiamo visto, infatti, che la trasparenza bancaria prevede che la banca è tenuta a far conoscere al proprio cliente, prima della conclusione del contratto, tutte le condizioni economiche.

Per comprendere meglio il significato di quanto annunciato nel capitolo precedente, può essere utile un raffronto con i principi presenti nel diritto comune e in particolare con il già citato art. 1337² che prevede a livello generale per tutti i tipi di contratto e quindi anche per quello bancario, un obbligo di buona fede a carico delle parti nella sua conclusione³. Si tratta di un dovere generico che grava su entrambi i contraenti e quindi in ambito bancario sulla banca e sul cliente.

Il principio di buona fede dettato dall'articolo in esame non definisce il contenuto dei comportamenti che le parti devono adottare durante le trattative in quanto questi devono

¹ LIACE G., *La responsabilità civile della banca*, Milano, 2003, p. 3.

² Tale norma dispone che: «le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede».

³ LIACE G., *op. cit.*, p. 31.

essere concretamente valutati caso per caso, ma fissa comunque un dovere di correttezza.

Quindi sia il cliente che la banca durante la fase anteriore la stipula di un contratto devono comportarsi adeguatamente. In particolar modo con riferimento al settore bancario tanto la giurisprudenza quanto la dottrina ritengono che il banchiere deve operare con diligenza professionale, disciplinata dall'art. 1176 del c.c., che si distingue da quella del buon padre di famiglia. Se la prestazione riguarda l'esercizio di un'attività professionale, infatti, la diligenza deve essere valutata con riguardo alla natura dell'attività definendo così non una diligenza generica dell'uomo medio, ma specifica all'attività svolta. Essa trova applicazione all'interno delle banche non solo con riferimento ad ogni tipo di atto od operazione, ma anche con riferimento ai contratti bancari ed in particolare durante la fase precontrattuale. Il banchiere, infatti, in fase di trattativa deve sempre fornire al cliente informazioni comprensibili e corrette secondo le modalità esaminate. Se tali obblighi informativi non vengono rispettati dalla banca, essa sarà chiamata a rispondere per il risarcimento dei danni in quanto si ipotizza un'inosservanza del canone di buona fede che da luogo a responsabilità precontrattuale. Una responsabilità di questo tipo può emergere non solo durante le trattative, ma anche una volta concluso un contratto in seguito alla violazione dell'art. 1338 del c.c. che «impone alla parte, che conosca o debba conoscere una clausola di invalidità del contratto, di darne notizia all'altra parte». L'articolo in esame sancisce quindi un obbligo specifico per il cliente e la banca, di comunicazione delle cause di invalidità ponendo poi il problema di definire se il negozio giuridico è nullo, annullabile o inefficace⁴. Anche in questo caso è previsto a favore del danneggiato un risarcimento danni.

Una volta terminata l'analisi sulla responsabilità precontrattuale sia nel caso di mancata conclusione di un contratto bancario, sia nel caso inverso, l'attenzione sarà poi soffermata sul tema del danno risarcibile.

Infine, nella parte finale del presente capitolo è stata approfondita una fattispecie particolare: il comportamento scorretto di un contraente, nella fase precedente la stipula

⁴ STELLA RICHTER G., *La responsabilità precontrattuale*, Torino, 1996, p. 68.

di un contratto, può essere dovuto ad un vizio del consenso. In questi casi si pone il problema di definire la relazione tra risarcimento danni e annullamento del contratto. Quest'ultimo può essere richiesto in caso di errore o dolo.

2.2 LA RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE NELL'ESPERIENZA EUROPEA

Il principio generale secondo cui le parti devono adottare durante la fase delle trattative un comportamento corretto è stato accolto ormai in tutti gli ordinamenti giuridici moderni e rappresenta uno dei mezzi più importanti per fornire un'interpretazione «solidaristica» dei rapporti di diritto privato⁵. Basta pensare alla formula del «contratto sociale», non ancora ben definibile nonostante sia di antica data, al quale si attribuisce il valore di schema sistematico per definire la figura della *culpa in contrahendo*. La natura di quest'ultima, che verrà analizzata successivamente, è oggetto ancora oggi di molte discussioni in quanto alcuni affermano che rientri nell'ambito della responsabilità contrattuale, altri invece in quella extracontrattuale. Questo principio viene adottato con tecniche differenti nei diversi ordinamenti giuridici europei.

Secondo lo studioso Bennati quest'ultimi:

«presentano rilevanti diversità in ordine alla fonte di tale principio. Mentre in alcuni sistemi, come ad esempio il nostro, esso è previsto da una norma generale (art. 1337 c.c.), in altri (ad esempio, Germania, Svizzera, Francia), invece, viene fondato su una regola di formazione dottrinale o giurisprudenziale, essendosi il legislatore limitatosi a disciplinare solo talune ipotesi di *culpa in contrahendo*»⁶.

La mancanza negli ordinamenti di *Common Law* e di gran parte di quelli di *Civil Law* di norme analoghe agli articoli 1337 e 1338 del codice civile italiano, ha reso ardua l'individuazione a livello europeo di una regola generale quale quella della buona fede contrattuale⁷. In questi Paesi però sia la dottrina che la giurisprudenza anche se con molte difficoltà, si stanno evolvendo ricercando nuove regole operative. E' ora

⁵ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *La responsabilità precontrattuale*², Padova, 2007, p. 2.

⁶ Cfr BENNATI F., *Culpa in contrahendo*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 287.

⁷ Sul punto SAPONE N., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 2008, p. 3 ss.

fondamentale analizzare, nei diversi sistemi giuridici, le varie posizioni assunte in materia di responsabilità precontrattuale osservando come esse si siano influenzate reciprocamente.

Innanzitutto, la “scoperta” della responsabilità precontrattuale la si fa risalire allo scritto di Jhering “*Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichttügen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*” del 1861. Quest’opera non ebbe alcuna influenza né sul legislatore italiano del 1865 che non inserì nel codice civile alcuna clausola generale, né sulla dottrina che sorvolò su questo tema individuando solo alcune ipotesi di responsabilità precontrattuale⁸. Questo atteggiamento di indifferenza lo si poteva riscontrare anche in ambito francese. Lo scritto di Jhering non influenzò nemmeno gli ordinamenti di *Common Law* dove, come si vedrà, vige una regola molto particolare durante la fase delle trattative.

Oggi invece tutti gli ordinamenti europei, anche se con tecniche diverse fra loro, riconoscono la responsabilità precontrattuale. Ora si procede dunque ad una breve analisi di quest’ultima rispettivamente nell’ordinamento francese, tedesco, nei Paesi di *Common Law* e naturalmente in ambito italiano.

2.2.1 Il modello francese

In Francia, rispetto ad altri Paesi, il tema della *culpa in contrahendo* non è stata oggetto di ricche argomentazioni anche in considerazione del fatto che il *code civil* non contiene alcun articolo specifico con riferimento a questo argomento e la dottrina ha trattato solo marginalmente in alcune opere la responsabilità precontrattuale occupandosi maggiormente della sua natura giuridica e degli effetti dei *pourparlers*. Anche se apparentemente questo tema sembra quindi trascurato, il *code civil* è comunque ricco di numerosi spunti di riflessione.

Sia in Francia che in Svizzera, si era diffuso il timore che la responsabilità precontrattuale potesse creare aporie nel sistema, ridimensionando il ruolo della libera volontà dei contraenti che rappresentava il principio fondamentale su cui, secondo i francesi, si reggeva l’intera materia, consentendo in qualsiasi momento alle parti di

⁸ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 3.

recedere dal contratto. Per questo motivo, dottrina e giurisprudenza ricercarono soluzioni alternative per punire coloro che si comportavano scorrettamente durante la fase anteriore la stipula di un contratto⁹. Tale responsabilità incominciò a svilupparsi quindi intorno alla figura di illecito aquiliano e in particolare nella fattispecie di rottura ingiustificata delle trattative.

La dottrina, soprattutto Carbonnier, riteneva che la fase delle trattative creasse solo obblighi comportamentali tra cui l'astenersi da manovre sleali e l'informarsi sulle circostanze contrattuali, senza implicare nessun impegno per le parti alla conclusione del futuro contratto. La rottura ingiustificata delle trattative è sempre stata qualificata dalla più autorevole dottrina francese come una responsabilità extracontrattuale, in quanto una qualificazione diversa doveva fondarsi sull'esistenza di un finto rapporto tacito fra le parti in realtà inesistente. La sua natura aquiliana è stata poi anche confermata dall'art. 1382 del *code civil* che tratta la responsabilità da fatto illecito¹⁰.

Il giurista francese, quindi, in caso di responsabilità precontrattuale inizialmente dovrà indagare sul danno che deve essere certo, poi studierà il comportamento adottato dalle parti che deve essere quello del buon padre di famiglia ed infine analizzerà l'esistenza di un nesso di causalità. In mancanza di un legame tra danno e fatto illecito non si potrà riconoscere alcun risarcimento. Emerge quindi come il giurista francese tratti la responsabilità precontrattuale alla stregua di un qualsiasi fatto illecito¹¹.

2.2.2 Il modello tedesco

In Germania anche se il BGB (codice civile tedesco) non ha individuato un principio generale di *culpa in contrahendo*, ignorando il problema del giustificato recesso delle trattative, esistono comunque numerose norme che trattano la responsabilità in fase precontrattuale.

A differenza della teoria francese, in Germania colui che revoca una proposta ha degli obblighi contrattuali derivanti dalla legge nei confronti dell'altra parte, individuando così nel caso di *culpa in contrahendo* una responsabilità contrattuale. L'affidamento di

⁹ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 4.

¹⁰ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 10.

¹¹ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 11.

chi riceve una dichiarazione di volontà viene in tal caso tutelato facendo venir meno quell'idea di libertà contrattuale tipica dei francesi. Durante le trattative tra le parti sorge infatti un rapporto di fiducia riconducibile quasi ad un rapporto di natura contrattuale da cui derivano obblighi reciproci di buona fede e correttezza.

Inizialmente parte della dottrina e la giurisprudenza non volevano teorizzare il concetto di *culpa in contrahendo* e sulla scia francese adottarono un approccio aquiliano. Successivamente alcuni esponenti della dottrina, influenzati dalle teorie di Jhering¹², hanno individuato una responsabilità precontrattuale ma solo nel caso di contratto concluso. Questa soluzione però escludeva tutte le ipotesi rientranti nei casi di mancata conclusione di un contratto.

Ciò spinse quindi la giurisprudenza ad orientarsi verso quelle soluzioni che vedevano nelle trattative, il sorgere di un rapporto tra le parti fonte di obblighi, la cui violazione comportava responsabilità. In una sentenza si affermò infatti che: «La trattativa – a prescindere dal suo esito – determina una situazione nella quale ciascuna delle parti è al tempo stesso vincolata a doveri di correttezza e tutelata contro le conseguenze del contegno scorretto altrui»¹³.

Le sentenze successive hanno poi evidenziato in fase precontrattuale l'emergere di un rapporto di affidamento fonte di responsabilità contrattuale in caso di comportamenti scorretti fra le parti.

L'ordinamento tedesco ha quindi deciso di far rientrare la *culpa in contrahendo* nell'ambito della sfera contrattuale perché altrimenti certi illeciti sarebbero stati impuniti a causa del rigido regime tedesco che non estende la responsabilità extracontrattuale a fatti non espressamente previsti, escludendo quindi quelli in fase precontrattuale¹⁴.

2.2.3 Il modello nei Paesi di *Common Law*

I Paesi di *Common Law*, invece, non condivisero né la visione francese, né quella tedesca. In tal caso, l'idea alla base della teoria del contratto era quella di garantire la

¹² Tale teoria viene trattata successivamente al paragrafo 2.2.4.

¹³ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 19.

¹⁴ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 5.

“sicurezza della transazione”. Per questo particolare atteggiamento sia i Paesi nordamericani che quelli anglosassoni si caratterizzarono per delle vedute peculiari sulla libertà contrattuale e sul fallimento delle trattative.

L’affermazione negli ultimi anni del principio di buona fede in fase precontrattuale ha determinato un rovesciamento dell’idea tradizionale che considerava la libertà contrattuale delle parti, consistente anche nella libertà di sciogliersi dal contratto, come un vero e proprio dogma espressione della cosiddetta *sanctity of contract*¹⁵.

La *culpa in contrahendo* incominciò ad essere percepita come necessaria per proteggere le aspettative del contraente debole. Inizialmente durante le trattative c’era la massima libertà per le parti di informare sul proprio comportamento, non sembrava quindi esserci spazio per una responsabilità precontrattuale a causa della riluttanza del sistema di individuare un dovere reciproco di correttezza durante le trattative. Recentemente però, dopo attente analisi, è stata introdotta una regola di comportamento basata sulla buona fede (*good faith*).

Ad occuparsi del problema sono stati in particolar modo alcuni autori europei a dimostrare l’influenza che i modelli normativi europei, assai diversi tra loro, hanno avuto sui Paesi di *Common Law*.

In principio, i giuristi anglosassoni ricorrevano all’istituto della “*Promissory estoppel*” (trattato nel prosieguo) per tutelare colui che aveva fatto affidamento su un’apparente situazione¹⁶. Ma negli ultimi anni alcuni fattori hanno stravolto i principi alla base dei contratti tra cui si ricorda la contrattazione collettiva, la standardizzazione dei contratti e l’affermazione del contratto come aspetto di politica economico-sociale, determinando così anche un’evoluzione degli strumenti per risolvere i casi di *precontractual liability*¹⁷.

Anche i Paesi di *Common Law*, quindi, si adeguarono introducendo regole di correttezza alla base dei comportamenti adottati durante le trattative da parte dei contraenti. A disposizione dei giuristi furono così messi nuovi strumenti, tutti influenzati dal principio di *good faith*, utili per trovare una o più soluzioni a tutti quei

¹⁵ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 29.

¹⁶ Per maggiori informazioni si veda DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 30.

¹⁷ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 31.

casi di responsabilità in fase precontrattuale, offrendo una spiegazione più puntuale rispetto alle regole continentali. A differenza dei giudici continentali che risolvono i casi confrontando la fattispecie con la specifica norma di buona fede e correttezza, i giudici anglosassoni invece, indipendentemente dalla presenza di un specifico principio, esprimono il proprio giudizio sulla base del contesto sociale, della personalità dei contraenti coinvolti ecc.

Analizzando ora brevemente i vari strumenti a disposizione dei giuristi anglosassoni, si può osservare come alcuni trovino origine nella *law of contracts*, altri invece nella *law of torts* (come il già citato *promissory estoppel*)¹⁸. Nella prima categoria rientrano:

- la *preliminary negotiations* secondo la quale più la trattativa è in uno stadio avanzato, più è difficile recedere senza un giustificato motivo. Questa è la regola base da tenere in considerazione quando si intende iniziare una trattativa contrattuale;
- le *implied warranties* che hanno introdotto il dovere di informare la controparte debole sull'oggetto del contratto, determinando così l'eliminazione della regola del *caveat emptor* secondo la quale non esiste questo obbligo informativo a tutela del più debole. Inizialmente solo per alcuni tipi di contratti erano previsti specifici obblighi di *disclosure* che comportavano in caso di silenzio l'invalidità del contratto, ma per determinare una responsabilità del contraente forte era necessario che in questi casi la reticenza informativa fosse dolosa o colposa. Oggi però questa idea si è estesa a tutti i tipi di contratto, evidenziando come la regola pre-esistente fosse poco convincente;
- l'*unilateral mistake* secondo la quale si parla di responsabilità precontrattuale nel caso in cui l'omessa informazione dell'oggetto del contratto nei confronti della parte debole si risolve in errore. In altre parole secondo questo strumento sono considerati invalidi i contratti in cui un contraente approfitta dell'errore dell'altra per concludere un contratto a lui vantaggioso;

Nella seconda categoria rientrano invece:

¹⁸ Si veda per un approfondimento DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 32.

- la *misrepresentation* che rappresenta un ulteriore strumento per trovare un rimedio alla responsabilità precontrattuale. Questa figura viene utilizzata dai giuristi quando una parte, per convincere la controparte a contrarre a determinate condizioni, travisa la realtà. Generalmente questo è lo strumento più utilizzato attualmente per risolvere situazioni di responsabilità durante le trattative. Inizialmente le corti americane e inglesi prevedevano il riconoscimento danni solo in caso di dolo, ma dopo il dopoguerra esso fu previsto anche in sua mancanza;
- la *tortious interference with prospective contractual relations* e il *promissory estoppel*. La prima fattispecie prevede una responsabilità precontrattuale nel caso in cui una parte si inserisce in modo illecito nelle trattative in corso tra altri soggetti allo scopo di impedire la conclusione del contratto. Sono necessari però alcuni presupposti tra cui la volontà di interferire e l'effettiva interferenza. La seconda figura invece offre una tutela alla parte che ha fatto affidamento sulle promesse dell'altra e prevede un risarcimento danni di tutte quelle spese sostenute nella convinzione di giungere alla conclusione del contratto;
- l'*unjust enrichment* a cui si ricorre quando durante le trattative una parte ha conferito all'altra, a proprie spese, un particolare vantaggio senza però essere ricambiato. Questa fattispecie non ricorre se è stata esplicitamente dichiarata la gratuità della prestazione in fase di trattativa.

2.2.4 La teoria di Jhering

La tutela accordata dal diritto romano al contraente debole in fase di trattativa era piuttosto limitata e frammentaria¹⁹. Successivamente, nonostante l'introduzione del codice del 1865, non è stata apportata alcuna modifica in quanto non si sentiva ancora l'esigenza di una maggiore protezione dei contraenti²⁰. Il problema è sorto solo quando ci si rese conto che era indispensabile, a causa di un intensificarsi del commercio e degli scambi, di maggiore lealtà e onestà da parte dei soggetti.

¹⁹ Si estendeva esclusivamente all'ipotesi di impossibilità della prestazione e a quella di condotta dolosa o colposa.

²⁰ BENNATI F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 3.

Il merito di aver avvertito l'esigenza di correttezza durante le trattative è da attribuirsi a Jhering che per la prima volta affrontò il tema della responsabilità precontrattuale. Come già evidenziato questo argomento è stato affrontato da Jhering in un famoso saggio del 1861 intitolato *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichttügen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in cui l'autore si chiedeva se c'era risarcimento dei danni da parte del soggetto colpevole nei confronti dell'altra parte che aveva confidato nella validità del contratto. Secondo costui, in questi casi, non si poteva parlare né di *actio doli*, né di *actio legis Aquiliae* in quanto la prima sanzionava solo il comportamento doloso del contraente, mentre la seconda presupponeva una lesione della persona o della cosa²¹.

Si rese quindi necessaria l'individuazione di una soluzione a questo problema ritenendo che una mancanza di tutela durante la formazione del contratto era contraria a un sentimento di giustizia. Jhering, dopo un'attenta analisi di alcuni testi del Digesto, ha quindi introdotto un'importante novità prevedendo un risarcimento dei danni da parte di colui che, anche solo colpevolmente, ha cagionato l'invalidità di un contratto, evidenziando quindi la possibilità di un'*actio ex contractu* nonostante la nullità di questo²².

Nel suo saggio l'autore affermò che:

«la conclusione del contratto non produce semplicemente un obbligo all'adempimento, ma, ove questo sia escluso per qualche ostacolo giuridico (nullità), determina in certe circostanze anche il sorgere di un obbligo al risarcimento del danno: l'espressione nullità del contratto designa, secondo il linguaggio romano e moderno, soltanto l'assenza di quell'effetto, non in genere di ogni effetto»²³.

Inoltre, alla base dell'obbligo di risarcimento danni c'è la colpa: secondo Jhering infatti un soggetto che stipula un contratto senza essersi informato riguardo l'esistenza dei requisiti necessari per la sua validità, ha delle responsabilità derivanti da colpa. La scoperta del giurista tedesco ha portato quindi ad una rivoluzione in materia, individuando su colui che in fase precontrattuale è colpevole, un dovere risarcitorio.

²¹ BENNATI F., *op. ult. cit.*, p. 4.

²² DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 44.

²³ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. loc. cit.*

Con quest'ultimo è stata quindi finalmente affrontato un tema fino ad allora sconosciuto cioè quello della *culpa in contrahendo*.

Jhering inoltre, proseguendo nelle sue considerazioni, ha annunciato anche la propria tesi della natura contrattuale della *culpa in contrahendo* conseguente dall'«inadempimento di una obbligazione di diligenza scaturente dal rapporto precontrattuale»²⁴.

Ma la teoria di Jhering non è stata risparmiata da critiche in quanto alcuni ritenevano che peccava sia in difetto che in eccesso. Nel primo caso, in quanto si pensava che il dovere di correttezza e diligenza durante le trattative non implicava una limitazione della responsabilità alle ipotesi di stipulazione di un negozio invalido sottolineando quindi il fatto che la sua conclusione non era fondamentale per il sorgere di una responsabilità; nel secondo caso, invece, perché si riteneva che il risarcimento danni derivante da *culpa* (azione fondata sul contratto nullo) in fase di trattativa, si basava sul carattere alquanto fittizio del ricorso alla colpa²⁵.

A dispetto delle numerose critiche sollevate e nonostante sia stato lo stesso autore ad ammettere alcune lacune della sua ricostruzione, a questa teoria si deve la nascita della tutela dei contraenti durante la fase anteriore della stipula di un contratto.

2.2.5 L'evoluzione del modello italiano

Trattando ora l'ambito italiano si è osservato che il codice civile del 1865, sotto l'influenza del modello francese, inizialmente non si è preoccupato di disciplinare il comportamento delle parti in fase precontrattuale. Anzi, allora si pensava che dato che le trattative non vincolavano i contraenti, non esisteva nemmeno nessuna responsabilità se si verificava la rottura delle stesse, evidenziando quindi che il principio base su cui si fondava la teoria contrattualistica era la libera volontà delle parti²⁶.

C'erano però alcuni esponenti della dottrina che ritenevano che esistesse una sorta di responsabilità precontrattuale in alcune ipotesi, come per esempio in caso di revoca della proposta e di rottura delle trattative, senza però preoccuparsi di accertare se si

²⁴ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 45.

²⁵ BENNATI F., *op. ult. cit.*, pp. 6-7.

²⁶ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 46.

potesse formulare una regola generale, probabilmente perché non ancora ritenuta urgente. Fino ad allora, se si volevano risolvere problemi di responsabilità precontrattuale il nostro ordinamento richiamava semplicemente l'art. 1151 del codice civile abrogato, corrispondente all'attuale art. 2043, secondo il quale «ogni fatto dell'uomo che arreca danno agli altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno».

L'impossibilità però di ricondurre alcune ipotesi di *culpa in contrahendo* allo schema dell'art. 1151 spinse la giurisprudenza a trovare una nuova soluzione. Fu questo il momento in cui l'ordinamento italiano prese in considerazione la teoria tedesca ed in particolare quella di Jhering, abbandonando quindi le influenze francesi.

Autori italiani del calibro di Faggella, in mancanza di una regola generale, si preoccuparono di risolvere il problema legato al recesso delle trattative senza giusta causa. In particolare Faggella ha individuato tre momenti²⁷: il primo, in cui c'è una manifestazione di volontà verso la conclusione del contratto (quest'ultimo quindi rappresenta ancora lo scopo e non il contenuto della violazione); il secondo momento invece prevede il perfezionamento da parte dei soggetti dei termini del contratto senza però giungere a un vincolo contrattuale; il terzo infine consiste nel completamento e nell'elaborazione del contratto. L'autore italiano voleva quindi attribuire a questi tre periodi una disciplina unitaria che prevedeva un'assoluta libertà e autonomia delle parti fino alla formazione del vincolo definitivo²⁸.

Ma questi principi vengono meno quando Faggella si rese conto che anche le trattative possono avere un carattere vincolante individuando la figura dell'«autorizzazione tacita». Questo tacito accordo precontrattuale si considera esistente quando le parti sono concordi a trattare fino alla conclusione del contratto. Da questo momento, anche se le trattative non hanno avuto il loro svolgimento, il semplice e puro recesso comporta una violazione di quel tacito accordo²⁹.

Mentre la giurisprudenza accolse con favore le intuizioni di Faggella, la dottrina si dimostrò piuttosto scettica assumendo una posizione a questa antitetica. Questi

²⁷ FAGGELLA G., *I periodi contrattuali e la responsabilità precontrattuale*, Roma, 1918, p. 36.

²⁸ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 47.

²⁹ FAGGELLA G., *op. cit.*, p. 36.

ritenevano che l'art. 1151 del codice del 1865 tutelasse comunque la parte che aveva subito un ingiustificato recesso attraverso i principi della responsabilità aquiliana.

L'intuizione di Faggella ha comunque portato una rivoluzione: l'idea del tacito accordo precontrattuale ha rappresentato un passo in avanti individuando un'intesa in fase di trattativa anche se questa in realtà non esiste, ma è stata solo tacitamente raggiunta.

Il problema è stato affrontato e risolto dal legislatore del 1942 che ha introdotto nel codice civile attuale due regole generali interessanti per risolvere tali fattispecie che sono gli artt. 1337 e 1338 c.c.³⁰.

Anche in questo caso le critiche non mancarono: l'aver evocato la clausola generale di buona fede, infatti, per alcuni faceva temere un eccessivo intervento dei giudici, altri invece trovarono tale principio incompatibile con le esigenze della vita commerciale, altri ancora la ritenevano un inutile doppione dell'art. 2043 ispirato al principio *neminem laedere*. Solo nel dopoguerra, il principio di buona fede ha subito quello che l'autore Rodotà ha definito un processo di «laicizzazione». L'introduzione nel nostro ordinamento di queste due norme ha comportato un duplice effetto: «il primo consiste nella definitiva emancipazione della *culpa in contrahendo* dalla responsabilità dell'offerente per revoca della proposta [...]. Il secondo effetto è la legittimazione, da parte della giurisprudenza successiva, a perpetuare e perfezionare la casistica in materia di *culpa in contrahendo* elaborata anteriormente all'emanazione del c.c. vigente»³¹.

2.3 LA NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE

Prima di addentrarsi nell'analisi della responsabilità precontrattuale nei contratti bancari, indicando le norme che regolano tale fase, è necessario fare qualche accenno sulla natura della *culpa in contrahendo* definendo se essa rientri nel sistema definito dall'art. 1218 c.c., o in quello dell' art 2043 c.c., oppure se costituisca un *tertium genus* caratterizzato da elementi particolari che lo discostano dai primi due. Come si vedrà, quest'ultima opinione è inaccettabile in quanto, a differenza della responsabilità

³⁰ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 50.

³¹ MERUZZI G., *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, p. 40.

contrattuale ed extracontrattuale (trattati dagli articoli appena citati) che sono espressioni riassuntive di una specifica disciplina normativa, l'ultimo schieramento in poche parole sostiene che la *culpa in contrahendo* è soggetta a proprie e autonome regole, conclusione questa certamente inesatta³².

«Il tema della natura della responsabilità precontrattuale è un problema che non può essere lasciato al gusto personale, come pure si è sostenuto da parte di una autorevole dottrina³³, ma richiede una consapevole scelta giacché dalla sua soluzione discendono rilevanti conseguenze»³⁴.

Nell'abrogato codice civile italiano del 1865, sia la giurisprudenza che la dottrina erano concordi nel ritenere che la *culpa in contrahendo* rientrasse nell'ambito della responsabilità extracontrattuale in quanto, non esistendo una norma diretta a disciplinare tale materia, l'unica regola applicabile per risolvere tali problematiche era dettata dall'art. 1151 che nella sua ampiezza comprendeva anche le ipotesi di illecito precontrattuale³⁵. Il successivo codice civile del 1942, nonostante la profonda modifica delle norme alla base di tale tematica che mutarono l'intero quadro normativo, non ridusse il dibattito sulla natura di tale responsabilità, atteso che, proprio dalla sua scelta si potrà capire quale disciplina applicare.

Come detto, questa questione ruota principalmente attorno a due teorie: contrattuale ed extracontrattuale. Numerose sono le differenze previste dal nostro ordinamento caratterizzanti queste due discipline. La prima è relativa al regime probatorio: in materia contrattuale tale onere non è applicabile in quanto spetta al creditore provare l'inadempimento e il danno, ma non la colpa del debitore. Sarà su quest'ultimo, infatti, che graverà l'onere di dimostrare che l'inadempimento è a lui non imputabile. In materia extracontrattuale, invece, si verifica la cosiddetta inversione della prova cioè è sul danneggiato che incombe l'onere di dimostrare la colpa e il dolo del danneggiante,

³² BENNATI F., *op. ult. cit.*, p. 116.

³³ Si veda BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 83 dove si svaluta il dibattito riguardante la natura della responsabilità precontrattuale, riconducendolo ad a una mera questione di gusto.

³⁴ STELLA RICHTER G., *La responsabilità precontrattuale*, Torino, 1996, p. 115.

³⁵ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 234.

oltre a tutti gli altri elementi previsti dall'art. 2043³⁶. Altra differenza è dettata dall'art. 1225 del c.c. relativa alla prevedibilità del danno: mentre la materia contrattuale limita il risarcimento ai soli danni prevedibili³⁷ al momento in cui è venuta ad esistenza l'obbligazione, in materia extracontrattuale è previsto un risarcimento completo dei danni subiti dalla vittima, quindi sia prevedibili che imprevedibili.

Ultima grande differenza riguarda il termine di prescrizione: cinque anni per l'illecito extracontrattuale e dieci anni per quello contrattuale. La giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, ritenendo che la *culpa in contrahendo* rientri nell'ambito extracontrattuale rende quindi applicabile un termine di prescrizione quinquennale decorrente dal giorno di conoscenza della causa di invalidità³⁸.

Tutte le differenze appena esaminate – che, per vero, ne rappresentano soltanto alcune³⁹ – dimostrano come fosse fondamentale definire la natura della responsabilità precontrattuale non relegandola a perniciosi arbitraggi. E' fondamentale precisare come l'acceso dibattito su questa tematica, che verrà trattato brevemente nel proseguo, sembri preferire la tesi della natura di tipo extracontrattuale della *culpa in contrahendo*. Soprattutto la giurisprudenza è convinta del fatto che «la responsabilità precontrattuale, in tutte le ipotesi riconducibili alla previsione dell'art. 1337 c.c., va qualificata come responsabilità per fatto illecito, in quanto non si correla alla violazione di obblighi negoziali»⁴⁰. Nonostante la diffusione tra i giudici di questo pensiero unitario sul carattere extracontrattuale delle trattative, esistono comunque delle decisioni isolate che individuano, in una violazione dei doveri in fase precontrattuale, una responsabilità contrattuale, forse nel tentativo di apportare qualche cambiamento.

³⁶ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 242.

³⁷ Non si considera inoltre risarcibile in danno non patrimoniale.

³⁸ Il fatto che la *culpa in contrahendo* rientri nella responsabilità aquiliana e che sia soggetta al termine prescrizione breve di cinque anni è stato confermato da numerose sentenze della Corte di Cassazione.

³⁹ Si possono individuare anche altre differenze, per esempio relative all'impossibilità di stipulare in campo extracontrattuale una clausola penale o di definire una gradazione della colpa.

⁴⁰ Si veda DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 235.

2.3.1 Natura giuridica della *culpa in contrahendo* sotto la vigenza dell'abrogato codice civile del 1865 e soluzioni offerte da Jhering.

Alla luce dell'importanza di questa tematica, merita una breve trattazione il dibattito che si è sviluppato sul tema al tempo del codice civile del 1865.

In mancanza di una regola generale che dissipasse le incertezze sulla natura di tale responsabilità, la dottrina comunque riteneva che alcuni comportamenti come la rottura ingiustificata delle trattative o l'omessa comunicazione di una causa di invalidità nota alle parti, facesse ricadere sull'autore dei fatti dannosi una certa responsabilità.

Autori come Pacifici-Mazzoni partirono distinguendo la colpa contrattuale da quella extracontrattuale stabilendo che la prima «costituisce negligenza nell'esecuzione di una obbligazione preesistente», mentre la seconda «è di per sé stessa causa di obbligazione»⁴¹. In altre parole, l'autore riteneva che la violazione dei doveri di correttezza in fase di trattative non costituisse una violazione di un obbligo contrattuale dichiarando quindi l'applicazione dell'art. 1151 in tema di responsabilità extracontrattuale.

Altri come Polacco operavano una distinzione, non condivisa dal primo autore, tra contratti annullabili e nulli, secondo cui nel secondo caso non era possibile parlare di colpa contrattuale. Anche secondo quest'ultimo però dalla violazione degli obblighi in fase di trattativa originava sempre e soltanto responsabilità extracontrattuale.

Così presentato l'istituto tuttavia presentava forti limitazioni in alcune ipotesi e ciò spinse una parte minoritaria della dottrina⁴² a sostenere la natura contrattuale di tale responsabilità. A sostegno di questa ultima teoria è stata la dottrina tedesca. Secondo alcuni noti autori tedeschi quando tra due parti sorge una relazione d'affari si abbandona la sfera extracontrattuale per entrare in quella di natura contrattuale⁴³. I contraenti quindi, a seguito della formazione di un "contratto sociale", sono tenuti ad osservare una certa diligenza sia in fase di trattative, sia una volta terminato il contratto⁴⁴.

⁴¹ PACIFICI-MAZZONI E., *Istituzioni di diritto civile italiano*⁴, Firenze, 1903, p. 453.

⁴² Si veda CHIRONI G. P., *Colpa contrattuale. La colpa nel diritto civile moderno*², Torino, 1897; CORTE ENNA G., *Le conseguenze dell'errore nella formazione dei contratti*, Milano, 1904.

⁴³ Ci si riferisce all'impostazione metodologica definita *Rechtstheorien*.

⁴⁴ In Italia a sostenere tale tesi erano soprattutto coloro che ritenevano che anche nelle trattative nascesse un rapporto contrattuale.

Secondo Jhering, uno dei primi sostenitori della responsabilità precontrattuale, «la colpa è insita nel fatto stesso della conclusione di un contratto che successivamente venga annullato, in quanto, nel momento in cui un soggetto si pone in relazione di affari con un altro, ha l'obbligo di assicurarsi, preventivamente, che non sussistano ragioni di invalidità del contratto, che afferiscano sia alla propria persona, sia alla obbligazione che si intende assumere. Ne consegue che, proprio l'eventuale successivo annullamento del contratto è indice dell'insufficienza e negligenza con cui il controllo preventivo è stato eseguito»⁴⁵.

2.3.2 Le teorie contrattualistiche all'indomani del codice civile del 1942

Da quanto esposto sopra, emerge che mentre in Germania gli scrittori ritenevano fermamente che la violazione di un obbligo in fase di trattative desse luogo a responsabilità contrattuale, nel nostro ordinamento, anche dopo l'entrata in vigore del codice civile del 1942, non sembra prevalere un'idea concorde al riguardo.

Mentre la giurisprudenza, come noto, era pacifica nel ripetere la natura extracontrattuale di tale responsabilità, la dottrina invece era divisa in due filoni di pari consistenza: c'erano autori che ritenevano che la violazione di un dovere di buona fede è una fattispecie di violazione della regola del *neminem laedere* sostenendo quindi la tesi della natura extracontrattuale della *culpa in contrahendo*; altri invece opponendosi a tale concezione sostenevano che l'art. 1337 rappresenta un'estensione del principio di buona fede contrattuale alla fase delle trattative, attribuendo così una natura contrattuale a tale responsabilità⁴⁶.

Tra i principali sostenitori di quest'ultima teoria si ricorda Betti⁴⁷ secondo il quale «l'inosservanza del dovere di buona fede imposto dall'art. 1337 c.c. dovrebbe, sempre, dar luogo a colpa contrattuale, in quanto riferentesi ad un rapporto che, sia pur solo approssimativamente, poteva ritenersi obbligatorio»⁴⁸. Inoltre tale autore, trovando ispirazione dalla dottrina tedesca, riteneva che tra le parti sorgesse un dovere reciproco di lealtà durante le trattative comprendente sia doveri negativi, ma anche positivi come

⁴⁵ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 239.

⁴⁶ STELLA RICHTER G., *op. cit.*, p. 123.

⁴⁷ Vedi BETTI E., *op. cit.*, p. 81.

⁴⁸ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 244.

per esempio quello di informare. La inosservanza di tali doveri costituiva una violazione della buona fede contrattuale. La colpa extracontrattuale invece era vista come l'inottemperanza di un obbligo generico, quindi quando nasceva una relazione sociale fra due contraenti come quella delle trattative, la violazione della buona fede non dava luogo a responsabilità contrattuale⁴⁹.

Alla stessa conclusione ma con argomentazioni diverse giunse Stolfi⁵⁰ che precisò che solo impropriamente è possibile definire la colpa come contrattuale e questo quando resti inadempita un'obbligazione sorta prima dell'inosservanza. Secondo l'autore, il legislatore con l'art. 1337 voleva imporre alle parti un obbligo reciproco di buona fede sin dalle trattative, con l'art. 1338 invece egli voleva introdurre un altro obbligo cioè quello di palesare la causa di invalidità del contratto. L'autore conclude affermando che se si è tenuti a rispondere nel caso di contratto nullo od annullabile, ciò non avviene per colpa aquiliana, ma per colpa contrattuale essendo stato violato un dovere di correttezza. A sostegno della natura contrattuale della *culpa in contrahendo* ci sono anche De Cupis e Mosco: il primo afferma che l'art. 1337 si riferisce ad un rapporto precedente la stipula di un contratto e considera così contrattuale il danno derivante da una violazione comportamentale durante le trattative, il secondo invece ritiene che l'art. 1337 faccia sorgere una vera e propria obbligazione tra le parti il cui inadempimento comporta il risarcimento di un danno di natura contrattuale⁵¹.

Meritevoli di analisi sono anche le idee di Mengoni⁵²: egli inquadrava la *culpa in contrahendo* nella sfera della responsabilità contrattuale ritenendo che l'esattezza di tale tesi derivasse proprio dalle norme introdotte dal nuovo codice civile. In particolare, Mengoni riteneva che tutti gli obblighi introdotti dalle nuove norme in fase di trattative fanno capo ad un unico principio e cioè quello della buona fede precontrattuale dettato dall'art. 1337 e una loro violazione merita lo stesso trattamento previsto per i vizi della cosa e quindi il sorgere di una responsabilità contrattuale.

⁴⁹ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. loc. cit.*

⁵⁰ Si legga STOLFI G., *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 1954.

⁵¹ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 245.

⁵² Così in MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360 ss.

2.3.3 Le teorie extracontrattualistiche

La tesi della natura extracontrattuale della *culpa in contrahendo* oltre ad essere da sempre sostenuta da tutta la giurisprudenza che però non si è mai preoccupata di analizzare il problema in chiave critica, oggi è stata accettata anche da quasi tutta la dottrina⁵³. Le argomentazioni⁵⁴ a sostegno di tale opinione sono le seguenti:

- l'art. 1337 è un'applicazione del principio del *neminem laedere*: se si viola un obbligo di correttezza ciò costituisce un fatto illecito che genera un risarcimento;
- l'art. 1337 è sprovvisto di sanzioni e per tale motivo è necessario integrarlo con l'art. 2043 c.c.;
- visto che durante le trattative non si instaura un vincolo contrattuale, la responsabilità precontrattuale è una manifestazione della colpa extracontrattuale;
- in mancanza di un vincolo obbligatorio durante la fase antecedente la stipula di un contratto, non si può parlare di responsabilità contrattuale;
- se si parlasse di responsabilità contrattuale nel caso di violazione dell'art. 1337, «spetterebbe al convenuto rimuovere la presunzione di colpa a suo carico: e siccome nell' art. 1337 “colpa” equivale a “mala fede”, vorrebbe dire che egli si presume in mala fede. Il che costituirebbe una singolare eccezione al principio generale per cui la mala fede non si presume mai»⁵⁵.

Tali affermazioni dottrinali, negli ultimi anni, sono state oggetto di nuovi attacchi da parte dei sostenitori della teoria contrattuale rendendo ancora più incerti i confini di tale tematica. Dall'altro lato, però, si sono aperti nuovi spiragli per soluzioni meno radicali simili a quelli dell'esperienza anglosassone determinando così un avvicinamento alla *contract liability* e alla *tort liability*⁵⁶.

2.3.4 La teoria del *tertium genus* e le teorie eclettiche

In realtà oltre ai due schieramenti finora analizzati, ne esisteva un terzo: coloro che sostenevano la teoria del *tertium genus*. Voci autorevoli come quelle di Sacco e Rescigno superarono la dicotomia tra responsabilità extracontrattuale e contrattuale

⁵³ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 248.

⁵⁴ Si veda BENNATI F., *op. ult. cit.*, pp. 120-121.

⁵⁵ FORCHIELLI P., *Nota a Cass. 1667/48*, in *Giust. it.*, 1949, I, p. 296.

⁵⁶ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 254.

individuando uno schema di responsabilità che si discosta dai primi due. La *ratio* alla base di tale teoria è che la relazione prenegoziale deve necessariamente essere autonomamente considerata in ragione del suo contenuto, che si svolge e si esaurisce a prescindere dal compimento della vicenda contrattuale⁵⁷. In altre parole i vari doveri di condotta, buona fede, correttezza caratterizzanti la fase delle trattative devono essere valutati autonomamente.

Tale tesi è stata fortemente contestata da coloro che ritenevano che sia impossibile ipotizzare «accanto alle altre due, una terza specie di responsabilità civile per illecito in senso lato, in quanto la sfera di applicazione della responsabilità extracontrattuale [...] e per esclusione da quella della responsabilità contrattuale, esaurisce completamente il campo lasciato libero da questa ricomprendendo tutte le ipotesi di responsabilità civile»⁵⁸. Quindi l'ipotesi della *tertium genus* può essere scartata dal nostro ordinamento giuridico riconoscendo solo due tipi di responsabilità, quella contrattuale e quella aquiliana.

Da ultimo e per completezza di esposizione, di recente si sono avanzate le teorie eclettiche che prevedono invece che la responsabilità precontrattuale non avendo sempre gli stessi caratteri deve essere inquadrata di caso in caso. Cioè essa rientra nella sfera contrattuale o extracontrattuale a seconda dell'oggetto della violazione nelle diverse ipotesi⁵⁹. Si tratta però di opinioni in dottrina che hanno avuto scarsi riscontri. «Questa concezione ha il difetto di creare un inammissibile dualismo fra forma generale e norme particolari. Il che rappresenta, in sostanza, obiezione di fondo cui vanno incontro tutte le teorie esposte: la responsabilità precontrattuale si ricollega ad un'unica disposizione, l'art. 1337, e, quindi, parimenti unitaria deve essere la sua natura⁶⁰.

⁵⁷ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 256.

⁵⁸ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 257.

⁵⁹ STELLA RICHTER G., *op. cit.*, p. 124.

⁶⁰ Cfr. BENNATI F., *op. ult. cit.*, p. 119.

2.3.5 Teorie sui rapporti tra l'art. 1337, l'art. 1175 e l'art. 1366 c.c.

Infine, trattando ancora i contratti in generale, l'art. 1337⁶¹ c.c. che sancisce il principio di buona fede deve essere coordinato sia con l'art. 1175⁶² c.c., che esprime il concetto di correttezza, sia con l'art. 1366 c.c.⁶³. Sviluppando l'analisi del rapporto tra i primi due articoli citati, la dottrina ha assunto posizioni diverse nel tentativo di distinguere il concetto di buona fede da quello di correttezza: l'illustre Betti «ha visto nella buona fede un dovere positivo di collaborazione contrapposto alla correttezza intesa come un dovere negativo di non compiere atti dannosi nei confronti della controparte»; Romano invece sosteneva come la buona fede costituisse una specificazione della correttezza, di contro c'era poi Messineo che reggeva la tesi contraria a quest'ultima⁶⁴.

La principale differenza che emergeva tra i due concetti era individuata nella funzione negativa che veniva attribuita alla correttezza consistente nel dovere di non compiere atti lesivi dell'altrui interesse e nella funzione positiva attribuita alla buona fede interpretata come cooperazione intersoggettiva.

Altri ancora, come Scognamiglio, vedevano nella buona fede uno «strumento per valutare il contenuto di un autonomo dovere di comportamento», mentre la correttezza era vista come «il criterio per integrare o meglio specificare il contenuto di un'obbligazione»⁶⁵.

Al di là delle numerose teorie sul tema, buona fede e correttezza rappresentando due clausole generali che per essere ben interpretate dovrebbero essere lette alla luce di tutto il complesso normativo. In realtà, si tratta di due concetti contigui che a vicenda si coprono parzialmente o addirittura fanno capo ad un unico principio generale: tutto ciò porta a dire che l'art. 1337 c.c. discende dall'art. 1175 c.c..

Ultima importante considerazione, prima di calarsi nell'analisi nel dettaglio della responsabilità precontrattuale dei contratti bancari, è relativa al rapporto tra l'art. 1337 e

⁶¹ L'art. 1337 c.c. dispone che «le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede».

⁶² L'art. 1175 c.c. prevede che «il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza».

⁶³ L'art. 1336 c.c. recita così: «il contratto deve essere interpretato secondo buona fede».

⁶⁴ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 260.

⁶⁵ SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di SCIALOJA A. e BRANCA G., Bologna-Roma, 1970, p. 205.

l'art. 1366 c.c. dove la buona fede viene vista come uno strumento per interpretare il contratto. Riguardo alla funzione da attribuire alla buona fede dettata dall'ex art. 1366 c.c, la giurisprudenza e la dottrina sono da sempre in contrasto: la prima sostiene che «la buona fede dovrebbe essere vista come un mezzo sussidiario offerto all'interprete ogniqualvolta ci si trovi di fronte alla obiettiva impossibilità di determinare, in maniera chiara, attraverso un'interpretazione letterale, la reale comune intenzione delle parti»; la seconda viceversa afferma che «il ricorso alla buona fede è determinato in funzione della ricostruzione del contenuto del contratto [...], non già in funzione di una integrazione legale ovvero giudiziale dell'atto»⁶⁶.

Quindi il giudice, nell'interpretare il contratto, davanti ad affermazioni dubbie sceglierà quella che presuppone che le parti contrattando fossero in buona fede.

2.4 VIOLAZIONE DEL DOVERE DI BUONA FEDE IN CASO DI MANCATA CONCLUSIONE DEL CONTRATTO

2.4.1 La formazione del contratto e le trattative

Terminata l'analisi di carattere generale sulla *culpa in contrahendo*, è ora necessario addentrarsi in una tematica più complessa e specifica: la responsabilità precontrattuale nei contratti bancari. Come già evidenziato, il contratto bancario è, come prima considerazione generale, un contratto che intercorre fra due soggetti e cioè fra la banca e il cliente. Non esistendo norme specifiche in ambito bancario che si occupano di tale argomento, si deve fare riferimento alle disposizioni comuni a tutti i tipi di contratti contenute nel codice civile del nostro ordinamento.

Innanzitutto fondamentale è una premessa: l'*iter* di formazione di un contratto bancario prende avvio con il momento della contrattazione. L'accordo tra banca e cliente segue infatti delle fasi più o meno complesse, tipiche a tutti i contratti, tra cui rientrano anche le trattative che precedono la formazione del contratto, durante la quale assumono molta importanza le norme viste in precedenza sulla trasparenza bancaria. In entrambe le fasi

⁶⁶ Cfr. DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 262.

per i contraenti è previsto il dovere di comportarsi secondo buona fede⁶⁷, come sancito dal più volte citato art. 1337 c.c.. Prima però di esaminare questo importante principio, declinato nell'ambito nei contratti bancari, alla base della formazione del contratto bancario è indispensabile spiegare il significato delle seguenti nozioni: trattativa, formazione del contratto e parti, tutti concetti richiamati espressamente dall'articolo in esame.

2.4.1.1 Il concetto di trattativa

La trattativa «non è attività di formazione del contratto, bensì attività rivolta ad elaborare il testo di un futuro contratto ed eventualmente, a stipularlo»⁶⁸. In ambito bancario, la fase delle trattative prende avvio generalmente su iniziativa del cliente⁶⁹, il quale, in base alle sue esigenze, presso una qualsiasi sede della banca o attraverso tecniche di negoziazione a distanza, può chiedere di poter stipulare un determinato contratto bancario. Per la banca inizierà così una fase pubblicitaria e informativa nei confronti della clientela che la porterà ad accordarsi con la relativa controparte. Rilevante è ricordare che il contratto bancario è un contratto per adesione⁷⁰: cioè esiste

⁶⁷ L'entrata in vigore della Costituzione ha rinnovato l'intero sistema giuridico italiano abrogando tutte le norme incompatibili con la concezione di solidarietà e interpretando le restanti disposizioni alla luce dei principi costituzionali. Fondamentale in particolar modo è l'art. 2 della Costituzione che ha introdotto il principio di solidarietà economica, politica e sociale esercitando un'influenza su tutte le situazioni giuridiche. Il concetto di buona fede rappresenta quindi un aspetto del più ampio principio dettato dall'art. 2 in questione: secondo Perlingieri la buona fede non è altro che «un aspetto della solidarietà, la quale, insieme con l'eguaglianza, integra il profilo personalistico che costituisce il fondamento della nostra Costituzione» (così in PERLINGIERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972); Rasi invece sostiene che i doveri di diligenza e correttezza «non possono che trovare esaltazione nel dettato costituzionale» (così in RASI S. A., *La responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, p. 496 ss.). La Costituzione pertanto ha mutato il ruolo svolto dal principio solidaristico ponendo, diversamente da prima, la tutela della persona al centro del nostro ordinamento giuridico: la libertà contrattuale risulta quindi permeata da tale principio. Emerge dunque che interpretando l'art. 1337 c.c. alla luce dei principi costituzionali, la buona fede, consistente in una serie di reciproci obblighi comportamentali fra le parti durante le trattative, integra il principio di solidarietà.

⁶⁸ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 56.; MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. da CICU A. e MESSINEO F., I, Milano, 1968, p. 297.

⁶⁹ In certi casi può essere anche la banca a proporre al cliente la stipula di un determinato accordo bancario.

⁷⁰ Se il contratto bancario è per adesione questo comporta che non siamo davanti ad un'offerta al pubblico disciplinata all'art. 1336 del c.c. Infatti quest'ultima norma prevede che in caso di offerta al pubblico il contratto si perfeziona con la semplice accettazione del cliente, ma in materia bancaria ciò non avviene, infatti le norme di trasparenza analizzate in precedenza impongono alle banche di

uno schema contrattuale già predisposto dalla banca che viene sottoposto al cliente. Quest'ultimo, dopo essere stato adeguatamente informato e aver trattato con l'ente creditizio, potrà decidere se aderirvi o meno.

Le trattative non sono rivolte al perfezionamento del contratto bancario, ma servono soprattutto al cliente per un'attenta valutazione: se egli non conosce gli elementi base utili per comprendere la convenienza dell'affare, la banca (il soggetto più forte) attraverso tale fase può far conoscere alla controparte i punti essenziali del prodotto/servizio offerto mettendo così a disposizione tutto il suo set informativo⁷¹.

La trattativa ha quindi un rapporto diretto con l'attività volta ad elaborare il contenuto del contratto, quest'ultima svolta in base alle esigenze e ai bisogni dei soggetti coinvolti. Si può inoltre affermare che «le parti in trattativa non intendono, in alcun modo, contrarre vincoli o impegnarsi al raggiungimento di un certo risultato: il contratto è non solo futuro, ma eventuale ed ipotetico e i soggetti in essa impegnati altro non manifestano la loro disponibilità a trattare, cioè la favorevole predisposizione a progettare i possibili termini di un accordo, che non possono avere l'intenzione di perfezionare poiché rappresenta un'entità, allo stato, astratta ed impalpabile, presente solo nella loro mente quale risposta ad un loro bisogno»⁷².

Trattare è sinonimo di parlare, discutere, comunicare; è scambiarsi reciprocamente opinioni, informazioni, idee; è proporre e valutare delle pretese; è porsi in relazione con altri soggetti.

Nella maggior parte dei casi le trattative che intercorrono tra la banca (in genere un suo operatore) e il cliente, hanno luogo nel momento in cui, presso la sede dell'intermediario, c'è la presenza simultanea di entrambi, ma esse possono avvenire anche tra soggetti lontani tra loro per esempio attraverso le tecniche di comunicazione a

mettere a disposizione dei "moduli" in tutte le filiali con tutte le condizioni iniziali di ciascun contratto bancario. Ciò comporta che né la banca né il cliente sono obbligati a concludere un contratto bancario e quest'ultimo non si perfeziona con la semplice richiesta del cliente.

⁷¹ Cfr. ancora DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 56.

⁷² STELLA RICHTER G., *op. cit.*, p. 4.

distanza (come internet) viste in precedenza oppure fuori sede mediante dei rappresentanti⁷³.

La trattativa è sicuramente una fase del procedimento contrattuale particolarmente dubbia nel corso del quale si discutono e si elaborano clausole e contenuto del contratto bancario, il più possibile adatti alla volontà delle parti. In particolare, si ritiene che le trattative «sono, per definizione, una fase fluida ed incerta nella quale ciascuna parte da per presupposto ed accettato che la decisione di ciascuno dovrà in definitiva modellarsi su ciò che, in tale apposita fase di ricerca e di elaborazione della propria decisione, avrà appurato essere il proprio interesse»⁷⁴.

In altre parole, la trattativa è quella fase in cui si cerca di avvicinare il più possibile i punti di vista dei due contraenti, facendoli convergere, per poi giungere alla stipula di un contratto. E' quindi un'attività preparatoria e non vincolante che lascia libere le parti di concludere o meno un accordo. Esse anche se portate fino in fondo, non potrebbero mai sfociare in una fattispecie di contratto concluso, ma al massimo possono portare alla formazione di un progetto, di uno schema contrattuale privo però dell'accordo necessario per dar vita ad un vero e proprio rapporto giuridico⁷⁵.

Fondamentali infine sono due precisazioni: la prima è che le trattative si distinguono dai contratti preliminari in quanto quest'ultimi hanno per oggetto un futuro contratto obbligatorio e sono validi solo in presenza di tutti i requisiti del contratto in genere; la seconda invece è che le trattative sono anche diverse dall'eventuale "proposta di contratto", in tale caso, la differenza emerge principalmente dal diverso contenuto della volontà delle parti: mentre le trattative sono caratterizzate dalla volontà dei due soggetti di discutere e non di stipulare, la proposta viceversa vincola la controparte del proponente ad accettare. In caso di proposta si può quindi parlare di trattativa solo se all'altra parte si dà la possibilità di discutere il suo contenuto e di modificarlo.

⁷³ Questo spiega il perché Banca d'Italia si è preoccupata di introdurre regole di trasparenza con riferimento a queste tecniche adottate dalle banche. Internet è sicuramente il mezzo di comunicazione a distanza più utilizzato per far conoscere alla clientela le caratteristiche dei diversi prodotti e servizi bancari, allo scopo di avviare poi una trattativa.

⁷⁴ JANNUZZI M., *Buona fede e recesso dalla trattative contrattuali*, in *Foro it.*, 1948, c. 669.

⁷⁵ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 58.

2.4.1.2 La nozione di formazione del contratto

Diversa dalle trattative è invece la fase di formazione del contratto. Quest'ultima rispetto alla prima rappresenta uno stadio più avanzato dell'*iter* contrattuale in quanto si conclude con la stipula di un contratto bancario e si concretizza quindi in una serie di atti produttivi di effetti giuridici⁷⁶. «La formazione del contratto esprime la dimensione dinamica e procedimentale del negozio nel suo progressivo divenire. In essa possono trovar posto atti prenegoziali – tali quali sono, ad esempio, la proposta e l'accettazione – e/o veri e propri negozi giuridici»⁷⁷.

Alcune sentenze hanno evidenziato il fatto che nella responsabilità precontrattuale non rientrano solo le vere e proprie trattative, ma anche tale fase formativa del contratto, abbracciando quindi anche quella situazione giuridica preliminare rivolta alla stipula di un contratto futuro.

2.4.1.3 Distinzione tra trattativa e formazione del contratto

L'analisi appena svolta sulle due nozioni porta quindi alla seguente conclusione: «mentre la fase delle trattative è caratterizzata da atti privi di autonoma rilevanza e di propria qualificazione giuridica essendo essenzialmente diretta a cercare soluzioni intese a risolvere il conflitto dei contrastanti interessi, la fase di formazione del contratto è all'opposto costituita da una serie di atti che ricevono dall'ordinamento una qualificazione giuridica tipica, sia nel caso abbiano semplice natura prenegoziale, sia nell'ipotesi che costituiscano invece veri e propri negozi giuridici»⁷⁸. Questa distinzione assume molta rilevanza perché evidenzia come a partire da quella fase esplorativa priva di atti giuridici e negoziali, le parti e cioè banca e cliente in questo caso, siano tenute ad adottare comportamenti basati sulla correttezza come sancito dall'art. 1337 c.c. che impone la buona fede sia durante le trattative che nella formazione del contratto.

Questo concetto è stato affermato oltre dalla dottrina anche dalla giurisprudenza. Quest'ultima afferma che ci può essere responsabilità precontrattuale sia in relazione al processo di formazione del contratto, sia in presenza di semplici trattative definendo

⁷⁶ STELLA RICHTER G., *op. cit.*, p. 5.

⁷⁷ GRISI G., *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 48.

⁷⁸ STELLA RICHTER G., *op. cit.*, p. 6.

queste come quella fase anteriore in cui le parti esprimono la loro tendenza all'eventuale conclusione di un contratto senza aver dato luogo a nessun tipo di atto che caratterizza il processo formativo⁷⁹. La dottrina invece sostiene che mentre le trattative sono quella fase eventuale nella quale le parti vogliono solo preparare il contratto, la formazione del contratto viceversa è un impegno bilaterale diretto alla conclusione dell'accordo in cui è necessario porre l'attenzione alla manifestazione del consenso. Solo con quest'ultimo il contratto potrà nascere. Ciò evidenzia come consenso e determinazione del contenuto siano due concetti giuridicamente diversi, tipici di due momenti distinti, anche se spesso vengono fatti erroneamente coincidere.

2.4.1.4 La definizione di parte

Altra nozione meritevole di analisi in quanto richiamata dall'art. 1337 c.c. è quella di "parti". Tale norma infatti impone ai contraenti di un contratto bancario l'assunzione di un comportamento secondo buona fede senza però indicare cosa si intende con la nozione "parti". Tale concetto è piuttosto delicato e richiede qualche considerazione.

Come già ripetuto nei contratti bancari le parti a prima vista sono essenzialmente due: la banca e il cliente. Nel passato è sorto però un dilemma con riferimento a tale termine: alcuni sostenevano che a comportarsi in buona fede dovevano essere le future parti del contratto (in ambito bancario la banca e il cliente) o eventualmente loro rappresentanti o mandatari, escludendo qualsiasi terzo soggetto; altri viceversa ritenevano che tale dovere doveva fare capo anche a coloro che solo partecipavano alle trattative comprendendo anche soggetti esterni. In altre parole, secondo i sostenitori dell'interpretazione estensiva con il termine "parti" si racchiudono anche tutti quei soggetti che pur non essendo contraenti hanno partecipato alle trattative⁸⁰.

A tale nozione può essere quindi attribuito un duplice significato: «può effettivamente riferirsi sia ai soggetti del costituendo rapporto sostanziale mediante il concludendo contratto, sia ai soggetti esclusivamente impegnati nelle trattative, e dunque «parti» delle trattative stesse ma non anche del rapporto giuridico patrimoniale che dovrà

⁷⁹ Si veda Cass. 8 maggio 1963, n. 1142, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1699.

⁸⁰ STELLA RICHTER G., *op. cit.*, p. 10.

nascere dal contratto»⁸¹. In realtà, tale termine va valutato nel più ampio contesto in cui risulta inserita questa disposizione e ad esso va attribuito lo stesso significato che il legislatore ha assegnato a tale nozione nell'art. 1321 c.c..

Anche l'art. 1338 c.c., altra norma in tema di responsabilità, richiama la parola "parti" riferendosi al medesimo concetto dell'art. 1337: il legislatore ha voluto così accollare ad entrambe le disposizioni la stessa accezione tecnica.

2.4.2 La buona fede come clausola generale

In precedenza si è analizzato in che cosa consiste la trasparenza bancaria relativa a un contratto bancario: essa ha lo scopo di far conoscere alla clientela le condizioni economiche di un contratto prima che esso venga stipulato. Per capire meglio il significato del concetto di trasparenza è necessario un raffronto con l'art. 1337 c.c. che si occupa della buona fede: come si vedrà, l'obbligo di rispettare questo principio generale non è però solo a carico della banca, ma anche del cliente.

Il concetto di buona fede, su cui si deve improntare il comportamento della banca e del cliente, viene più volte richiamato nel codice civile in diverse norme: durante le trattative (art. 1337 c.c.), nell'interpretazione del contratto (art. 1366 c.c.) e infine nell'esecuzione di quest'ultimo (art. 1375 c.c.). Ai fini di questo lavoro interessa analizzare tale principio durante la prima fase citata cioè quella precontrattuale.

Come visto, il legislatore con il codice civile del 1942, colmando le lacune che presentava il precedente codice civile del 1865 in quanto non conteneva una norma specifica che si occupava del comportamento delle parti durante le trattative e la formazione del contratto, ha introdotto la figura dell'illecito in *contrahendo* sancita dall'attuale art. 1338 c.c. a carico di colui che ha causato l'invalidità del contratto, ma in particolar modo, con l'art. 1337 c.c.⁸², ha inserito il principio generale secondo cui i

⁸¹ STELLA RICHTER G., *op. loc. cit.*

⁸² L'introduzione nel codice civile dell'art. 1337 riguardante anche i contratti bancari, ha reso certa la regola della *culpa in contrahendo* e ha esteso la clausola della buona fede anche al di là di quanto previsto nelle singole disposizioni di legge. Ha inoltre permesso di superare la disputa esistente in materia, relativa al fatto se sussiste *culpa in contrahendo* solo quando il negozio è invalido oppure anche quando c'è un contratto valido o viceversa non è stata raggiunta alcuna trattativa. La tesi restrittiva sostenuta da Jhering, alla luce di quanto disposto dall'art. 1337, non ha senso di esistere in quanto tale norma prevede espressamente il rispetto del dovere di buona fede da parte dei contraenti

contraenti prima della stipula di un qualsiasi contratto devono comportarsi secondo buona fede, impegnando quindi le parti ad un reciproca condotta basata sulla correttezza⁸³. Una violazione di tale dovere darà luogo a responsabilità precontrattuale. Quest'ultima norma ha permesso così di estendere alla fase precontrattuale quella clausola di correttezza che è possibile riscontrare in altre norme come ad esempio nell'art. 1175 e nell'art. 1375 del c.c.. La formula utilizzata dall'art. 1337 c.c. è simile ad altre espressioni già adottate dal legislatore come «ordine pubblico, buon costume», il cui contenuto fa emergere un obbligo generico sia perché individua un dovere reciproco a carico di entrambi i contraenti, sia perché tale norma non specifica i comportamenti a cui sono tenute le parti. Questi sono necessari desumerli di volta in volta, utilizzando il criterio della «conoscenza sociale media» assunta dall'ordinamento giuridico⁸⁴. Si tratta quindi di comportamenti atipici da valutare e specificare di caso in caso.

Non è condivisibile la tesi della giurisprudenza secondo cui l'inadempimento del dovere di lealtà e di correttezza genera responsabilità solo quando si registra un violazione di un diritto altrui derivante da altre norme: nella realtà, infatti, il principio della buona fede essendo una clausola generale ha «illimitate facoltà di applicazione». Tale clausola non la si può ridurre a un concetto definito a priori, ma richiede elasticità adeguandosi così alle mutate esigenze economico-sociali del tempo.

independentemente dall'esito delle trattative. La tesi meno restrittiva invece è preferita ed è stata confermata da ulteriori disposizioni contenute nel codice civile. Al di là di queste questioni, dottrina e giurisprudenza da tempo dibattono sul contenuto di questo articolo: dalla totale indifferenza dimostrata negli anni cinquanta si è passati alla notevole importanza che riveste la responsabilità precontrattuale oggi giorno. Nonostante la dottrina si sia più volte preoccupata di definire il contenuto dell'art. 1337, la giurisprudenza ha sempre mostrato una certa diffidenza verso tale disposizione prevedendo solo in caso di recesso ingiustificato dalle trattative o di conclusione di un contratto invalido una sorta di *culpa in contrahendo*. Le ragioni alla base di tale diffidenza sono molteplici tra cui la principale è la ritrosia dei giudici nell'applicare le clausole generali in quanto ritenute troppo incerte: si temeva infatti il rischio di una eccessiva libertà discrezionale del giudice. Alcuni giuristi escludono però questo rischio «individuando nel dovere di correttezza solo un rafforzamento del patto e una conferma della sua indiscutibile forza vincolante». Con il tempo l'iniziale scetticismo verso l'uso dei principi generali scomparve lasciando spazio all'idea che le clausole generali sono in realtà strumenti idonei a «superare talune rigidità o lacune del dettato legislativo e a proporre ragionevoli schemi di soluzioni per urgenti problemi concreti».

⁸³ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 77.

⁸⁴ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 78.

Da tempo, la dottrina si è preoccupata di studiare il significato del contenuto di questo articolo definendo così l'ambito di applicazione. Secondo una teoria l'art. 1337 c.c. prevede che il dovere di buona fede è un dovere assoluto. Tale disposizione se da un lato non definisce quando una condotta è corretta, dall'altro non consente neanche di stabilire quando un comportamento è contrario alla "buona fede". Sicuramente quest'ultima nozione è sinonimo di probità, onestà, lealtà, coerenza, rettitudine, ma a parte questo la norma, come già evidenziato, non specifica a quali regole di correttezza bisogna fare riferimento. E' però evidente che l'espressione «comportarsi secondo buona fede» equivale a parlare di condotta onesta e leale⁸⁵.

Ciò significa che nel corso delle trattative sia la banca che il cliente devono assumere una condotta corretta e non devono adottare atteggiamenti ingannevoli, indipendentemente dall'esito delle trattative. La violazione del principio di buona fede da parte dei contraenti sancito dal codice civile si può verificare sia nel caso in cui non sia stato concluso un contratto bancario, sia nel caso in cui sia stato stipulato un contratto bancario valido o invalido. In quest'ultima ipotesi, come si osserverà nei prossimi paragrafi, l'art. 1337 c.c. è strettamente legato all'art. 1338 c.c. che prevede una violazione dell'obbligo di buona fede quando una parte non ha comunicato all'altra una causa di invalidità del contratto bancario.

Infine preme sottolineare come la violazione dell'art. 1337 c.c. in un contratto bancario la si può riscontrare in diverse circostanze di seguito analizzate e in particolare modo in seguito all'inosservanza degli obblighi pubblicitari da parte della banca sanciti dall'art. 116 t.u.b.. Prima però è necessario trattare la natura oggettiva della buona fede.

2.4.2.1 La natura oggettiva della buona fede

Al termine «buona fede» si può attribuire un duplice significato:

- soggettivo: con questa accezione si indica lo stato psichico in cui si trova il soggetto al fine di conseguire determinati effetti giuridici⁸⁶;

⁸⁵ BENNATI F., *op. ult. cit.*, p. 37.

⁸⁶ Per maggiori informazioni, si veda ROVELLI L., *La responsabilità precontrattuale* in BESSONE M. (a cura di), *Trattato di diritto privato*², Torino, 2000, p. 248. Dove si afferma che «buona fede in senso soggettivo non è equivalenza pura e semplice di buona fede in senso psicologico; ma che, anzi,

- oggettivo: inteso come limite all'autonomia privata delle parti. In altre parole, si tratta di una sorta di sanzione applicata ai contraenti attraverso l'imposizione dei principi di correttezza, solidarietà e serietà. In questo caso, quindi, rileva non solo lo stato psicologico delle parti, ma soprattutto il loro comportamento⁸⁷.

Ciò evidenzia come nel nostro ordinamento tale locuzione assume numerosi significati. Ai fini del presente lavoro, sembra opportuno rilevare che nel codice civile italiano sono presenti numerose disposizioni che si occupano della buona fede (artt. 1175, 1337, 1338, 1366, 1147) e ognuna di esse è caratterizzata da una *ratio* diversa e rientra in uno dei due gruppi sopra richiamati⁸⁸. Importante è quindi sottolineare che il concetto di buona fede sancito dall'art. 1337 c.c. rientra nella seconda categoria⁸⁹, indicando con questo termine una serie di obblighi reciproci imposti durante le trattative alle parti indipendentemente dalla conclusione di un contratto.

Nell'art. 1337 c.c. la buona fede fa riferimento ad un modello comportamentale che muta in base al tempo e al luogo in cui viene valutato: è necessario quindi intendere tale termine in senso oggettivo «quale contegno cui deve ispirarsi la condotta dei trattanti»⁹⁰. A condividere questa tesi è tutta la dottrina più autorevole la quale sostiene che «la buona fede di cui fa menzione l'art. 1337 c.c. è quella c.d. obiettiva che si risolve – come già abbiamo detto – in una regola di condotta, nel paradigma oggettivo del comportamento da tenere durante il periodo precontrattuale e quindi essa nulla ha anche vedere con quella soggettiva»⁹¹.

nell'ambito della buona fede in senso soggettivo, trova spazio la distinzione tra nozione etica e nozione psicologica». Un esempio di buona fede soggettiva è dato dall'art. 1147 c.c..

⁸⁷ Si veda BENNATI F., *op. ult. cit.*, p. 47, dove si afferma che la buona fede oggettiva si può distinguere sotto due aspetti: negativo e positivo. Sotto il primo profilo ad essa viene attribuito il significato di «correttezza» che comporta il rispetto di determinati doveri comportamentali impedendo in questo modo qualsiasi comportamento lesivo. Sotto il secondo profilo, invece, la buona fede esige cooperazione e collaborazione consentendo così alle parti di raggiungere le proprie aspettative.

⁸⁸ Per maggiori informazioni si legga SAPONE N., *op. cit.*, p. 15 ss.

⁸⁹ Contrario a questa opinione era Mengoni, sostenitore da sempre della natura contrattuale della *culpa in contrahendo*. Egli riteneva che, riguardo alla responsabilità precontrattuale, non poteva essere condivisa la tesi oggettiva, optava quindi per quella soggettiva.

⁹⁰ Trib. Catania, 26 febbraio 1971, in *Giust.it.*, 1972, I, p. 282.

⁹¹ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 96.

Questo orientamento della dottrina è stato poi avvallato anche dalla giurisprudenza in diverse sentenze: per i giudici, infatti, è sufficiente valutare il comportamento delle parti e non i motivi e le ragioni che lo hanno determinato.

Anche se giurisprudenza e dottrina sono riuscite a trovare un punto d'incontro sulla natura oggettiva della buona fede, contrasti sono sorti per definire quando un comportamento è contrario a buona fede. Secondo alcuni autori con quest'ultimo concetto «si fa riferimento ad un atteggiamento “pravo”, “malizioso”, “preordinato” che darebbe origine a responsabilità precontrattuale. Recentemente, si è precisato che non è necessaria una prava intenzione di recar pregiudizio all'altro trattante per parlare di responsabilità, essendo sufficiente che il comportamento denunciato risulti oggettivamente contrastante con il “dovere giuridico generale di correttezza imposto in tema di obbligazioni”; oppure, meno limpidamente, che sussiste responsabilità precontrattuale se le trattative vengono interrotte “senza giustificato motivo o in malafede”»⁹². La giurisprudenza invece ritiene che a tale concetto, a seconda dei casi, si possono attribuire significati diversi.

2.4.2.2 Doveri derivanti dall'art. 1337 c.c.

Da quanto previsto dall'art. 1337 c.c., come già sostenuto in precedenza, derivano determinati doveri a carico della banca e del cliente relativamente a un contratto bancario: si ricorda in particolare il dovere di segreto o di riservatezza, il dovere di informazione e il dovere pubblicitario.

Riguardo al primo, si tratta di un dovere relativo alla sfera personale e patrimoniale dei due contraenti. Può accadere infatti che durante il rapporto precontrattuale la banca o il cliente vengano in possesso di notizie o altre indiscrezioni che una volta rese pubbliche potrebbero arrecare un danno alla controparte. Gli esempi più tipici sono proprio riscontrabili in ambito bancario ovvero riguardo le notizie che le banche vengono a conoscenza durante le trattative di un contratto bancario riguardo la situazione economico-patrimoniale di un cliente. Visto che si tratta di notizie acquisite durante la

⁹² DEL FANTE A., *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rass. Dir. civ.*, 1983, p. 149.

fase delle trattative, la banca ha l'obbligo di conservare il segreto anche quando le trattative siano cessate per un qualsiasi motivo.

Riguardo invece al dovere di informazione⁹³, questo prevede per entrambi i contraenti (in particolare per la banca in quanto, tra i due, è il soggetto più "forte") l'obbligo di fornire alla controparte tutte le informazioni in possesso sull'oggetto del contratto. Il legame tra responsabilità precontrattuale e dovere informativo è indiscutibile: le trattative hanno lo scopo di rendere note alle parti tutti gli elementi essenziali del contratto nell'ipotesi di un'eventuale stipula⁹⁴. Grazie a questo obbligo informativo, banca e cliente possono conoscere tutte le circostanze utili ad una corretta valutazione dell'accordo. Generalmente, nel settore in esame, questi doveri riguardano soprattutto le comunicazioni della banca sulle clausole che rendono il contratto bancario inefficace, invalido o non praticabile.

Inoltre se la banca o il cliente, soprattutto se le trattative hanno raggiunto uno stadio ormai avanzato, non vogliono più concludere il contratto, la parte che vuole sottrarsi all'accordo in corso ha l'obbligo di comunicare con sollecitudine la propria intenzione all'altra parte in modo tale da consentire a quest'ultima di prevenire eventuali conseguenze dannose causate dalla mancata conclusione del contratto.

In questo caso il dovere informativo si distingue da quello pubblicitario perché non riguarda circostanze riguardanti la convenienza e le caratteristiche del contratto bancario, ma fatti oggettivi che possono inficiare sulla conclusione di quest'ultimo.

Riguardo ai contratti bancari a rientrare tra i doveri racchiusi dall'art. 1337 c.c. è un altro particolare obbligo a carico della sola banca: si tratta del dovere pubblicitario.

Come già evidenziato nel primo capitolo di questo lavoro, le norme di trasparenza bancaria contenute nel Titolo VI del t.u.b. e le correlate Istruzioni di vigilanza, attribuiscono alla banca il rispetto di determinati doveri di condotta. L'art. 116 del t.u.b., co. 1, prevede una serie di obblighi in tema di pubblicità che la banca deve soddisfare prima di giungere alla stipula di un contratto bancario. La pubblicità è espressione del principio di trasparenza e le modifiche apportate alla normativa attraverso il d.lgs. n. 141/2010 rendono ancora più evidente questo concetto: sostituendo il termine

⁹³ Si tratta di dovere sotto certi aspetti diverso da quello pubblicitario.

⁹⁴ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 153.

“pubblicizzazione” con l’espressione “rendere noto in modo chiaro” ai clienti tutte le condizioni economiche durante le trattative, si è voluto introdurre un criterio di valutazione ulteriore. Le banche infatti devono informare adeguatamente e correttamente la clientela sui loro diritti, su tutte le caratteristiche e le condizioni economiche (tassi, prezzi, oneri, rischi) dei prodotti e servizi bancari e questo mediante particolari strumenti messi a disposizione della banca tra cui ricordiamo il documento contenente i principali diritti del cliente, il foglio informativo, il documento di sintesi ecc.

Quindi, nell’ambito della disciplina dei contratti bancari in base a quanto disposto dall’art. 116, co. 1, t.u.b., l’ente creditizio deve far conoscere ai propri clienti tutte le condizioni contrattuali⁹⁵. Sulla banca inoltre ricade in fase precontrattuale lo specifico obbligo di consegnare alla propria controparte gratuitamente una copia del contratto bancario provvisorio.

Risulta quindi evidente come l’omissione da parte della banca di questi particolari doveri pubblicitari nei confronti del pubblico costituiscano violazione del principio generale di buona fede comportando così responsabilità per *culpa in contrahendo*.

Per poter affermare questo, è necessario però superare la tesi che riduce la pubblicità a un mero onere. La banca per nessun motivo è esonerata dalla pubblicità preventiva sancita dall’art. 116, co. 1, t.u.b., e per questo motivo essa non può costituire un semplice onere a carico dell’istituto di credito, ma è fonte di obbligazioni⁹⁶. Solo in questo modo una sua violazione può comportare pretese risarcitorie.

La pubblicità è quindi un’attività della banca e anche se è indipendente dalla conclusione di un contratto bancario e cioè non impegna le parti alla sua futura stipula, ciò non impedisce il sorgere di una responsabilità precontrattuale della banca. La sua inosservanza non comporta come visto solo sanzioni amministrative pecuniarie, ma anche conseguenze riguardo al rapporto con il singolo cliente.

Importante è anche evidenziare come la disciplina di trasparenza trovi il suo completamento nell’art. 1341 c.c. che si occupa delle condizioni generali di contratto.

⁹⁵ LIACE G. *op. cit.*, p. 32.

⁹⁶ SCODITTI E., *Pubblicità e responsabilità precontrattuale nei contratti bancari*, in *Dir. banc.*, 2012, I, p. 356.

Da un'attenta lettura di questa norma, calandola in ambito bancario, emerge anche in questo caso come la banca ha l'obbligo di far conoscere le condizioni generali di un contratto bancario: tale disposizione infatti sancisce che le condizioni sono efficaci nei confronti della controparte solo se quest'ultimo le ha conosciute o avrebbe dovuto riconoscerle secondo l'ordinaria diligenza⁹⁷. Ciò significa che la banca per comportarsi in buona fede deve rispettare il dovere di rendere conoscibili tutte le condizioni al cliente.

Se una violazione della pubblicità pone un problema in tema di responsabilità precontrattuale a carico della banca in quanto non viene rispettato il principio della buona fede, ci si chiede ora se esiste una certa responsabilità dell'intermediario anche per la violazione delle disposizioni sull'organizzazione e quindi se a carico della banca ci sono ulteriori obblighi. Il Testo Unico Bancario, come visto, attribuisce alle autorità creditizie l'obbligo di dettare disposizioni in tema di organizzazione della banca al fine non solo di salvaguardare la sua sana e prudente gestione e la stabilità del sistema finanziario, ma anche della trasparenza delle condizioni contrattuali e della correttezza dei rapporti con la clientela⁹⁸. In particolare, la Banca d'Italia ha previsto per le banche l'adozione di procedure interne utili al cliente per valutare il contratto bancario. Posto che queste procedure sono funzionali all'assolvimento dei doveri di trasparenza, si può affermare che la buona fede dettata dall'art. 1337 c.c. in questo caso non è fonte di obblighi per la banca, ma costituisce solo un criterio per valutare *ex post* il comportamento dei contraenti⁹⁹.

In conclusione, si può affermare che l'art. 1337 c.c. racchiude diversi obblighi a carico o della banca o di entrambi i contraenti. La dottrina da sempre sottolinea come l'art. 1337 c.c. sottintenda questi fondamentali doveri, la cui violazione durante le trattative e la formazione del contratto può determinare responsabilità precontrattuale.

⁹⁷ LIACE G. *op. cit.*, p. 32.

⁹⁸ Si veda SCODITTI E., *op. cit.*, p. 355.

⁹⁹ SCODITTI E., *op. loc. cit.*

2.4.3 La responsabilità precontrattuale per l'ingiustificato recesso dalle trattative

2.4.3.1 Evoluzione della dottrina e della giurisprudenza in tema di responsabilità da recesso

Riguardo i contratti bancari l'ingiustificato recesso dalle trattative da parte della banca o del cliente rappresenta una delle ipotesi di *culpa in contrahendo*¹⁰⁰. Tale responsabilità per danni ha incontrato molte difficoltà prima di affermarsi, legate all'esaltazione della concezione della libertà contrattuale. Molti infatti ritenevano che la responsabilità per recesso rappresentasse un ostacolo allo sviluppo delle iniziative economiche.

Fondamentale è stato però il ruolo svolto dalla dottrina che, già prima dell'ingresso del nuovo codice civile, aveva ricondotto l'ingiustificato recesso dalle trattative nel campo della responsabilità precontrattuale. E' stato in particolare Faggella¹⁰¹ che ha affermato che il recesso dalle trattative senza che queste abbiano avuto un esito positivo o negativo comporta una violazione di un tacito accordo precontrattuale.

Successivamente anche la giurisprudenza ha seguito le orme della dottrina: con una sentenza¹⁰² anch'essa ha individuato nelle trattative la nascita di un'obbligazione che impegnava le parti¹⁰³ a non recedere in mancanza di un valido motivo. Quindi sia dottrina che giurisprudenza sono concordi nel ritenere che in presenza di determinate condizioni, dal dovere di buona fede discenda l'obbligo di non recedere dalle trattative senza giusta causa¹⁰⁴. All'indomani del codice del 1942 si sono individuati dei requisiti utili per identificare un comportamento scorretto. E' venuto a consolidarsi quindi l'orientamento generale secondo il quale per poter parlare di responsabilità precontrattuale in caso di recesso sono necessari tre requisiti: l'affidamento legittimo di una parte alla conclusione del contratto, la mancanza di una giusta causa e infine il

¹⁰⁰ STELLA RICHTER G., *op. cit.*, p. 20.

¹⁰¹ Si veda FAGGELLA G., *op. cit.*, p. 36.

¹⁰² Cass. 6 febbraio 1925, in *Riv. dir. comm.*, 1925, II, p. 428.

¹⁰³ Quando si usa tale termine, trattando il settore bancario, ci si riferisce sempre alla banca e al cliente.

¹⁰⁴ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 115.

danno che ha subito la parte per aver fatto affidamento sulla conclusione del contratto¹⁰⁵.

Questi principi, ormai consolidati, sono divenuti ormai una vera e propria norma giurisprudenziale. Nonostante questo, la mancanza di direttive univoche lascia spazio ancora all'incertezza e all'evoluzione: sono numerose le ipotesi di recesso in cui è difficile giustificare il pregiudizio e questo accade soprattutto quando le ragioni alla base del recesso sono riservate.

Considerando il recesso dalle trattative un diritto inequivocabile, espressione del principio di libertà di iniziativa, c'era però anche chi riteneva che in caso di recesso ingiustificato non sussistesse alcuna responsabilità precontrattuale. Bennati sosteneva che «sanzionare con una forma di responsabilità il recesso delle trattative che hanno ingenerato affidamento, qualora non sia intervenuto per una giusta causa, significa riconoscere che le trattative debbono necessariamente continuare fino alla conclusione del contratto, potendosi, eventualmente interrompere solo allorquando intervenga un valido motivo che legittimi il recesso»¹⁰⁶. Secondo l'autore questa teoria modificherebbe la *ratio* della fase delle trattative, caratterizzata da libertà.

Ma c'è anche chi insiste nel sostenere che non esiste in alcun modo nessuna responsabilità in caso di una loro interruzione evidenziando il carattere meramente preparatorio e non vincolante delle trattative, offrendo quindi una motivazione diversa.

Recentemente, parte della dottrina però ha sostenuto che se si accettano tali tesi, opposte alla prima, non si può parlare di illegittimità da recesso, dimostrando quindi l'infondatezza di queste argomentazioni.

2.4.3.2 L'affidamento legittimo nella conclusione del contratto

Ritornando al settore bancario come osservato, in caso di recesso affinché si applichi l'art. 1337 c.c. è essenziale che ci sia l'affidamento legittimo di una parte (banca o cliente) alla conclusione del contratto bancario. In altri termini solo dopo il sorgere

¹⁰⁵ STELLA RICHTER G., *op. cit.*, p. 23. Ciò è affermato in numerose sentenze della Cassazione, si ricorda in particolare Cass. 17 aprile 1953, n. 1028, in *Giust. Civ.*, 1953, I, p. 1276.

¹⁰⁶ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 117.

dell'affidamento, il potere di recesso subisce una restrizione e cioè è possibile recedere solo in presenza di una giusta causa.

Sotto il profilo teorico la dottrina, in contrasto con la giurisprudenza, aveva aggiunto inoltre che la responsabilità per interruzione delle trattative doveva essere circoscritta nei limiti del recesso intenzionale che si verificava solo quando, o una parte avviava le trattative al fine di danneggiare l'altro o uno dei due contraenti proseguiva l'accordo pur sapendo che non si sarebbe mai giunti alla stipula del contratto¹⁰⁷. Questa visione restrittiva da un lato favoriva la libertà di iniziativa economica, ma dall'altro lato confinava solo a ipotesi estreme l'applicazione della clausola generale della buona fede. Attualmente è invece preferita un'estensione dell'area della responsabilità per recesso che non solo offre migliori garanzie per entrambi i contraenti, ma risulta anche più coerente con il corretto svolgimento del mercato.

Da quanto esposto emerge il carattere oggettivo dell'affidamento: per essere rilevante e ragionevole deve poggiare su elementi obiettivi e non equivoci. Ciò è stato esplicitamente affermato da una sentenza della Cassazione che sostiene che «l'art. 1337 trova applicazione soltanto quando il comportamento di una parte, nel corso delle trattative, sia tale da generare nell'altra una razionale fiducia nella conclusione del contratto, successivamente non perfezionatosi senza giusto ed attendibile motivo: tuttavia l'affidamento di una parte nella conclusione del contratto non si può fondare che su elementi obiettivi e cioè sulla reale esistenza di concrete trattative, e non su elementi subiettivi, pure se generati da circostanza di fatto di equivoco contenuto»¹⁰⁸.

Quindi nelle trattative, fase preparatoria che non comporta per la banca e il cliente l'obbligo di stipulare un contratto bancario, solo in presenza di elementi obiettivi e idonei, rappresentativi dell'esistenza di un affidamento ragionevole e motivato, si può parlare di "legittima aspettativa alla conclusione del contratto".

Il carattere oggettivo che deve rivestire l'aspettativa di una delle due parti alla stipula, non elimina comunque le difficoltà che si riscontrano nell'individuare il momento dell'insorgenza dell'affidamento legittimo. Dall'analisi dell'art. 1337 c.c. si riscontra che la buona fede deve essere rispettata dalle parti dal sorgere delle trattative fino alla

¹⁰⁷ STELLA RICHTER G., *op. cit.*, p. 25.

¹⁰⁸ Si veda Cass. 24 marzo 1958, n. 958, in *Giust. Civ.*, 1958, p. 349.

conclusione del contratto, senza però individuare l'esatto momento della nascita del ragionevole affidamento. E' stato osservato che esistono delle fasi delle trattative, per esempio nei primissimi momenti di queste o quando esse sono giunte a conclusione, in cui non si pone il problema del recesso: ciò evidenzia la difficoltà nell'identificare quell'arco temporale in cui l'affidamento diventi ragionevole e quindi vincoli il potere di recesso. La giurisprudenza ritiene che sia impossibile rilevare in via generale l'arco temporale esatto, perché l'affidamento a seconda dei casi sorge in tempi diversi più o meno lunghi a seconda dell'oggetto e della natura del contratto¹⁰⁹.

La difficoltà nell'individuare il momento in cui l'affidamento viene in essere, ha portato ad affermare che c'è responsabilità precontrattuale quando una parte recede senza motivo dopo essersi comportata seriamente e aver fatto pensare alla controparte che si potesse giungere ad una conclusione del contratto. In mancanza di trattative che generano una seria aspettativa alla conclusione non è possibile ravvisare gli estremi per poter parlare di *culpa in contrahendo*.

In un contratto bancario, inoltre, si può affermare che per poter parlare di legittimo affidamento è necessario che le trattative prendano in considerazione tutti i termini essenziali del futuro contratto che intercorre fra le parti e quindi tutte le condizioni economiche del prodotto/servizio offerto dalla banca. In altre parole, sussiste responsabilità precontrattuale se banca e cliente prendono in considerazione almeno gli elementi principali del contratto in quanto solo in questo caso si può configurare un affidamento. Secondo la giurisprudenza affinché ci sia *culpa in contrahendo* non è quindi sufficiente che l'affidamento sia serio, ma è indispensabile anche che le parti determinino gli elementi essenziali. «In base al disposto dell'art. 1337 c.c., la responsabilità precontrattuale può configurarsi tanto in relazione al processo formativo del contratto quanto in rapporto alle semplici trattative, per cui, se lo svolgimento di queste ultime è, per serietà e concludenza, tale da determinare un affidamento sulla conclusione del contratto, la parte che violi l'obbligo di comportarsi secondo buona fede è tenuta nei confronti dell'altra parte al risarcimento del danno, ma è altrettanto vero

¹⁰⁹ A tali fini non rileva né la durata delle trattative, né il numero di incontri tra le parti.

che, sia pure a livello di semplici trattative, è necessario che le parti abbiano preso in considerazione gli elementi essenziali del contratto che si propongono, o sperano, di stipulare, nel qual caso soltanto si configura il fondato affidamento delle parti stesse, o di taluna di esse, sulla futura conclusione del negozio»¹¹⁰.

2.4.3.3 Il recesso senza giusta causa

Come visto, dopo il legittimo affidamento, il secondo presupposto richiesto per poter parlare di una violazione dell'art. 1337 c.c. è la presenza o meno di una giusta causa. In altri termini, la banca o il cliente sono responsabili precontrattualmente se una delle due parti recede quando ormai le trattative hanno raggiunto un punto tale da aver ingenerato in una delle due un giustificato affidamento sulla conclusione del contratto bancario. Il recesso ingiustificato di uno dei due contraenti dà luogo quindi a *culpa in contrahendo* con il conseguente obbligo del risarcimento danni¹¹¹.

Importante è analizzare la formula “giusta causa di recesso”: anche se si tratta di un concetto piuttosto generico, dai confini sfumati e quindi difficile da precisare, esso rappresenta quel parametro secondo cui valutare la distribuzione tra le parti del contratto del cosiddetto rischio precontrattuale¹¹².

Da sempre, la giurisprudenza ritiene che il recesso deve essere valutato sulla base di criteri obiettivi e concreti anche in mancanza di una norma che definisca la nozione “giusta causa”. Come si è verificato per il legittimo affidamento, anche in questo caso è

¹¹⁰ Cfr. Cass. 25 febbraio 1992, n. 2335, in *Foro it.*, 1992, I, c. 1766.

¹¹¹ C'è chi ritiene che il recesso essendo un potere potestativo in capo ad entrambi i contraenti non dovrebbe comportare nel nostro ordinamento nessuna responsabilità: è irragionevole prevedere una certa responsabilità a chi interrompe le trattative in quando sta esercitando legittimamente un proprio potere e su di essa non grava nessun obbligo di proseguire la trattativa o concludere il contratto. Se una volta sorto l'affidamento si prevedesse che il recesso senza giusta causa comportasse un risarcimento danni significherebbe spingere le controparti a continuare fino a raggiungere l'accordo o fino al momento in cui interviene una giusta causa. Questo sarebbe assurdo perché si comprometterebbe la libertà che le parti vogliono conservare durante le trattative: il potere di recedere è una manifestazione del principio di libertà di iniziativa economica. Inoltre se si potesse recedere solo in presenza di un valido motivo, le parti inizierebbero le trattative solo dopo un'attenta ponderazione e ciò comprometterebbe la dinamica dei traffici. Ma a questo orientamento numerose critiche vengono sollevate: l'eccessiva libertà in sede di trattativa lasciata alle parti porterebbe il principio di buona fede a non incidere sul potere di autodeterminazione delle parti. Tale principio generale in realtà rappresenta uno dei limiti posti all'autonomia privata dei soggetti, sarebbe quindi più opportuno parlare di libertà delle parti di agire secondo buona fede e non indiscriminatamente.

¹¹² STELLA RICHTER G., *op. cit.*, p. 44.

quindi necessario far riferimento a elementi tangibili e non equivoci. Sicuramente un elemento utile per valutare il recesso è il criterio della buona fede: si può parlare di recesso ingiustificato quando una parte interrompe l'*iter* contrattuale dopo essersi assunta l'obbligo di comportarsi secondo buona fede. Infatti, se entrambi i contraenti rispettano questo principio generale, si può ritenere che la loro condotta sia giustificata. La giurisprudenza ha individuato principalmente due casi in cui il recesso è sicuramente ingiustificato: il primo, è riconducibile all'ipotesi in cui il contraente che vuole recedere viola il dovere di correttezza dolosamente o colposamente; il secondo, invece, è legato all'intenzione del recedente di danneggiare la controparte. Per esempio dal punto di vista della banca se a recedere è proprio l'intermediario creditizio, il suo ritiro dalle trattative è senza un valido motivo quando per esempio esso ha inadempito agli obblighi informativi e pubblicitari sanciti dall'art. 116 t.u.b. fornendo dolosamente o colposamente al cliente informazioni non adeguate e non veritiere.

A questa conclusione è giunta anche una sentenza della Cassazione¹¹³ che ha affermato che se la serietà delle trattative comporta in una delle due parti un affidamento alla stipula di un contratto bancario, la parte che recede senza un valido motivo violando volontariamente il principio di buona fede sarà tenuta a risarcire i danni nei limiti dell'interesse negativo.

Per comprendere meglio il concetto è però necessario considerare il recesso non come un comportamento indipendente, ma è preferibile inserirlo in un contesto più ampio di comportamenti che le parti possono adottare durante le trattative. La responsabilità per recesso «è una caso di condotta contraria ai doveri di buona fede, denunciati dall'evento che esaurisce le trattative»¹¹⁴.

Quindi se emerge che il motivo che spinge la banca o il cliente a recedere dalle trattative è giustificato e perciò conforme al criterio della buona fede contrattuale, non ci sarà risarcimento danni da parte del soggetto recedente, ma ogni contraente dovrà comunque sopportare le eventuali conseguenze legate a tale scelta; in caso contrario, l'interruzione del rapporto precontrattuale risulta abusivo e portatore di conseguenze risarcitorie¹¹⁵.

¹¹³ Cass. 14 febbraio 2000, n. 1632, in *Giur. it.*, 2000, I, p. 2250.

¹¹⁴ BESSONE M., *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, Milano, 1971, p. 269.

¹¹⁵ Ci si riferisce a eventuali spese sostenute dalle parti durante le trattative.

Contrariamente alle due ipotesi viste sopra, in un contratto bancario si possono individuare alcuni casi che non comportano una violazione dell'art. 1337 c.c.: si ritiene giustificato il recesso, per esempio, quando appare inutile per entrambi i contraenti proseguire nelle trattative, quando il cliente recede perché indotto dalla banca in quanto quest'ultima ha introdotto condizioni nuove e più onerose, quando uno dei due contraenti al momento della redazione del contratto slealmente rende note nuove pretese prima non discusse, quando una causa esterna rende l'affare meno conveniente, quando l'altro contraente ha inosservato i propri obblighi precontrattuali (per esempio il cliente può recedere validamente se la banca non ha rispettato gli obblighi pubblicitari dettati dal t.u.b. e dalle Istruzioni di vigilanza in materia di trasparenza), quando il recesso è determinato da fatti sopravvenuti e cioè conosciuti solo in un secondo momento che avrebbero impedito anche solo l'inizio delle trattative e infine quando le trattative si prolungano troppo richiedendo la discussione delle nuove condizioni di mercato.

Situazioni diverse sono invece i casi in cui uno dei due contraenti, in genere il cliente relativamente ai contratti bancari, cambia idea sulla prosecuzione della contrattazione nel corso dell'accordo o riceve un'offerta migliore da parte di un'altra banca. Nel risolvere quest'ultima situazione la dottrina ritiene che il cliente è libero di accettare la nuova offerta implicando così la rottura delle trattative con la prima controparte, questo perché non si può impedire al cliente di rinunciare a un contratto a lui più vantaggioso e sicuro correndo il rischio di non concludere nessuno dei due.

A questa soluzione è possibile muovere un'obiezione: il cliente deve informare la banca della nuova proposta che ha ricevuto in modo tale che quest'ultima decida se concludere o meno l'affare alla luce delle nuove condizioni.

Dottrina e giurisprudenza per molti anni hanno considerato il recesso ingiustificato dalle trattative come l'unica fattispecie di responsabilità precontrattuale, ma nella realtà altre ipotesi differenti da questa sono emerse. Per la giurisprudenza come per la dottrina, come visto, se c'è un ragionevole affidamento e c'è recesso senza valido motivo, si può individuare una responsabilità precontrattuale. Ma l'art. 1337 c.c. è di portata generale ed è diretto a punire non solo il recesso ingiustificato, ma qualsiasi altro comportamento contrario a buona fede durante le trattative e la formazione del contratto. E' rilevante

inoltre evidenziare il fatto che esiste responsabilità precontrattuale per violazione del principio generale della buona fede, anche quando è stato concluso un contratto valido, ma questo è un caso che verrà analizzato in uno dei paragrafi successivi.

Quindi il recesso ingiustificato è solo una delle possibili ipotesi di responsabilità precontrattuale: non è l'unica, ma è sicuramente la più frequente.

Tra le altre ipotesi di responsabilità precontrattuale c'è quindi anche quella che la giurisprudenza definisce "trattativa maliziosa" caratterizzata da uno scopo diverso dalla conclusione di un contratto. Essa ha luogo quando l'attività prenegoziale ruota attorno ad un oggetto inadatto a dar vita ad un accordo contrattuale. Mentre se le trattative sono state condotte in buona fede al massimo si può configurare l'ipotesi dolosa, cioè il contraente negligente non aveva intenzione arrecare un danno, in caso di trattativa maliziosa invece ci può essere la fattispecie colposa. Il contraente che senza alcuna intenzione di concludere un contratto ha trattato, non avrà la possibilità di invocare la colpa della controparte danneggiata per liberarsi da qualsiasi responsabilità.

Sembra evidente che la clausola della buona fede richiede alle parti di non mentire sia con riferimento al contratto, ma anche in relazione alle trattative ed inoltre richiede ai soggetti di non approfittare della debolezza e delle incapacità della controparte.

2.4.4 La condotta dell'oblato

Meritevole di analisi è anche la condotta dell'oblato. Spesso ci si trova davanti a situazioni in cui è ingiusto far ricadere su colui che ha condotto in maniera negligente le trattative, tutti i costi sostenuti dalla controparte¹¹⁶. Per semplicità supponiamo che sia la banca ad aver assunto un comportamento scorretto, per esempio violando le norme di trasparenza bancaria in fase precontrattuale dettate dal Testo Unico Bancario e dalle disposizioni di vigilanza: in tal caso, l'oblato è il cliente. In questa ipotesi è importante distinguere due momenti: il primo, è legato al comportamento da adottare in seguito alla serietà che le trattative hanno raggiunto; il secondo, invece, è collegato al momento in cui tale comportamento viene attuato.

¹¹⁶ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 129.

Riguardo al primo momento, solo se l'oblato si comporta diligentemente, si potrà richiamare l'art. 1337 c.c. e ottenere il risarcimento danni, in caso contrario no. Relativamente invece alla condotta concreta dell'oblato, se esistono le condizioni per un affidamento meritevole di tutela è possibile però che la sua condotta sia andata oltre ad un atteggiamento diligente per esempio sostenendo spese ulteriori o avviando trattative con altre banche. In queste situazioni si parla di "concorso di colpa dell'oblato" e ci si è chiesti se in tali casi colui che ha condotto negligenzemente le trattative (la banca) si ritrova a rispondere anche dei danni causati da questo soggetto. La questione è stata risolta stabilendo che tutti i danni che l'oblato ha causato e che avrebbe potuto evitare comportandosi con diligenza, non dovranno essere risarciti.

Il riconoscimento del concorso in colpa dell'oblato ha permesso così di garantire una maggiore tutela per l'ente creditizio. Secondo Monateri «è chiaro che, come non può essere eccessiva la dose di diligenza che si deve chiedere a taluno, affinché si accorga o meno del fondamento effettivo delle trattative, altrettanto non può essere eccessiva la dose di diligenza da imporsi su colui, che tali trattative inizia. Pena il risultato antieconomico e indesiderato di bloccare eccessivamente la libertà di trattativa sul mercato»¹¹⁷. Stabilito che la colpa dell'oblato incide sulla produzione e quantificazione del danno, è necessario ora domandarsi se anche durante l'affidamento tale danno deve essere preso in considerazione.

L'oblato durante le trattative possiede diversi elementi che gli permettono di capire l'intenzione della controparte, ma spesso tali informazioni sono incomplete, parziali e comportano per lui un'attività di raccolta di ulteriori dati per poi decidere che condotta adottare. Ma questa attività di controllo, però, si può spingere solo entro determinati limiti in quanto comporta dei costi per l'oblato. Esistono diverse soluzioni a questo problema: la prima, è quella di stabilire una soglia di diligenza *standard* al di sotto della quale non c'è nessuna tutela risarcitoria per il cliente in quanto non si può parlare di affidamento; un'altra soluzione, più accettabile, prevede sempre l'individuazione di una soglia di diligenza *standard* al di sopra della quale, essendoci un affidamento, il

¹¹⁷ MONATERI P. G., *Concorso di colpa e affidamento nella responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1985, p. 763.

risarcimento del danno varia a seconda della condotta dell'oblato, è necessario quindi graduare la colpevolezza di quest'ultimo¹¹⁸.

Diverse situazioni si possono quindi configurare: se l'oblato non ha nessuna colpa o ha una colpa media o lieve, l'affidamento legittimo viene riconosciuto ed egli ha diritto nel primo caso al risarcimento del danno nei limiti dell'interesse negativo, nel secondo caso invece il risarcimento danni subisce un ristoro di quella parte dello stesso che non si sarebbe dovuta verificare; se invece l'oblato è in colpa grave l'affidamento viene escluso ed egli non ha diritto a nessun risarcimento danni.

Questa soluzione presenta numerosi vantaggi tra cui tutela colui che conduce le trattative e cioè la banca in quanto fa rilevare giuridicamente la possibile colpevolezza del cliente.

2.4.5 Gli accordi parziali e il valore della minuta in fase precontrattuale

L'obiettivo del seguente paragrafo è capire la progressiva formazione del contratto bancario e l'importanza rivestita dagli accordi parziali.

Un contratto bancario si conclude solo nel momento in cui le parti si sono messe d'accordo su tutte le clausole del contratto, ma prima di tale momento altre fasi intervengono. Inizialmente la banca sottopone al cliente, come già visto, uno schema contrattuale, poi i due contraenti inizieranno a scambiarsi idee e opinioni sul contenuto del futuro contratto e gradualmente raggiungeranno un accordo sui vari punti essenziali dell'accordo. Queste fasi rientrano nelle trattative e in particolare la prima e la seconda si riferisce alle trattative in senso proprio, mentre la terza è relativa alla formazione progressiva del contratto.

Durante la formazione del contratto bancario, si pone il problema della rilevanza da attribuire alle intese parziali. Durante il secolo scorso si sono sviluppati due orientamenti dottrinali che inquadrano tale fattispecie: c'era chi sosteneva che se l'accordo definiva gli elementi essenziali del negozio il contratto doveva ritenersi perfetto, ma comunque sottoposto a condizione sospensiva in attesa del futuro contratto contenente anche le clausole accessorie; altri invece affermavano che l'accordo parziale

¹¹⁸ Si veda DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 131.

in realtà richiedeva ulteriori trattative prima di giungere ad un contratto perfetto¹¹⁹. Attualmente, si ritiene che le intese parziali, a causa del proseguimento delle trattative, sono soggette a continue trasformazioni e non vincolano le parti a concludere un successivo contratto, a meno che non siano proprio i due contraenti a volersi vincolare definitivamente.

Fondamentale è il ruolo svolto dalla minuta in fase precontrattuale: la minuta è un documento scritto, privo di una particolare forma, che fissa i punti salienti del contratto bancario su cui si era già raggiunta un'intesa senza attribuire nessun obbligo alla banca o al cliente alla conclusione del contratto.

Alcuni ritengono che se la minuta viene sottoscritta, essa rappresenta un vero e proprio accordo preparatorio senza però vincolare in alcun modo le parti e diventerà definitiva solo se inserita successivamente nel contratto. La minuta assolve a due funzioni: da un lato, favorisce la continuazione delle trattative sui punti non ancora concordati tra banca e cliente, dall'altro lato, permette di inserire nel futuro contratto condizioni già fissate¹²⁰. La tesi però che considera la minuta come un accordo preparatorio non è condivisibile perché essa contiene clausole che se non inserite nel futuro contratto, rendono quest'ultimo nullo. Dalla minuta discendono in particolare due effetti:

- un obbligo di buona fede specifico che prevede l'impossibilità di revocare i punti già fissati senza venir meno all'impegno;
- un obbligo di buona fede generico che non impedisce la continuazione delle trattative.

Si ritiene che la minuta è un momento delle trattative che non comporta nessuna efficacia negoziale. Una volta evidenziato il principio generale, può comunque accadere che i due contraenti attraverso la minuta decidano di vincolarsi in quanto la ritengono fonte di obblighi e diritti. Generalmente, affinché si arrivi al definitivo vincolo contrattuale è necessario che le parti raggiungano un'intesa sia sugli elementi principali che secondari del contratto, ma se entrambe le parti sono d'accordo, esse possono perfezionare il contratto anche se il consenso è stato raggiunto solo sugli elementi essenziali. Fondamentale in tali casi è quindi comprendere la volontà delle parti.

¹¹⁹ Si veda DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 163 ss.

¹²⁰ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 164.

Nei casi appena visti risulta interessante analizzare la responsabilità precontrattuale nel caso in cui uno dei due contraenti rifiuti senza motivo di proseguire le trattative impedendo così la stipula del contratto. Un atteggiamento del genere è sicuramente contrario a buona fede e come tale portatore di responsabilità. Diverso è invece il caso in cui le parti non raggiungono, in un momento successivo, l'accordo sulle clausole mancanti: in queste situazioni non si può riscontrare nessuna responsabilità precontrattuale.

2.5 RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE IN CASO DI CONTRATTO CONCLUSO

Terminata l'analisi delle varie ipotesi di responsabilità precontrattuale nel caso in cui banca e cliente non giungano alla conclusione di un contratto bancario, è ora indispensabile affrontare tale tematica anche nel caso opposto e cioè quando i due contraenti giungono alla stipula del contratto.

Finora oggetto di molti ragionamenti è stato l'art. 116 t.u.b. che, insieme alle Istruzioni di Vigilanza in materia di trasparenza, definisce la pubblicità che la banca deve praticare nei confronti della clientela durante le trattative e ci si è occupati, nei paragrafi precedenti, della responsabilità precontrattuale che sorge a seguito di una violazione dei doveri informativi in caso di mancata stipula del contratto. Ora, però, bisogna porsi davanti a una situazione diversa e cioè si vuole analizzare se esiste *culpa in contrahendo* anche quando banca e cliente sono giunti alla stipula di un contratto bancario ai sensi dell'art. 117 t.u.b.. Come si può osservare, esiste uno stretto legame tra l'art. 116 e 117 t.u.b., in quanto l'osservanza del primo rappresenta la premessa per giungere ad uno schema contrattuale dettato dal secondo. Proprio in forza di questo legame, si può dire che se due contraenti sono giunti alla stipula di un contratto bancario, l'inadempimento degli obblighi pubblicitari a carico della banca in fase di trattative può comportare anche in questo caso responsabilità precontrattuale.

E' quindi certo ormai che anche se il contratto bancario è stato concluso, determinati comportamenti scorretti tenuti non solo dalla banca ma anche dal cliente durante le

trattative possono incidere sul rapporto che intrattengono le due parti comportando così che la disciplina della buona fede precontrattuale trova applicazione anche nell'ipotesi di stipula di un contratto¹²¹.

In caso di conclusione di un contratto bancario, per molti anni la dottrina ha ritenuto che esistesse responsabilità precontrattuale solo nell'ipotesi di invalidità del negozio e cioè quando una parte non comportandosi diligentemente, pur conoscendo o dovendo conoscere la ragione dell'invalidità, avesse dato corso alla stipula di un contratto in realtà non valido. Ma questa fattispecie, disciplinata dall'art. 1338 c.c., non è sicuramente l'unica ipotesi in cui si riscontra responsabilità precontrattuale in caso di contratto concluso, in quanto tale responsabilità si può individuare anche nell'ipotesi di contratto validamente concluso¹²²: per esempio quando il comportamento contrario a buona fede di uno dei due contraenti ha influenzato la stipula del contratto, tanto che se l'altra parte avesse conosciuto le vere circostanze, non sarebbe mai giunto alla stipula o comunque vi sarebbe giunto a condizioni diverse¹²³.

Ritornando alla pubblicità di un contratto bancario si può infatti ipotizzare che la banca non ha ottemperato questo obbligo nelle forme previste dall'art. 116 t.u.b. e dalle disposizioni di vigilanza oppure le informazioni non sono state fornite dall'intermediario in modo chiaro ed esauriente, facendo così concludere al cliente un contratto valido ma in condizioni di disinformazione. In questa particolare circostanza si può riscontrare una responsabilità della banca: il cliente ha quindi il diritto di ottenere il risarcimento del danno subito in quanto se fosse stato adeguatamente informato sulle condizioni, probabilmente avrebbe concluso il contratto bancario a condizioni più vantaggiose con la banca con cui ha trattato, oppure anche con un altro ente

¹²¹ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 181.

¹²² Mentre la giurisprudenza ritiene che in questi casi non si possa riscontrare nessuna responsabilità precontrattuale, la dottrina invece, contestando fortemente questa presa di posizione dei giudici, ritiene che anche se l'art. 1338 c.c. parla espressamente di contratti invalidi, l'art. 1337 c.c. non pone al contrario nessun limite al riguardo, facendo così emergere che il comportamento scorretto e sleale di un contraente comporta responsabilità anche in caso di contratto valido. La responsabilità precontrattuale va estesa anche in tali ipotesi, in cui si riconosce una trasgressione dell'obbligo di buona fede.

¹²³ Si è definito così il tema della responsabilità precontrattuale per danno derivante da un contratto sconveniente.

creditizio¹²⁴. Se quindi per il mancato rispetto della pubblicità il contratto bancario è risultato per il cliente meno vantaggioso, escludere che la disciplina di pubblicità non comporti obblighi precontrattuali significherebbe lasciare il cliente privo di qualsiasi tutela. L'impossibilità quindi per il cliente di avvantaggiarsi di condizioni più favorevoli a seguito del comportamento scorretto in sede precontrattuale della banca, comporta quindi la *culpa in contraendo* di quest'ultima.

Queste teorie sono condivise tanto dalla dottrina più autorevole, quanto dalla più recente giurisprudenza che sottolinea come «ai fini della individuazione della responsabilità precontrattuale rilevino non solo le ipotesi in cui non si giunga alla conclusione del contratto per rottura ingiustificata delle trattative [...], ma anche quelle in cui pur essendo il contratto stato concluso, lo stesso risulta essere pregiudizievole per una delle due parti»¹²⁵.

La dottrina ritiene ormai superata la disputa secondo la quale esiste *culpa in contrahendo* solo nel caso di negozio invalido. Questa opinione restrittiva che esclude quindi qualsiasi tipo di responsabilità precontrattuale nel caso di contratto concluso validamente o nell'ipotesi di mancanza di accordo, pur trovando appoggio nelle teorie di Jhering, in realtà contrasta fortemente da quanto disposto dall'art. 1337 c.c. che impone alle parti di comportarsi in buona fede indipendentemente dall'esito delle trattative¹²⁶. Non avrebbe senso improntare la condotta dei due contraenti alla correttezza anche durante le trattative se poi il comportamento sleale di uno dei due porta solo alla formazione di un contratto nullo o annullabile: c'è responsabilità precontrattuale anche in presenza di un contratto valido.

2.5.1 Rapporti tra l'art. 1337 e 1338 c.c.

Per quanto riguarda un contratto bancario, in tema di responsabilità precontrattuale la regola principale è quella dettata dall'art. 1337 c.c. a cui si affianca l'art. 1338 del c.c. che prevede la comunicazione da parte dei contraenti di eventuali cause di invalidità del

¹²⁴ SCODITTI E., *op. cit.*, p. 360.

¹²⁵ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. loc. cit.*

¹²⁶ BENNATI F., *Culpa in contrahendo, cit.*, p. 288.

contratto, stabilendo l'obbligo di risarcire i danni in caso di inosservanza nei confronti di colui che senza sua colpa ha confidato nella validità del contratto.

Numerose sono state le sentenze della giurisprudenza che affermano che «la disposizione dell'art. 1338 c.c. trova il suo fondamento nell'obbligo sancito dall'art. 1337 c.c. di comportarsi secondo buona fede, il quale obbligo deve considerarsi violato quando una parte conosca o debba conoscere una causa di invalidità del contratto e non la riveli all'altra parte»¹²⁷. L'art. 1338 c.c.¹²⁸ è quindi una specifica applicazione dell'articolo precedente ed è applicabile anche nell'ipotesi di contratto bancario tra banca e cliente. I giudici però preferiscono considerare le due norme separatamente in modo tale che un comportamento scorretto secondo l'art. 1337 da parte di uno dei due soggetti coinvolti verga sanzionato dallo specifico articolo, evitando così confusione tra

¹²⁷ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 189.

¹²⁸ Il rapporto tra l'art. 1337 e l'art. 1338 c.c. per molti anni è stato oggetto di dibattiti in quanto non risultava chiaro il motivo per cui il legislatore avesse introdotto un obbligo già previsto indirettamente dall'art. 1337. La dottrina, e in particolare Bennati, sosteneva che la disposizione base è l'art. 1337, mentre l'art. 1338 non è altro che un'applicazione del principio sancito dalla norma precedente. L'introduzione nel nostro ordinamento giuridico della norma in esame la si può spiegare in primo luogo sotto un punto di vista storico in quanto l'art. 1338 ricalca la fattispecie elaborata da Jhering nel 1861, in secondo luogo perché il legislatore ha voluto introdurre una norma più puntuale con riferimento alla responsabilità precontrattuale in seguito alla violazione del dovere di buona fede. In fase precontrattuale, il dovere di correttezza sbocca in *culpa in contrahendo* se una parte conosce e non comunica l'esistenza di una causa di invalidità. La giurisprudenza ha inoltre definito i presupposti e i limiti dell'art. 1338: innanzitutto è necessario che una parte sia o possa essere a conoscenza, secondo l'ordinaria diligenza, di una causa che può rendere invalido il contratto, inoltre è richiesto che la controparte abbia subito un danno a seguito dell'affidamento riposto nella validità del contratto. L'art. 1338 permette di punire quindi il comportamento reticente di una parte per l'inosservanza delle comuni regole di diligenza se l'altra ha fatto affidamento nella conclusione del contratto. Fondamentale è occuparsi anche del significato da attribuire al sintagma «causa di invalidità». Tra queste sicuramente rientrano le cause di nullità e annullabilità, dubbi invece sorgono per quanto riguarda la mancata comunicazione delle cause di inefficacia. La giurisprudenza ha più volte ribadito che «il presupposto fondamentale per l'applicazione dell'art. 1338 c.c. è che il contratto sia invalido e cioè nullo o annullabile». Pertanto il concetto di invalidità, intesa come annullabilità, si riferisce alla presenza di particolari patologie o vizi che rendono inidoneo il negozio contrattuale. Se la patologia è particolarmente grave in quanto mancano gli elementi minimi richiesti inderogabilmente, l'ordinamento giuridico prevede invece come sanzione la nullità del contratto. Anche parte della dottrina, come la giurisprudenza, sostiene l'idea di escludere l'inefficacia dal novero dell'invalidità. Tuttavia come si vedrà si tende generalmente ad applicare all'art. 1338 c.c. anche nell'ipotesi di mancata comunicazione delle cause di inefficacia. Come si è finora osservato, la fattispecie dell'art. 1338 c.c. si riferisce alle ipotesi di contratto invalidamente concluso, ma oggetto di numerose discussioni è anche l'ipotesi di contratto inesistente. In questa situazione meramente apparente la dottrina ritiene che non si può configurare un obbligo informativo vero e proprio in quanto si è di fronte a un contratto addirittura privo dei requisiti minimi. La giurisprudenza appoggia la tesi della dottrina sostenendo anch'essa che la responsabilità precontrattuale individuabile secondo l'art. 1338 c.c. non è ravvisabile in caso di inesistenza di un contratto.

le due norme. C'era chi infatti sosteneva che l'art. 1338 rappresentasse un ostacolo all'applicazione dell'art. 1337, ma tale timore è del tutto ingiustificato.

La principale differenza che si può riscontrare tra i due articoli è che l'art. 1338 c.c. tutela l'affidamento di una parte sulla validità del contratto e non l'affidamento di un contraente sulla conclusione del contratto. Secondo alcuni l'art. 1338 c.c., pur rispondendo alla funzione medesima dell'art. 1337 c.c. di garantire reciproca lealtà tra le due parti del contratto, sancisce testualmente uno specifico obbligo di comunicazione riguardo alle cause di invalidità del contratto ponendo il problema di verificare se questo dovere riguarda le cause di nullità e annullabilità o anche quelle di inefficacia; l'art. 1337 c.c. invece contiene una clausola in bianco da cui deriva l'obbligo di comportarsi secondo buona fede¹²⁹. Per altri invece il legame che unisce queste due norme è individuabile «nell'esigenza di operare un'equa ripartizione del rischio connesso alle trattative, che si realizza nel caso tipico di violazione dell'art. 1337 c.c., con la dimostrazione della legittimità del proprio affidamento e dell'ingiustizia del motivo di recesso della controparte; mentre, nel caso di violazione dell'art. 1338, tale ripartizione consegue alla prova dell'incolpevolezza della propria ignoranza circa la causa di invalidità del contratto e alla dimostrazione della conoscenza e conoscibilità di quella causa da parte dell'altro contraente»¹³⁰.

2.5.2 Responsabilità precontrattuale e nullità del contratto

Come già anticipato sorge responsabilità precontrattuale secondo l'art. 1338 anche quando non è stata comunicata una causa di nullità del contratto bancario con la necessaria esigenza però di un colpevole affidamento. Le cause di nullità in generale sono sancite dall'art. 1418 c.c. e sono tutte riconducibili ad ipotesi di contrarietà di norme imperative¹³¹. In particolare, è importante evidenziare come l'art. 1418 richiama come causa di nullità la mancanza di uno dei requisiti dettati dall'art. 1325 c.c. che al

¹²⁹ Per maggiori dettagli si veda ALBERICI M., *Il dovere precontrattuale di buona fede*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 1082.

¹³⁰ NANNI L., *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988, p. 122.

¹³¹ L'art. 1418 c.c. prevede che un contratto è nullo se contrario a norme imperative. Al co. 2 e 3 invece definisce nullo un contratto in mancanza di uno dei requisiti fissati dall'art. 1325 c.c., in caso di illiceità della causa o dei motivi, in mancanza nell'oggetto dei requisiti dettati dall'art. 1346 c.c. e in tutti gli altri casi stabiliti dalla legge.

quarto punto si occupa della forma del contratto. Si può osservare che in un contratto bancario la forma è un elemento essenziale del contratto ed è proprio l'art. 117 t.u.b., co. 1, a stabilire che «i contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato al cliente». Tale disposizione normativa quindi impone alla banca di stipulare il contratto bancario in forma scritta, è richiesta quindi la forma *ad substantiam* a pena di nullità del contratto¹³². In analogia con l'art. 117 t.u.b., si pone anche l'art. 1350 c.c. che richiede la forma scritta come elemento essenziale del contratto e applica la stessa sanzione in caso di inosservanza, dettata dal terzo comma dell'art 117. A questo principio generale, però, sempre l'art. 117, co. 2, attribuisce al Cibr il potere di prevedere una forma diversa per motivate ragioni tecniche. Anche il comma 8 prevede una causa di nullità del contratto bancario: se determinati contratti bancari definiti dalla Banca d'Italia hanno un contenuto difforme a quello prescritto, il contratto bancario è nullo. Proseguendo nell'analisi delle norme del t.u.b. contenute nell'art. 117, fondamentale è anche il quinto comma che considera nulle e non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi riguardanti la determinazione di tassi e prezzi e le condizioni più sfavorevoli per il cliente rispetto quelle pubblicizzate. Il quarto comma inoltre ribadisce come il contratto bancario deve contenere tutte le condizioni economiche tra cui il tasso d'interesse, ogni altro prezzo e nell'ipotesi di contratti di credito gli eventuali maggiori oneri in caso di mora. Con riferimento ai co. 4 e 5, il comma 6 avverte che se si verifica l'inosservanza dei due commi precedenti si applicano: il tasso nominale minimo e massimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli indicati dal Ministro del Tesoro emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto bancario; gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati se più favorevoli per il cliente. In queste circostanze quindi il contratto bancario non si può considerare nullo nella sua interezza.

Fondamentale è sottolineare il fatto che se il contratto bancario risulta nullo perché contrario a norme imperative, sembra che l'art. 1338 c.c. non si possa applicare in quanto non è configurabile nessuna *colpa in contrahendo* se l'invalidità è ricollegabile alla violazione di norme di legge. In altre parole, se la causa di invalidità del contratto

¹³² Per i contratti bancari conclusi per via telematica, la forma viene rispettata mediante la firma elettronica. E' importante inoltre rilevare come in questa circostanza si è di fronte ad una nullità relativa cioè può essere fatta valere solo dal cliente.

bancario risulta da una norma imperativa o proibitiva di legge che si presume essere nota a tutti i soggetti se avessero adottato un comportamento di normale diligenza, in tali casi non si può configurare in nessun modo alcuna responsabilità precontrattuale a carico del contraente che ha omesso l'esistenza di tali norme in quanto era compito anche dell'altra parte conoscerle¹³³. Quest'ultima non può più sostenere di aver confidato senza sua colpa nella validità del contratto e quindi non c'è nessun risarcimento danni.

Sembra quindi applicabile il principio *ignorantia legis non excusat*, ma con questa massima non si vuole indicare che «l'ignoranza o l'errore di diritto sono inescusabili, né enuncia una presunzione legale di conoscenza delle norme, e neppure un obbligo di conoscenza, ma vuole semplicemente dire che i precetti del diritto obiettivo debbono trovare incondizionata applicazione, indipendentemente dalla conoscenza o volontà del soggetto»¹³⁴.

Sono però molte le obiezioni riguardanti questo orientamento: in particolare, la dottrina ritiene che anche in queste ipotesi si genera un obbligo di avviso il cui inadempimento dà luogo al risarcimento danni. In realtà, ogni causa di nullità dipende da un comportamento contrario a una norma di legge: se la violazione di una legge non comportasse il risarcimento danni nei confronti del contraente che ha riposto la sua fiducia nella conclusione del contratto, l'art. 1338 non dovrebbe più operare¹³⁵.

Altri invece hanno proposto una soluzione più articolata che prevede la piena applicabilità dell'art. 1338: sarebbe opportuno distinguere tra legge e legge allo scopo di valutare se l'ignoranza di quella determinata disposizione è scusabile o meno, evitando così di colpevolizzare il contraente che aveva confidato nella validità del contratto, di non conoscere norme particolari. Bisognerà quindi valutare di caso in caso la negligenza o meno della controparte danneggiata.

Fondamentale è un'ulteriore osservazione di carattere generale: l'art. 1338 c.c. prevede l'obbligo di comunicare l'eventuale causa di invalidità di un contratto¹³⁶, ciò però sembra non essere molto coerente con riferimento alle cause di nullità. In tal caso,

¹³³ Si veda DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 194 ss.

¹³⁴ MENGONI L., *L'acquisto «a non domino»*, Milano, 1949, p. 226.

¹³⁵ STELLA RICHTER G., *op. cit.*, p. 76.

¹³⁶ Si ricorda che tra esse vengono ricomprese anche le cause di inefficacia.

infatti, affinché un soggetto si comporti in buona fede non sarebbe sufficiente rispettare l'obbligo di comunicazione, ma dovrebbe proprio astenersi dal concludere un contratto che sa essere inutile. Dovrebbe essere di entrambi i contraenti l'interesse a non porre in essere un contratto privo di effetti e quindi in ipotesi di nullità negoziale, diversamente da quanto stabilisce la legge, non ha molto senso limitare l'obbligo della buona fede alla semplice comunicazione.

2.5.3 Responsabilità precontrattuale e annullabilità del contratto

In precedenza si è osservato come anche in caso di contratto bancario valido può sorgere a carico della banca la responsabilità precontrattuale per violazione della pubblicità: se l'intermediario infatti non informa il cliente in modo esauriente o nelle forme previste dal t.u.b. e dalle disposizioni di vigilanza, questo può chiedere il risarcimento danni per violazione del principio di buona fede della banca in quanto se egli avesse conosciuto tutte le condizioni in modo chiaro avrebbe probabilmente stipulato il contratto bancario a condizioni più vantaggiose.

Il comportamento scorretto della banca antecedente la conclusione di un contratto può però portare alla stipula di un contratto bancario invalido per vizio del consenso e questo può comportare per l'intermediario oltre al semplice risarcimento danni per responsabilità precontrattuale, anche l'annullamento del contratto¹³⁷. E' fondamentale quindi analizzare la relazione tra annullamento del contratto e risarcimento danni.

A seguito quindi dell'applicazione dell'art. 1338 c.c. anche in caso di contratto bancario invalido e quindi annullabile, si può riscontrare una sorta di responsabilità precontrattuale.

In questo caso, è necessaria però una premessa che tende a limitare il campo di applicazione dell'art. 1338 c.c.: affinché sorga responsabilità precontrattuale in capo al soggetto che ha inosservato i doveri informativi (banca) non è sufficiente che il cliente confidi senza colpa nella validità del contratto, ma è necessario fare una distinzione tra le diverse cause che possono dare luogo all'invalidità¹³⁸.

¹³⁷ L'art. 1427 c.c. afferma infatti che il contraente il cui consenso fu dato per errore [...], può chiedere l'annullamento del contratto.

¹³⁸ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, pp. 208-209.

Si può affermare che in caso di dolo o violenza è piuttosto irrealistico che il contraente che pone in essere un comportamento violento per spingere l'altra parte a concludere il contratto, debba comunicare a questo la presenza del vizio e quindi la possibilità di annullarlo. In tal caso, il comportamento illecito lesivo dell'altrui sfera giuridica viene punito da disposizioni penali infatti la responsabilità per fatti illeciti assorbe anche la responsabilità per mancata comunicazione della causa di invalidità.

C'è quindi responsabilità precontrattuale solo nell'ipotesi di annullabilità per errore: se un contraente conosce o dovrebbe conoscere che l'altra parte versa in errore, l'obbligo della buona fede può operare appieno attraverso la comunicazione dell'errore in corso¹³⁹. Affinché un contratto sia annullabile e ai fini dell'applicazione dell'art. 1338 c.c. è però necessario che l'errore commesso sia essenziale¹⁴⁰ e riconoscibile¹⁴¹. In mancanza di questi due requisiti il contratto bancario è valido e non esistono i presupposti per applicare l'art. 1338 c.c..

2.5.3.1 L'errore-vizio¹⁴²

Posto che in fase di trattativa è soprattutto la banca ad avere determinati doveri informativi e pubblicitari nei confronti del cliente, in questo paragrafo ci si occuperà del risarcimento danni derivante da responsabilità precontrattuale dovuto a violazione di un obbligo precontrattuale di informazione in caso di errore causato dalla banca¹⁴³.

¹³⁹ STELLA RICHTER G., *op. cit.*, p. 78.

¹⁴⁰ A definire quando l'errore è essenziale è l'art. 1429 c.c. che ipotizza tale circostanza nei seguenti casi:

- quando l'errore riguarda la natura e l'oggetto del contratto;
- quando riguarda l'identità dell'oggetto della prestazione;
- quando cade sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente;
- in caso di errore di diritto se questo è la ragione unica e principale del contratto.

¹⁴¹ Come afferma l'art. 1431 c.c. l'errore è riconoscibile quando «in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo».

¹⁴² Alcuni autori ritengono che, a differenza dell'errore-vizio, in caso di dolo-vizio l'art. 1338 c.c. non si può applicare in quanto è assurdo sanzionare la parte (banca) che ha indotto dolosamente l'altro contraente (cliente) in errore sottoponendola all'obbligo di informare questo fatto. L'induzione dolosa in errore è di per se un illecito e in quanto tale punibile penalmente.

¹⁴³ La stessa identica valutazione vale per il caso opposto.

In questa situazione, come già anticipato, affinché l'errore della banca comporti annullamento del contratto bancario ed eventualmente il risarcimento danni, questo deve essere:

- essenziale: tale requisito è fondamentale per chiedere alla banca il risarcimento danni a titolo di responsabilità precontrattuale. In caso di contratto bancario l'errore della banca può essere essenziale per esempio quando l'intermediario informa erroneamente il cliente sulla natura (e cioè sulla tipologia) o sull'oggetto (e cioè sul suo contenuto: condizioni economiche, spese, rischi) del contratto, spingendo così la controparte a rappresentarsi in una situazione diversa da quella reale. Il cliente si trova quindi a dare il proprio consenso alla stipula di un contratto bancario, sulla base di un errore della banca;
- riconoscibile: e cioè la banca, usando l'ordinaria diligenza, avrebbe potuto rilevarlo.

In particolare, è fondamentale analizzare due casistiche: l'ipotesi di errore inescusabile e riconoscibile e quella dell'errore scusabile e riconoscibile¹⁴⁴.

Nel primo caso, sia la banca che il cliente sono colpevoli: la prima perché ha violato l'obbligo di buona fede in quanto avrebbe dovuto riconoscere e comunicare l'errore alla controparte; il secondo invece perché se adottava una condotta diligente avrebbe potuto individuarlo ed evitarlo. In questa circostanza visto che entrambi versano in errore il danno è suddiviso. Il cliente può chiedere l'annullamento del contratto, ma non il risarcimento danni per aver confidato nella validità del contratto; la banca, viceversa, non può impedire l'annullamento del contratto e non può pretendere nessun risarcimento. Entrambe le parti quindi a seguito dell'annullamento del contratto sopportano le spese sostenute e le perdite subite.

Il caso più frequente è invece il secondo in cui il cliente è incolpevole, mentre la banca è colpevole per non aver riconosciuto l'errore e di conseguenza per non averlo comunicato. In questa circostanza, tutto il danno ricade sull'intermediario: il cliente può pretendere l'annullamento del contratto bancario e contemporaneamente ai sensi

¹⁴⁴ Per un maggior approfondimento si veda AFFERNI G., *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008, p. 159 ss.

dell'art. 1338 c.c. può chiedere anche il risarcimento danni per responsabilità precontrattuale della banca.

2.5.4 Responsabilità precontrattuale e inefficacia del contratto

Come già visto anche se la giurisprudenza ha più volte ribadito che l'art. 1338 c.c. è applicabile in caso di contratto invalido e cioè nullo o annullabile escludendo quindi la semplice inefficacia, l'obbligo di comunicazione sancito dalla norma in esame ha ragione di esistere anche in ipotesi di inefficacia. Una particolare fattispecie di inefficacia del contratto si ha quando il contratto bancario è stato concluso da un *falsus procurator*.

2.5.4.1 Contratto concluso dal *falsus procurator*

Come osservato, un particolare caso che può comportare responsabilità precontrattuale è quando il contratto bancario viene concluso da un *falsus procurator*: l'art. 1398 c.c.¹⁴⁵ è infatti un'applicazione dell'art. 1338 c.c.. Anche ai contratti bancari quindi si può applicare l'art. 1398 c.c.: se l'eventuale rappresentante del cliente o il dipendente della banca contrattano in mancanza di poteri o eccedendo quelli attribuitigli, questi devono risarcire i danni al terzo contraente che ha confidato senza colpa nella validità del contratto. In questo caso si è di fronte a una responsabilità contrattuale che si trova sullo stesso piano della *culpa in contrahendo* dettata dall'art. 1338 c.c..

Per anni acceso è stato il dibattito attorno alla natura di questo vizio: alcuni sostengono che in tali circostanze il contratto è nullo, altri invece ritengono che sia annullabile.

Entrambe le tesi sono però da escludere in quanto mentre nel primo caso non si può parlare di nullità perché il *dominus*, cioè colui che ha conferito la facoltà (banca o cliente), può modificare il contratto¹⁴⁶ e la retroattività di questa ratifica porta ad escludere questa opzione; nel secondo caso non si può parlare di annullabilità vista la produzione di effetti *medio tempore*. In queste situazioni il contratto bancario è perfetto,

¹⁴⁵ L'art. 1398 c.c. dispone che «colui che ha contratto come rappresentante senza avere i poteri o eccedendo i limiti delle facoltà conferitagli, è responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per aver confidato senza sua colpa nella validità del contratto».

¹⁴⁶ Come sancito dall'art. 1399 c.c.

ma in assenza di una successiva ratifica è privo di effetti¹⁴⁷ tra il *falsus procurator* e il terzo contraente in quanto il falso rappresentante ha partecipato al contratto bancario in nome e per conto del falso rappresentato.

Alla luce di tutte queste considerazioni e ricordando che è ravvisabile *culpa in contrahendo* anche in caso di contratto bancario valido, la responsabilità del *falsus procurator* rappresenta un'ipotesi di responsabilità precontrattuale in quanto tale soggetto, privo di legittima rappresentazione, si è comportato scorrettamente non comunicando alla controparte la carenza dei suoi poteri. Si può quindi notare come i principi visti dall'art. 1338 c.c. si estendono anche all'art. 1398 c.c..

Un caso molto particolare è quando lo stesso *dominus* (banca o cliente) crea dolosamente o colposamente un rappresentante apparente. Servono però le seguenti circostanze per parlare di rappresentanza apparente: l'esistenza apparente di un potere di rappresentanza, il comportamento colposo dell'apparente rappresentato, l'assenza di colpa del terzo. In tal caso, è possibile riscontrare da parte del *dominus* una violazione del canone di buona fede sancito dall'art. 1337 c.c. durante la fase precontrattuale comportando così per lui una sorta di *culpa in contrahendo* in concorso con quella del *falsus procurator*¹⁴⁸.

2.5.5 La responsabilità precontrattuale dell'incapace legale

Riguardo al contratto bancario, fondamentale è occuparsi anche del caso in cui il contratto è stato concluso da un soggetto legalmente incapace. In queste circostanze il ruolo dell'incapace legale può essere sia rivestito dal cliente che dal dipendente della banca. Anche se in ambito bancario, visti i numerosi controlli, questa ipotesi è difficilmente realizzabile nella realtà, è necessario comunque analizzare questa particolare fattispecie in quanto può portare il sorgere di una certa responsabilità precontrattuale.

Se il contratto bancario è stato concluso da un incapace legale, il nostro ordinamento giuridico prevede come sanzione l'annullamento del negozio contrattuale¹⁴⁹. Con la

¹⁴⁷ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 225.

¹⁴⁸ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 232.

¹⁴⁹ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 217.

nozione “soggetto incapace” generalmente ci si riferisce al minore di età, all’interdetto giudiziale o legale o all’inabilitato.

Si è constatato che mentre per l’interdetto o l’inabilitato non si può riscontrare nessuna responsabilità precontrattuale, più problematico è il caso del minore di età. In un contratto bancario è praticamente impossibile che il dipendente della banca sia un minore, questa ipotesi quindi può riguardare più che altro la controparte della banca e cioè il cliente: quest’ultimo, infatti, può aver dato il proprio consenso alla stipula di un contratto bancario senza aver dichiarato di essere incapace. Questa situazione può verificarsi o quando il minore omette la propria condizione, ma la banca se si fosse comportata in buona fede svolgendo tutte le indagini richieste prima della stipula di un contratto ne sarebbe venuta a conoscenza; oppure quando il cliente minore ha ingannato la banca.

La giurisprudenza tende a risolvere il primo caso in senso negativo in quanto secondo essa sarebbe contraddittorio applicare ad un soggetto incapace norme come quella dettata dall’art. 1338 c.c.. Si esclude quindi in questi casi qualsiasi responsabilità del minore per *culpa in contrahendo* che nel contrattare ha omissso la sua condizione, prevedendo quindi l’inapplicabilità dell’art. 1338 a carico di questo soggetto. Si è giunti a questa conclusione per l’evidente antitesi esistente tra l’obbligo sancito dall’art. 1338 c.c. e lo stato di incapace.

Parte della dottrina, dimostrandosi quindi favorevole alla tesi della giurisprudenza, anch’essa esclude l’applicazione della norme oggetto d’esame in questa ipotesi: l’incapacità di un contraente impedisce di assumere obblighi contrattuali, escludendo a sua volta qualsiasi obbligo precontrattuale e quindi anche il risarcimento danni. L’unica conseguenza riscontrabile è quindi l’annullamento del contratto bancario anche su iniziativa dello stesso incapace.

Non mancano però di contro coloro che appoggiano una tesi opposta e ritengono che il minore reticente sulla sua età sia responsabile precontrattualmente. Ma a questo orientamento può essere mossa una critica: se il legislatore decide di colpire il minore, non può di certo lasciare indenne la parte capace e cioè la banca che si trovava nelle condizioni per svolgere tutte le indagini possibili necessarie per conoscere la verità.

L'intermediario quindi che non ha condotto correttamente le indagini che gli avrebbero permesso di conoscere lo stato di incapacità dell'altra parte è anch'esso colpevole. In tal caso chi, pur potendo, ha ommesso di condurre le indagini non potrà pretendere nulla se il contratto viene annullato, non potendo far ricadere la colpa solo sull'incapace. Le norme infatti non possono essere invocate se alla base non sono state compiute tutte le ricerche indispensabili per conoscere la verità¹⁵⁰.

L'unica ipotesi in cui si esclude l'azione di annullamento è quando il cliente minorenne ha volutamente, attraverso raggiri, occultato la sua età. In questo caso particolare è necessario tutelare la banca in buona fede, in quanto il minore si è dimostrato maturo e consapevole negli affari. Il contratto bancario concluso è quindi equiparabile a quello concluso da un maggiorenne e quindi non annullabile. Di conseguenza non si può nemmeno escludere l'applicabilità dell'art. 1338 c.c..

2.6 IL DANNO RISARCIBILE

2.6.1 La disciplina dell'interesse negativo

Finora si è osservato quando sorge responsabilità precontrattuale in capo alla banca o al cliente a seguito di una violazione degli artt. 1337 e 1338 c.c., ora però è necessario delimitare l'area del danno risarcibile in ipotesi di *culpa in contrahendo*.

Rileggendo le due norme si può notare come entrambe non prevedono espressamente nessun tipo di sanzione per la violazione del principio della buona fede e per la mancata comunicazione in sede di trattative dell'esistenza di una causa di invalidità del contratto bancario. Il legislatore impone solo a carico del soggetto che si è comportato scorrettamente durante le trattative (banca o cliente) un obbligo di risarcimento evitando qualsiasi altra specificazione¹⁵¹. E' fondamentale quindi comprendere come in caso di contratto bancario, l'ordinamento italiano si pone di fronte a una condotta scorretta di uno dei due contraenti per l'inosservanza delle norme analizzate.

¹⁵⁰ STOLFI G., *Sulla responsabilità precontrattuale del minore*, in *Riv. dir. comm*, 1968, I, p. 274.

¹⁵¹ Alcuni autori, inoltre, in tali casi hanno individuato ipotesi di sanzioni diverse dal risarcimento danni: c'è chi parla di annullamento, di rescissione, di risoluzione o di mantenimento nonostante il vizio degli effetti del contratto. Questa impostazione è stata fortemente criticata in quanto riduce l'interpretazione degli artt. 1337 e 1338 c.c. ad una mera operazione classificatoria.

Innanzitutto, per comprendere l'argomento, è necessario partire dagli scritti di Jhering del 1861, dove quest'ultimo ha coniato il termine «interesse negativo».

In particolare Jhering, ricordando che egli individuava *culpa in contrahendo* solo nell'ipotesi di contratto invalido e non in caso di contratto valido o di mancata conclusione dell'accordo, una volta identificata una violazione fonte di responsabilità precontrattuale, si poneva il problema della quantificazione del danno da risarcire¹⁵².

Egli sosteneva che:

«chi ha colpevolmente causato l'invalidità del contratto non è obbligato a corrispondere l'equivalente della prestazione promessa, in quanto da un contratto nullo non sorge alcun dovere di inadempimento. Sarà invece obbligato a porre l'altra parte nella identica posizione patrimoniale in cui si sarebbe trovato se non avesse stipulato il negozio. Ne deriva allora che il danno da risarcire coincide non con l'interesse alla esecuzione, cioè con l'interesse positivo, bensì con l'interesse alla non conclusione del contratto, vale a dire con l'interesse negativo».

Ciò che distingue l'interesse negativo da quello positivo sono la diversità dei presupposti: mentre il primo ha come presupposto che il contratto non sia perfezionato o che comunque sia stato concluso un contratto invalido, il secondo presuppone al contrario l'esistenza di un contratto valido. L'autore inoltre sostiene che l'interesse negativo può originare un risarcimento non solo equivalente, ma anche superiore all'interesse positivo¹⁵³.

Jhering quindi distingue tra interesse negativo e positivo e concepisce l'obbligo risarcitorio in caso di responsabilità precontrattuale in termini esclusivamente negativi.

L'espressione «interesse negativo» è una semplice formula “descrittiva” che indica il danno derivante da una violazione dei doveri precontrattuali, essa non individua né l'entità del danno né i criteri per la sua determinazione¹⁵⁴: ciò è dovuto al fatto che

¹⁵² STELLA RICHTER G., *op. cit.*, p. 90.

¹⁵³ Tale teoria è però recentemente oggetto di numerose critiche: molti infatti sostengono che il risarcimento derivante da lesione dell'interesse negativo potrà eguagliare ma non superare quella dell'interesse positivo. Questa limitazione quantitativa dell'interesse negativo rispetto quello positivo però non è sorretta da plausibili motivazioni né logiche, né normative. Quindi questo indirizzo, in contrasto con quanto sostenuto da Jhering, non appare fondato.

¹⁵⁴ Si veda DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 362.

nell'ordinamento italiano, a differenza di altri ordinamenti, manca una norma tesa a definire le conseguenze in caso di *culpa in contrahendo*.

L'interesse negativo è comprensivo non solo del danno emergente, ma anche del lucro cessante¹⁵⁵: il primo è relativo alle spese sostenute che il soggetto danneggiato ha sostenuto nella convinzione di giungere alla stipula del contratto valido, il secondo invece è commisurato alla perdita di offerte favorevoli che l'individuo in buona fede ha rifiutato e avrebbe invece potuto accettare¹⁵⁶. In altri termini, il *quantum* dell'interesse negativo racchiude i danni derivanti dalle spese, dalle occasioni perse di stipula di un contratto valido e dall'attività sprecata nelle trattative e sottratta ad altre applicazioni¹⁵⁷.

Un requisito fondamentale richiesto dalla giurisprudenza affinché il danno sia risarcibile è il nesso casuale dello stesso rispetto l'affidamento: il danno cioè deve essersi verificato dopo e a causa dell'affidamento¹⁵⁸.

Tali conclusioni sono state successivamente accolte da tutta la dottrina tradizionale e dalla giurisprudenza, pur non mancando però le critiche: c'era infatti chi sosteneva che il danno risarcibile in questi casi deve essere limitato al solo danno emergente, ma tale tesi non ha comunque trovato seguito.

Si procede ora ad un'analisi dell'entità del danno risarcibile sia nel caso di contratto bancario valido o invalido, sia nel caso di mancata conclusione del contratto bancario. Si ricorda inoltre che se, a seguito di una violazione degli artt. 1337 e 1338 c.c., il soggetto danneggiato è il cliente a causa di un comportamento scorretto della banca, questo potrà rivolgersi all'ABF per risolvere rapidamente tali controversie, purché esse rispettino determinati requisiti in precedenza visti. Recentemente, infatti, è stato espressamente previsto che tale organismo si può occupare anche dei conflitti tra banca e cliente in fase precontrattuale.

¹⁵⁵ Non sono però mancate alcune decisioni che hanno limitato l'interesse negativo al solo danno emergente.

¹⁵⁶ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 360.

¹⁵⁷ STELLA RICHTER G., *op. cit.*, p. 92.

¹⁵⁸ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 363.

2.6.2 Il danno risarcibile in caso di contratto valido e invalido

Riguardo al contratto bancario, dopo una premessa di carattere generale sull'interesse negativo, si è osservato come l'inosservanza dell'art. 116 t.u.b. e delle disposizioni di vigilanza, fa sorgere responsabilità precontrattuale a capo della banca in caso di contratto valido a sensi dell'art. 1337 c.c., e come la mancata comunicazione durante le trattative di una causa di invalidità del contratto bancario è fonte di *culpa in contrahendo* ai sensi dell'art. 1338 c.c..

Nel caso di contratto bancario valido, come già visto, la banca è responsabile precontrattualmente se fornendo informazioni non complete al cliente, ha impedito a quest'ultimo di concludere un contratto a condizioni più vantaggiose o con altri intermediari. In tal caso, il danno che la banca è tenuta a risarcire sarà pari al vantaggio che il cliente avrebbe avuto se non fosse stato vittima del comportamento scorretto dell'intermediario¹⁵⁹.

Occorre precisare infatti che trattandosi di violazione del dovere di buona fede da parte della banca riferibile alla fase delle trattative, le conseguenze di tale condotta illegittima vanno considerate in un'ottica esclusivamente risarcitoria, in quanto il giudice non ha il potere di integrare o correggere il contenuto del contratto bancario valido. Si tratterà quindi di riportare la sfera patrimoniale del cliente nella stessa situazione economica in cui si sarebbe venuto a trovare se il contratto fosse stato concluso alle condizioni effettive.

In questa ipotesi, l'interesse negativo sarà pari in realtà alla differenza tra due interessi positivi: quello realizzato con il regolamento svantaggioso e quello che si sarebbe conseguito in assenza del comportamento scorretto della banca¹⁶⁰. La banca quindi risarcisce al cliente il pregiudizio che gli ha arrecato, consistente nel mancato beneficio economico che il cliente avrebbe potuto ricavare dal contratto bancario validamente concluso se la banca avesse adeguatamente informato.

Inoltre si può riscontrare anche un risarcimento del danno per perdita di "chance": in questa particolare fattispecie il danno non è limitato esclusivamente all'interesse

¹⁵⁹ DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 364.

¹⁶⁰ Sul punto MERUZZI G., *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 969.

negativo rivolto a riportare il cliente in buona fede nella situazione ideale, ma lo si può considerare esteso per certi versi anche all'interesse positivo limitatamente però al solo valore della *chance* perduta¹⁶¹. La *ratio* di questa scelta è legata al fatto che il contratto bancario in questo caso è valido e quindi il cliente, che ha subito una lesione patrimoniale a seguito del comportamento prenegoziale impreciso della banca, non può chiedere l'annullamento o la nullità del contratto in quanto non ci sono i presupposti. Per questo motivo è stata prevista una tutela risarcitoria a favore del cliente a seguito dell'impossibilità di attuare altre forme di tutela¹⁶².

Analizzando ora l'interesse leso in caso di contratto bancario invalido, per esempio quando la banca non ha comunicato l'esistenza di una causa di invalidità del negozio, il contratto è il punto di riferimento a partire dal quale viene definito il danno risarcibile.

In questa circostanza, i danni sono legati alla mancata conclusione di un contratto bancario valido e il risarcimento a favore del cliente racchiude i danni sofferti da quest'ultimo che ha confidato nella sua validità. Il danno risarcibile sarà quindi composto da due elementi:

- il danno emergente: e cioè tutte le eventuali spese che il cliente ha sopportato nel corso delle trattative. Un esempio può essere fornito dalle spese di istruttoria: si ricorda infatti che le disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia prevedono, nella fase anteriore alla stipula di un contratto, che la banca deve consegnare al cliente, su sua richiesta, una copia completa del testo contrattuale. Se il contratto è di finanziamento la determinazione delle condizioni economiche è preceduta da un'istruttoria svolta dall'intermediario. Quindi se il cliente pretende una copia del contratto comprensiva anche delle condizioni economiche dovrà pagare una somma pari alle spese istruttorie. Questo può quindi essere un esempio di spesa sopportata dal cliente ed eventualmente risarcita dalla banca;
- il lucro cessante: il cliente infatti stipulando un contratto bancario che si rivelato successivamente invalido, può aver perso altre occasioni di concludere un

¹⁶¹ Per maggiori informazioni si veda DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 367.

¹⁶² DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *op. cit.*, p. 366.

contratto valido con altri intermediari (danno per perdita di *chance*). Anche tale danno va quindi risarcito dalla banca.

Infatti, se in un contratto bancario invalido l'illecito commesso dalla banca si colloca in una fase antecedente la stipula di un contratto bancario, il risarcimento del pregiudizio dovrà riguardare solo l'interesse negativo e non quello positivo che invece bisogna considerare se il contratto fosse stato eseguito¹⁶³.

2.6.3 Il danno risarcibile in caso di contratto non concluso

In precedenza si è analizzato come l'art. 1337 c.c. racchiuda una serie di doveri tra cui in particolare gli obblighi informativi e pubblicitari a carico della banca e si è visto come una loro violazione durante la fase delle trattative comporti una certa responsabilità precontrattuale e il conseguente risarcimento dei danni.

In mancanza della stipula di un contratto bancario una peculiare fattispecie che determina il sorgere della responsabilità precontrattuale è il recesso ingiustificato dalle trattative da parte di uno dei due contraenti (banca o cliente), ma oltre a tale ipotesi ne esistono altre. L'art. 1337 c.c. ha infatti portata generale e punisce non solo il recesso ingiustificato, ma qualsiasi altra violazione del principio generale della buona fede.

Anche in questi casi sorge quindi il problema di quantificare l'interesse lesso: per esempio la violazione dell'obbligo di correttezza da parte della banca, che ha inosservato i doveri pubblicitari, ha come conseguenza il risarcimento danni a favore del cliente, allo scopo di ripristinare la stessa situazione in cui il cliente si trovava prima di aver partecipato alle trattative¹⁶⁴.

¹⁶³ Per quanto riguarda l'onere della prova, in un contratto bancario invalido, colui che intende ottenere il risarcimento danni (cliente), dovrà dimostrare la mancata comunicazione della causa di invalidità che la banca conosceva o avrebbe dovuto conoscere.

¹⁶⁴ Con riferimento all'onere della prova, in caso di violazione dell'obbligo della buona fede per esempio della banca che ha ingiustificatamente receduto, la dottrina ritenendo che la *culpa in contrahendo* sia di natura contrattuale afferma che il cliente in questo caso deve fornire la prova della ragionevolezza del proprio affidamento indicando le spese e le occasioni perse e deve provare la mancanza del giustificato motivo di recesso. La giurisprudenza inoltre, facendo rientrare la responsabilità precontrattuale in quella extracontrattuale, prevede che il cliente che agisce per ottenere il risarcimento danni deve dimostrare anche la malafede della banca recedente. Il recedente in tali casi non si libera dimostrando semplicemente l'assenza di colpa, ma deve indicare anche come la causa che gli ha impedito di adempiere non sia a lui imputabile.

In questo caso l'interesse negativo sarà quindi pari alle eventuali spese sostenute dal cliente e rivelatesi inutili (per esempio le spese di istruttoria) e alla possibile perdita che il cliente ha subito per aver rifiutato altre occasioni a lui favorevoli.

2.7 CONCLUSIONI

Nel presente capitolo si è affrontato il tema della responsabilità precontrattuale nei contratti bancari. Inizialmente, si è tentato di inquadrare tale tematica cercando di capire la natura di tale responsabilità: si è visto come esistano due filoni, da una parte c'è chi appoggia la tesi della natura contrattuale, dall'altra viceversa ci sono coloro che optano per la natura extracontrattuale. Quest'ultima teoria sembra però prevalere: oltre ad essere sostenuta da sempre dalla giurisprudenza, è stata oggi accolta anche da gran parte della dottrina.

Si è poi affrontato il tema della violazione della buona fede in caso di mancata conclusione di un contratto bancario e nel caso invece di una sua stipula. Innanzitutto va rilevato come la clausola generale della buona fede, sancita dall'art. 1337 c.c., incorpori diversi doveri tra cui i principali in capo alla banca sono quello di segreto, quello informativo e infine quello pubblicitario. Una loro violazione durante la fase delle trattative, determina un'inosservanza dei canoni di correttezza e buona fede, facendo così sorgere responsabilità precontrattuale. In particolare, un caso analizzato di violazione dell'art. 1337 c.c. nell'ipotesi di mancata conclusione del contratto bancario è il recesso dalle trattative di una parte (banca o cliente) in assenza di un valido motivo. Un esempio di questa fattispecie può essere dato quando la banca recede senza aver adempiuto agli obblighi pubblicitari sanciti dall'art. 116 t.u.b..

In questi casi, affinché sorga responsabilità sono necessari tre requisiti: l'esistenza di un legittimo affidamento di una parte alla conclusione del contratto, la mancanza da parte del recedente di un giusto motivo e la presenza del danno. Per molti anni si è considerato il recesso ingiustificato come l'unica ipotesi di responsabilità precontrattuale, ma nella realtà altre fattispecie sono individuabili: l'art. 1337 c.c. infatti ha portata generale ed è diretto a punire qualsiasi altro comportamento contrario a buona fede.

Se invece il contratto bancario è stato concluso può sorgere responsabilità precontrattuale sia se il contratto è valido, sia se è invalido ai sensi dell'art. 1338 c.c..

Nel primo caso, per esempio la banca può non aver fornito al cliente informazioni complete, facendogli così concludere un contratto di per sé valido ma in condizioni di disinformazione. Se infatti il cliente fosse stato adeguatamente informato, potrebbe aver concluso un contratto a condizioni più vantaggiose. In tali casi si può riscontrare quindi una responsabilità della banca.

Se invece il contratto bancario è invalido e quindi nullo, annullabile o inefficace, sorge responsabilità precontrattuale in capo alla banca quando questa, pur conoscendo o dovendo conoscere la clausola di invalidità, essa non ha provveduto a comunicarla durante le trattative al cliente, facendogli confidare nella validità del negozio.

Infine, si è analizzato il danno risarcibile in tutte queste ipotesi e si è osservato come esso corrisponda all'interesse negativo. Tale risarcimento ha lo scopo di ripristinare la stessa situazione economica in cui il cliente si trovava prima dell'eventuale stipula. In caso di violazione della buona fede quando il contratto bancario è valido, la banca dovrà risarcire al cliente il pregiudizio arrecategli dall'informazione inadeguata; se invece il contratto è invalido o nell'ipotesi di recesso ingiustificato, l'interesse negativo sarà composto da due elementi: il danno emergente comprendente tutte le spese sopportate dal cliente durante le trattative e il lucro cessante cioè il danno derivante dalla perdita di altre occasioni vantaggiose.

Capitolo 3

UN CASO DI VIOLAZIONE DELLA TRASPARENZA E DELLA CORRETTEZZA : IL CONTRATTO “FOR YOU”

3.1 PREMESSA

La disciplina della trasparenza bancaria, affrontata nel primo capitolo, in un sistema perfetto dovrebbe garantire alla clientela un’adeguata tutela, tuttavia si sono riscontrati nel tempo situazioni in cui non solo le disposizioni di trasparenza, ma anche le norme attinenti alla buona fede e alla correttezza sancite dagli artt. 1337 e 1338 c.c., sono state disattese dalla banca ledendo così la sfera economica e personale del cliente.

Quest’ultimo, riponendo la massima fiducia sulla propria banca o su altri intermediari ritenuti onesti, ha consegnato loro ingenti somme di denaro credendo nelle sincere aspettative di guadagno prospettategli ¹.

Il motivo che ha generato tali circostanze è che in genere il cliente privato viene definito “l’uomo medio” cioè colui dotato di una cultura media, in grado di comprendere in modo sufficiente, ma non completo, l’offerta di prodotti e servizi bancari e finanziari. Le banche, quindi, approfittando della limitata capacità del cliente di comprendere il settore finanziario, hanno spesso raggirato la propria clientela spacciando per vantaggiosi investimenti in realtà molto sfavorevoli.

Spesso infatti il cliente medio, non avendo molte conoscenze nel campo, si affida a consulenti bancari nella speranza che questi in buona fede lo indirizzino verso il prodotto bancario migliore alle sue esigenze, ma non sempre ciò accade, sono molti infatti i casi negli ultimi anni di raggiri a danno dei clienti da parte delle banche.

Emblematico è il caso del contratto bancario “*For You*”² della Banca 121 che si analizzerà nel proseguo. Da ormai un decennio sono numerosi i tribunali italiani che

¹ LETTIERI M., *op. cit.*, pp. 107-108.

stanno affrontando processi contro le banche che hanno stipulato con i propri clienti questo tipo di contratto. Questo è un tipico caso di mancato rispetto delle norme di trasparenza bancaria e di violazione del principio generale della buona fede, ed evidenzia come sia necessario un maggior controllo sul rispetto di queste normative.

3.2 IL CONTRATTO “FOR YOU”

Il contratto d’investimento “*For You*”³ e il suo gemello “*My Way*” sono contratti bancari “atipici” promossi dalla Banca 121 del Montepaschi di Siena⁴ e sono il risultato di più contratti connessi tra loro: il rilascio di un finanziamento rimborsabile in 15/30 anni; l’acquisto, la gestione e la custodia di obbligazioni o quote di fondo azionario; la costituzione in garanzia dei titoli a fronte dei due finanziamenti e l’apertura di un conto corrente.

Si tratta di un prodotto finanziario molto complesso che impediva a chi non era un abile conoscitore dell’ambito bancario di comprendere a pieno il contenuto del contratto.

Con il contratto “*For You*”, la banca accordava al cliente un finanziamento rimborsabile in quindici, trent’anni a mezzo di rate mensili costanti e tale prestito permetteva al cliente di acquistare obbligazioni o quote di fondi comuni del gruppo Montepaschi di Siena; questi titoli costituivano garanzia a fronte del finanziamento ed infine per permettere al sottoscrittore del contratto di compiere tutte queste operazione era necessario che aprisse anche un conto corrente ordinario a lui intestato per regolare le partite in dare e in avere⁵.

² Esempi di sentenze relative al caso “*For You*” sono: Trib. Parma, 22 settembre 2004, in *Danno e Resp.*, 2006, p. 187; Trib. Mantova, 24 marzo 2005, in *Corriere del Merito*, 2005, p. 754; Trib. Venezia, 11 luglio 2005, in *Danno e Resp.*, 2005, p. 1231; Trib. Avezzano, 23 giugno 2005, in *Giur. Merito*, 2005, p. 2051; Trib. Palermo, 17 gennaio 2005, in *Giust. it.*, 2005, p. 2096; Trib. Venezia, 22 novembre 2004, in *Giust. it.*, 2005, p. 754.

³ Sull’argomento si veda BENETAZZO E., *Duri e puri. Aspettando un nuovo 1929*, Cagliari, 2005, p. 289 ss.; CAFARO R., *Come difendersi dalle banche*, Santarchangelo di Romagna, 2011, p. 89; LETTIERI M., *op. cit.*, p. 107 ss; POMPEO E., *Brevi cenni sulla giurisprudenza consolidata sui contratti for you*, in www.litis.it/2010/02/17/avv-elena-pompeo-brevi-cenni-sulla-giurisprudenza-consolidata-sui-contratti-for-you/, consultato nel mese di luglio 2012; VELUZZI V., «*4 you*»: c’è «spazio» per il contratto immeritevole di tutela?, in *Contratti*, 2006, p. 888 ss.

⁴ La banca promotrice è riuscita a vendere tra i risparmiatori ben 100 000 di questi prodotti, creando una voragine economica dei clienti privati.

⁵ Cfr. LETTIERI M., *op. cit.*, p. 109.

Con tale operazione, i clienti pensavano di sottoscrivere un “piano previdenziale” o un tipo di “assicurazione sulla vita”, il cui capitale poteva essere rimborsato in qualsiasi momento. Il “*For You*” veniva venduto come un prodotto sicuro che poteva essere dismesso in qualsiasi momento senza alcun costo e penalità qualora il cliente lo volesse, ma nella realtà non era così.

Il risparmiatore inconsapevole riceveva un finanziamento dalla banca per investire in titoli altamente speculativi. I consumatori, praticamente, contraevano un “mutuo” che prevedeva anche un ingente penale in caso di annullamento della sottoscrizione.

Analizzando il contenuto del contratto, ai fini della determinazione della disciplina applicabile, è fondamentale cercare di capire la natura giuridica⁶ del “*For you*”. Anche se la sua struttura presenta elementi di somiglianza, non si può dire di essere di fronte ad un mutuo⁷, in quanto il denaro preso in prestito è indirizzato già da subito ad una finalità ben definita dal contratto: l’acquisto di obbligazioni o quote di fondi della banca emittente. Il codice civile invece, con l’art. 1813 definisce il mutuo come «il contratto con il quale una parte consegna all’altra una determinata quantità di denaro [...], e l’altra si obbliga a restituire altre cose della stessa specie e qualità». L’art. 1816 c.c. inoltre fissa un termine di restituzione a favore del mutuatario. Il mutuo quindi consente al soggetto che lo accende di ricevere a prestito delle somme che egli potrà utilizzare per propri scopi con il vantaggio di restituire il denaro in modo dilazionato nel tempo ed entro un determinato termine ritenuto adeguato. In contrasto si ritiene che il contratto “*For You*” non può rientrare nella fattispecie del mutuo in quanto in tal caso, anche se si è di fronte a un finanziamento rimborsabile a rate, il prestito viene concesso per raggiungere un obiettivo definito a priori. Il “*For You*” non lo si può classificare nemmeno come “mutuo di scopo” in quanto quest’ultimo viene rilasciato materialmente al cliente per assolvere ad una determinata finalità pattuita dal contratto, nel caso oggetto di analisi invece la somma mutuata non viene messa a disposizione del cliente, ma anzi viene direttamente utilizzata per l’acquisto di titoli e obbligazioni. Si è quindi di fronte ad un prestito puramente nominale.

⁶ Si legga BENETAZZO E., *op. cit.*, pp. 289-290.

⁷ Questo concetto è stato più volte ribadito dalla giurisprudenza in più sentenze, tra cui se ne ricordano due: Trib. Brindisi, 21 giugno 2005, in *Danno e Resp.*, 2006, p. 179; Trib. Salerno, 12 aprile 2007, in *Giust. it.*, 2008, p. 134.

Alla luce di tutte queste considerazioni, dal punto di vista della natura giuridica, si ritiene di essere davanti ad un contratto atipico dotato di una duplice finalità: la concessione di un finanziamento e l'acquisto di prodotti finanziari.

Con il “*For You*”, sotto il profilo della convenienza, la banca incontrava numerosi vantaggi: percepiva interessi certi sul finanziamento, collocava titoli dalla stessa negoziati altrimenti di difficile negoziazione, si autofinanziava. Al cliente invece venivano attribuiti margini di redditività aleatori (con il rischi di perdere anche l'intero capitale) e inoltre non poteva nemmeno effettuare un passaggio di fondi, indispensabili in caso di turbolenze di mercato. Per tali caratteristiche si è di fronte a un contratto bancario “aleatorio unilaterale”, cioè il rischio è concentrato tutto nella sfera giuridica del risparmiatore, evidenziando così lo squilibrio contrattuale derivante da tale operazione⁸.

Il fatto che il rischio insito in tale contratto ricada tutto sul sottoscrittore, non lo rende meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322 c.c.). In altri termini questo contratto atipico non si considera valido perché banca e cliente sono caratterizzati da profili di rischio molto diversi tra loro: l'alea ricade tutta sul sottoscrittore, mentre l'intermediario creditizio ne è privo. Lo squilibrio tra le due prestazioni rende il contratto nullo, non solo perché esso è in contrasto con alcune disposizioni del t.u.f. (come si vedrà nel proseguo), ma anche perché contrario a quanto disposto dall'art. 1322 c.c. dove si esprime chiaramente che il negozio è valido se realizza interessi tutelabili dall'ordinamento giuridico.

Ritornando al contratto “*For You*”, se il cliente diventava insolvente, la banca chiudeva d'ufficio il “mutuo”, applicava la penale, svendeva i titoli mettendoli in compensazione. Il forte sbilancio passivo addebitato sul conto corrente generava a favore della banca alti interessi, commissioni di massimo scoperto, spese ed interessi anatocistici (cioè interessi sugli interessi).

⁸ Si veda POMPEO E., *op. cit.*, p. 2.

Questo contratto atipico inoltre aveva un'altra caratteristica critica: il nominativo di colui che sottoscriveva il finanziamento veniva comunicato alla Centrale dei Rischi⁹ presso la Banca d'Italia.

Questo contratto rappresentava per la banca un favoloso business in quanto con un solo contratto stipulato, la banca si può dire riuscisse a speculare per quattro volte senza rischi: la prima, percependo il corrispettivo ottenuto sul finanziamento; la seconda, sull'acquisto di titoli e obbligazioni; la terza, incassando le commissioni di gestione e custodia dei titoli o fondi; la quarta, infine, riscuotendo le commissioni e spese generate dal conto corrente. Il maggior danno economico subito dal cliente è stato proprio relativamente a quest'ultimo aspetto: commissioni, interessi, spese legate al c/c si sono rivelate molto elevate a seguito dell'applicazione di un criterio di calcolo inversamente proporzionale cioè minore è la somma del finanziamento, maggiori erano i costi di gestione del conto¹⁰.

La banca faceva sottoscrivere al cliente il contratto "*For You*", dal contenuto molto complesso, addirittura con parti in bianco. Molto spesso la banca spiegava alla controparte la complessità della struttura in pochi minuti, impedendogli così di comprendere la rischiosità dell'operazione. I promotori finanziari inoltre presentarono tale prodotto come un modo tranquillo di investire il denaro, sottolineando gli alti rendimenti e il basso rischio.

I clienti si sono accorti del raggio solo grazie alle Associazioni dei consumatori che hanno informato su telegiornali, giornali e altri mezzi di comunicazione, l'imbroglione sottostante il contratto "*For You*". Solo così i risparmiatori si sono resi conto che tale contratto bancario non era un mero piano di accumulo di natura previdenziale, né un'assicurazione sulla vita, ma in poche parole si era di fronte a un mutuo collegato all'acquisto di titoli e obbligazioni offerti dalla banca stessa¹¹.

⁹ La Centrale Rischi è un archivio a disposizione delle banche, gestito dalla Banca d'Italia, utile a fini di vigilanza. E' un sistema informativo che permette di censire tutte le esposizioni creditizie: le banche mensilmente comunicano informazioni relative ai crediti erogati alla clientela di importo pari o superiore ai 30 mila euro e a tutti i crediti in sofferenza di qualsiasi importo. La Banca d'Italia a sua volta, sempre mensilmente, inoltra un flusso di ritorno relativo ai nominativi segnalati, utile alla banca per comprendere il rischio di ciascun cliente nei confronti del sistema complessivo.

¹⁰ Si veda LETTIERI M., *op. cit.*, p. 110.

¹¹ LETTIERI M., *op. cit.*, p. 111.

E' infine fondamentale evidenziare un ultimo aspetto relativo a questo contratto: i titoli erano venduti a un prezzo maggiore del loro valore di mercato (anche di cinque punti sopra) ed inoltre non erano quotati; questo ha come conseguenza che la loro successiva vendita risultava molto difficile a meno che questi non venissero rivenduti alla stessa banca da cui erano stati acquistati ad un prezzo inferiore e cioè quello di mercato.

Questo risalta ulteriormente il danno economico subito dal cliente in quanto da un lato acquista titoli ad un valore superiore, dall'altro egli è costretto a venderli ad un prezzo inferiore se se ne vuole liberare, pagando anche una penale.

3.3 VIOLAZIONE DELLA CORRETTEZZA E DELLA PUBBLICITA' DA PARTE DELLA BANCA

Nel contratto bancario "*For You*" si può riscontrare una violazione della pubblicità e di conseguenza anche della correttezza. La mancanza di correttezza emerge dal modo in cui tale prodotto è stato pubblicizzato: l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha infatti rilevato che il messaggio pubblicitario legato a tale contratto era fortemente ingannevole facendo così cadere in errore il cliente¹².

Tale messaggio era composto da un *depliant* di quattro facciate intitolato "*4You – L'innovazione nella previdenza*" che recitava così: «*4You* ha le risposte giuste per te, perché è un piano finanziario che ti consente, anche con piccoli versamenti mensili, di sfruttare interessanti opportunità sui principali mercati finanziari, con prospettive di guadagno potenzialmente illimitate»; «La particolare struttura del prodotto, anche in funzione del fondo prescelto, consente di beneficiare dei vantaggi tipici di una *Asset Allocation* altamente professionale: diversificazione, contenimento dei rischi»¹³.

Tale messaggio è ingannevole in quanto porta il cliente a pensare che egli potrà beneficiare dei vantaggi offerti dai mercati finanziari attraverso piccoli versamenti mensili. Nell'opuscolo informativo non si comunica al cliente, come sarebbe stato corretto fare, che egli con questo prodotto sta richiedendo un finanziamento alla banca per l'acquisto di titoli o fondi.

¹² LETTIERI M., *op. cit.*, p. 112.

¹³ Sul punto si veda ancora LETTIERI M., *op. loc. cit.*

Alla luce di tutte queste considerazioni, la scelta del cliente, non essendo stato adeguatamente informato, è stata condizionata dal messaggio erroneo; egli non ha percepito in modo corretto la realtà e questo ha inciso sul processo di formazione della volontà. Se egli avesse pienamente compreso il contenuto del contratto, probabilmente non avrebbe mai sottoscritto un contratto del genere.

Coloro che hanno aderito al contratto, infatti, lo hanno fatto nella convinzione di sottoscrivere un contratto completamente diverso.

La pubblicità non è stata quindi svolta correttamente dalla banca: il *depliant* ha indotto volutamente il cliente a considerazioni erronee provando dunque come l'intermediario abbia violato gli obblighi di correttezza.

Come si è osservato più volte la banca, nell'offrire i propri prodotti bancari e finanziari, deve comportarsi con trasparenza e cioè deve fare in modo, attraverso adeguate informazioni, che il cliente effettui una scelta negoziale in modo responsabile e consapevole¹⁴. Il contratto quindi doveva essere redatto in modo chiaro e lineare in maniera tale da consentire al cliente di rilevare i rischi. Ma le regole di trasparenza non riguardano solo il contenuto del contratto, ma anche le modalità di comunicazione: anch'esse devono essere adeguate e comprensibili.

Con il contratto "*For You*" tutto ciò è stato trasgredito: il testo del contratto risultava oscuro, poco comprensibile, scritto a caratteri molto piccoli allo scopo di trarre in inganno il cliente, inoltre le clausole non erano presentate in un paragrafo a parte ma semplicemente succedevano e la parte riferita ai tassi d'interesse era addirittura in inglese.

A prima vista il "*For You*" non sembrava un vero e proprio contratto, ma una proposta di adesione a un piano finanziario proveniente dal cliente: tale contratto affermava che il cliente si era presentato volontariamente presso l'intermediario, ben consapevole di quanto attestato nel documento e avesse di sua iniziativa proposto l'adesione al piano alla banca, ma ovviamente questa non era la realtà dei fatti. Nessun risparmiatore privo di esperienza in materia avrebbe mai compreso la complessità del contratto.

¹⁴ Visto che il contratto "*For You*" ha per oggetto prodotti d'investimento in tal caso non si fa riferimento alle norme del t.u.b. viste finora, ma al Testo Unico Finanziario (t.u.f.) e precisamente all'art. 21 che afferma come nella prestazione di servizi d'investimento e accessori sia necessario comportarsi in modo diligente, corretto e trasparente.

Era compito del promotore finanziario illustrare con chiarezza il contratto, ma egli ha ommesso volontariamente la reale natura del “*For You*” spingendo il cliente a firmare il contratto in tempi rapidi impedendogli di comprendere la realtà. Sono state quindi violate le norme di trasparenza e diligenza sancite dall’art. 21 del d.lgs. n. 58 del 1998 (t.u.f.)¹⁵ e di conseguenza l’art. 1337 c.c. che si occupa della buona fede in fase di trattativa e di formazione del contratto.

Prima di procedere all’analisi del contenuto delle norme violate, è fondamentale fare un’osservazione: come già evidenziato, nel contratto “*For You*”, essendo caratterizzato da prodotti d’investimento, si richiamano le norme del t.u.f.¹⁶ e non del t.u.b.. Ciò

¹⁵ L’art. 21 t.u.f. contiene norme di portata generale applicabili a tutti i servizi e attività d’investimento e una specifica disciplina relativa al conflitto d’interessi. In particolare il primo comma individua quattro regole comportamentali consistenti in:

- obblighi generali di trasparenza: la lett. *a*) afferma infatti che gli intermediari devono «comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza». Si può osservare che tale norma riprende e al contempo riformula concetti e clausole già presenti nel diritto comune e quindi già applicabili alle attività svolte dagli intermediari. Il legislatore ha voluto richiamare nel t.u.f. questi principi generali per sottolineare il legame esistente tra le norme del diritto comune e la disciplina speciale applicabile agli intermediari. Le regole di condotta contenute nel t.u.f. sono quindi in stretta relazione con i principi di diligenza e buona fede presenti nel codice civile e in certi casi integra quest’ultimi. Nella seconda parte inoltre si afferma che l’intermediario deve comportarsi diligentemente «per servire al meglio l’interesse dei clienti e per l’integrità dei mercati», nel senso che egli deve operare prestando molta attenzione al cliente e in linea con lo svolgimento dei mercati;
- obblighi informativi: la lett. *b*) prevede per l’intermediario il dovere di «acquisire, le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati». E’ possibile suddividere tale disposizione in due parti, cioè, da un lato si parla di un flusso informativo che parte dall’investitore e arriva all’intermediario, dall’altro ci si riferisce alle informazioni che vengono trasmesse da quest’ultimo al cliente;
- obblighi di comunicazione: la lett. *b*) deve essere letta congiuntamente alla lett. *c*) che impone agli intermediari di «utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti»;
- obblighi organizzativi: la lett. *d*) infine prevede per il soggetto abilitato alla prestazione dei servizi e delle attività di investimento di «disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l’efficiente svolgimento dei servizi e delle attività».

¹⁶ Negli ultimi anni il mercato finanziario ha subito numerosi mutamenti strutturali e funzionali a seguito di un processo di armonizzazione a livello comunitario. A ciò si aggiunse una crescita della cultura finanziaria dei risparmiatori che a sua volta ha determinato una maggiore propensione all’investimento e al rischio e una maggiore attenzione all’andamento dei mercati. Tale incremento della domanda se da una parte ha ampliato la gamma dell’offerta, dall’altra ha reso necessaria una maggiore tutela dell’investitore. Da qui la nascita di una disciplina tesa a proteggere i risparmiatori da frodi, pregiudizi e negligenze da parte di tutti quei soggetti più esperti che operano nei mercati finanziari. Il legislatore è quindi intervenuto con una serie di norme che nel tempo mutano a seguito dell’evoluzione dei mercati. Attualmente si fa riferimento al d.lgs. n. 58/1998 e ai regolamenti Consob. Il rispetto dei principi di trasparenza e correttezza contenuti nelle seguenti disposizioni, non solo permette di tutelare il cliente, ma contemporaneamente incrementa la fiducia che il pubblico ripone sugli operatori bancari e finanziari ed inoltre riduce i rischi legali e di reputazione a beneficio della stabilità del sistema finanziario.

nonostante si rileva che le disposizioni in materia di trasparenza dei due Testi Unici sono molto simili tra loro, anzi nel Testo Unico della Finanza, rispetto al Testo Unico Bancario, si possono osservare norme più rigorose in quanto esse richiedono una maggior correttezza e diligenza nella prestazione di servizi e attività d'investimento.

Procedendo ora all'esame delle violazioni, l'art. 21, co. 1, t.u.f.¹⁷ insieme alle disposizioni dei regolamenti Consob¹⁸, stabiliscono come i soggetti abilitati nella prestazione di servizi d'investimento e accessori devono comportarsi con trasparenza nell'interesse del cliente e per l'integrità dei mercati, introducendo così obblighi informativi più stringenti rispetto ai quelli generici di correttezza contenuti nel codice civile (artt. 1337 e 1375) ed analizzati in precedenza. Esistono quindi tutti i presupposti per affermare che la condotta delle banche che hanno stipulato i contratti "For You" non è stata conforme alle norme. Si può riscontrare inoltre anche una violazione dell'art. 23 t.u.f.: il contratto era incompleto, la prima pagina non conteneva la parte relativa all'esperienza finanziaria del cliente come richiesto dalla legge e solo l'ultima pagina veniva firmata.

Evidente è anche il conflitto di interessi tra banca e cliente¹⁹: mentre il cliente aveva interesse di incrementare il proprio capitale, la banca mirava a collocare sul mercato i propri titoli. L'art 21, co. 2, t.u.f., dispone che la banca deve informare il cliente prima di agire dell'esistenza e della natura del conflitto d'interesse. In questo caso anche quest'obbligo non è stato adempiuto dalla banca in quanto essa ha proposto il contratto

¹⁷ E' fondamentale ricordare che il t.u.f. si occupa della regolamentazione del mercato finanziario, con l'obiettivo di tutelare gli interesse pubblici sottesi alle regole. La disciplina anteriore conteneva obblighi di correttezza e diligenza finalizzati «alla sola cura dell'interesse del cliente». Con l'introduzione dell'art. 21 invece, tali obblighi sono stati imposti anche «per l'integrità dei mercati» esprimendo così un concetto di tutela più ampio.

¹⁸ All'epoca della nascita del contratto "For You", si faceva riferimento all'art. 29 del reg. Consob n. 11522 del 1998 unitamente all'art. 28, dove si disponeva che gli intermediari non dovevano effettuare per conto degli investitori operazioni non adeguate ed inoltre le informazione fornite alla clientela dovevano essere il più possibile specifiche. Attualmente queste norme non esistono più in quanto nel 2007 a seguito dell'introduzione del nuovo reg. Consob 16190/2007 è stato abrogato il precedente reg Consob 11522/1998 e sono state quindi introdotte nuove disposizioni. In particolare c'è una parte dedicata interamente alla trasparenza e alla correttezza nella prestazione dei servizi ed attività d'investimento: per l'analisi si rimanda agli art. 27 e ss dove vengono ripresi concetti di trasparenza già studiati nel t.u.b..

¹⁹ POMPEO E., *op. cit.*, p. 4.

“*For You*” senza fornire nessuna informazione sul conflitto d’interesse, inoltre i moduli forniti non presentavano l’indicazione grafica del conflitto come richiesto dalle norme²⁰. Infine, per quanto riguarda l’aspetto dell’onere probatorio²¹ si fa riferimento precisamente all’art. 23, co. 6, t.u.f., dove si afferma che l’*onus probandi* spetta ai soggetti abilitati e quindi in questo particolare caso alla banca. E’ quest’ultima che deve dimostrare di aver agito con diligenza e secondo l’art. 1176, co. 2²² nella diffusione delle informazioni alla clientela. Questo accade perché tra i due soggetti la banca è sicuramente quello più forte e più capace di provare l’esistenza o meno di un pregiudizio. Nei contratti “*For You*” è evidente che l’intermediario non si è comportato correttamente né durante la conclusione, né nel corso dell’esecuzione del contratto: essa quindi non può provare la sua innocenza. Le banche però si sono più volte difese contestando la mancata obiezione da parte del cliente dell’estratto conto: in altre parole se il sottoscrittore voleva un contratto diverso da quello stipulato, con la presa visione dei primi estratti conti, egli era in possesso di informazioni sufficienti per comprendere la realtà dei fatti.

3.4 LA TUTELA GIURISPRUDENZIALE

Il terremoto mediatico che si scatenò attorno ai contratti “*For You*”, spinse molti clienti ad attivarsi in sede giurisdizionale per richiedere una tutela. I risparmiatori ingannati, assistiti o da un proprio difensore o dall’Associazione dei consumatori, negli ultimi anni si sono recati in tribunale rilevando, nel contratto che hanno stipulato con la banca, una violazione delle norme di trasparenza e buona fede.

La banca, infatti, fornendo informazioni imprecise e poco comprensibili al cliente medio, ha indotto quest’ultimo a sottoscrivere un contratto sulla base di una falsa rappresentazione della realtà.

²⁰ LETTIERI M., *op. cit.*, pp. 114-115. Si riscontra quindi anche una violazione dell’allora art. 27 reg. Consob n. 11522 del 1998.

²¹ Si legga POMPEO E., *op. cit.*, pp. 2-3.

²² L’art. 1176, co. 2 dispone che «nell’adempimento delle obbligazioni inerenti all’esercizio di un’attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell’attività esercitata».

Si tratta di un errore in *contrahendo* che genera in capo all'intermediario una responsabilità precontrattuale a seguito di una violazione del principio generale della buona fede sancita dall'art. 1337, tale da rendere il contratto bancario invalido. In particolare, si può riscontrare un'inosservanza dell'art. 1338 c.c.: la banca pur sapendo che stava stipulando un contratto invalido, non ha informato il cliente, che confidava nella validità del negozio, ma anzi ha favorito la sottoscrizione del contratto. In seguito a tale comportamento scorretto, si può considerare la banca colpevole.

Lo scopo della normativa di trasparenza, come più volte rimarcato, è proprio quello di assicurare al cliente un'adeguata informazione sui prodotti e servizi bancari e finanziari, al fine di permettergli di fare una scelta consapevole.

Il cliente, nel momento in cui si rivolge alla banca, confida nella buona fede del promotore finanziario e spera che questo operi professionalmente e correttamente non sfruttando a suo favore quell'asimmetria informativa tra banca e cliente presente sul mercato.

La violazione dei canoni di trasparenza e correttezza sancita dall'art. 21 t.u.f. generalmente non comporta la nullità del contratto, ma le conseguenze si riflettono solo sul piano della responsabilità precontrattuale. In tal caso, però, diligenza e correttezza sono regole di condotta a tutela non solo del cliente, ma anche dei mercati. «Essendovi la necessità di tutelare l'ordine pubblico economico, le norme poste a baluardo dello stesso debbono essere considerate imperative, per cui la loro disapplicazione porta necessariamente alla nullità del contratto»²³.

In altre parole, quindi, una violazione del dovere informativo da parte della banca genera una grave inadempienza precontrattuale tale da far sorgere responsabilità e a determinare a sua volta un'anomalia nella formazione del contratto.

Nei contratti "*For You*", non si è di fronte ad una semplice mancanza di chiarezza espositiva da parte dell'intermediario, ma emerge la creazione di un contratto il cui contenuto è volutamente complesso e forviante, tale da non consentire al cliente, il cui livello di conoscenza in materia è generalmente basso, di comprendere la natura, le caratteristiche e le finalità del contratto bancario.

²³ LETTIERI M., *op. cit.*, p. 116.

Non si è quindi di fronte ad un problema di carenza informativa, ma ad un vero e proprio tentativo di ingannare il cliente in sede di stipula del contratto.

A seguito quindi di questa grave inadempienza contrattuale, il contratto stipulato tra banca e cliente è invalido e quindi nullo²⁴ o quanto meno annullabile.

Molte sono state le sentenze che hanno dichiarato la nullità del contratto “*For You*” per informazione inadeguata. In particolare una sentenza ha stabilito che «l’obbligo di correttezza e trasparenza non hanno solo una dimensione “protettiva” con specifico riferimento alla formazione della volontà e del convincimento, ma assurgono a un ruolo attivo di conformazione del rapporto, spostandosi così nella definizione di un modello ottimale ed efficiente di scambio di mercato. Ne consegue, pertanto, che il comportamento dell’istituto di credito non va valutato sotto il profilo personale del cliente ma in generale secondo un parametro di tutela garantito dal legislatore. In tale ottica il contratto in esame deve essere dichiarato nullo»²⁵.

Questi contratti inoltre potevano essere annullati per la presenza di un vizio inerente l’informazione precontrattuale: le banche, infatti, hanno raggirato il cliente spingendolo a sottoscrivere il contratto o comunque hanno approfittato del suo errore, causato da loro volontariamente²⁶.

Nella maggior parte delle sentenze a seguito della violazione della trasparenza e quindi anche della buona fede contrattuale sancita dal codice civile, la banca è stata condannata a risarcire i danni, come osservato nel capitolo relativo alla responsabilità precontrattuale. Essa sarà tenuta versare le somme percepite dal cliente, oltre gli interessi e dovrà rimborsare le spese processuali, riportando così il cliente nella stessa situazione economica in cui si trovava prima della stipula del contratto.

²⁴ E’ fondamentale evidenziare un altro aspetto: se il “*For You*” è stato stipulato dalla banca fuori sede, ad essere applicato, oltre all’art 21, co. 1, t.u.f. (già noto), è l’art. 30, co. 6, dove si afferma che nei moduli consegnati all’investitore, deve essere indicata espressamente la possibilità di quest’ultimo di recedere dal contratto entro 7 giorni dalla sottoscrizione. L’inosservanza di tale informazione può rendere il contratto in questione nullo.

²⁵ Si veda Trib. Firenze, 19 aprile 2005, in *I Contr.*, 2005, p. 1010.

²⁶ LETTIERI M., *op. cit.*, p. 116.

CONCLUSIONI

Nella seguente trattazione è stata discussa la pubblicità e la responsabilità precontrattuale nei contratti bancari.

La trasparenza bancaria assolve all'esigenza di tutelare il cliente che entra in rapporto con la banca. In questo lavoro, dopo una breve esposizione dell'evoluzione storica della trasparenza, si sono inizialmente analizzate le norme contenute attualmente nel t.u.b. relative alla pubblicità (in particolare l'art. 116), per poi procedere ad un esame della normativa secondaria.

A livello di normativa primaria, l'art. 116 t.u.b. prevede infatti a carico delle banche determinati doveri informativi. Sotto il profilo della normativa secondaria, invece, è intervenuta inizialmente la delibera del Cibr del 4 marzo 2003, che ha introdotto importanti modifiche con riferimento agli obblighi pubblicitari rispetto alla normativa previgente: per trasmettere le informazioni, sono stati previsti quattro strumenti, tutt'ora presenti con qualche variazione, che sono rispettivamente l'avviso denominato "Principali norme di trasparenza", il foglio informativo, la consegna al cliente di una copia del contratto e infine il documento di sintesi.

Negli ultimi anni, a seguito di profondi mutamenti, è stato però necessario introdurre regole più "dedicate" in materia di trasparenza e al riguardo Banca d'Italia ha emanato il Provvedimento del 29 luglio 2009 che ha introdotto alcune novità tra cui la diversificazione degli obblighi pubblicitari in base ai destinatari e ai servizi, la semplificazione della documentazione, l'adozione di schemi *standard* e qualche variazione di contenuto con riguardo agli strumenti informativi.

La necessità quindi di migliorare sempre di più la tutela a favore del cliente, ha spinto la Banca d'Italia a rivedere modi, forme e obiettivi della pubblicità. E' evidente quindi lo sforzo fatto per tutelare il cliente e per accrescere la sua fiducia nei confronti del sistema finanziario, contribuendo anche alla stabilità dell'economia.

Per incrementare tale tutela sono state quindi introdotte regole semplici ma incisive e sono stati inoltre intensificati i controlli e modificate le procedure organizzative. Regole efficaci, ampi controlli e sanzioni severe non sono però sufficienti per garantire una

buona tutela: questi presidi, infatti, devono essere accompagnati da un adeguato coordinamento delle Autorità e da una convinta adesione delle banche.

Nel proseguo si è poi affrontato il tema della responsabilità precontrattuale sancita dall'art. 1337 c.c., sia nell'ipotesi di mancata conclusione del contratto bancario, sia in quella di una sua eventuale stipula. Si è osservato come il principio della buona fede dettato dal citato art. 1337 c.c. impone principalmente alla banca il rispetto di determinati doveri tra cui quello del segreto, l'obbligo informativo e l'obbligo pubblicitario. Riguardo a quest'ultimo, l'intermediario deve rispettare quanto disposto dall'art. 116 t.u.b. e dalle relative istruzioni di vigilanza; egli deve quindi far conoscere alla propria clientela, durante le trattative, tutte le condizioni contrattuali mediante gli strumenti appena visti. Un inadempimento di tali doveri determina la violazione del principio generale della buona fede e quindi il sorgere della responsabilità precontrattuale. Si è visto come in caso di contratto non stipulato la buona fede viene principalmente violata nelle ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative di una parte o nel caso di trattativa maliziosa.

Se, invece, il contratto bancario è stato stipulato, può sorgere responsabilità precontrattuale sia se il contratto è valido, sia se è invalido. Quindi anche quando il contratto bancario è stato concluso, determinati comportamenti scorretti di una parte può determinare *culpa in contrahendo*. Per molto tempo si è ritenuto che esiste responsabilità precontrattuale solo nell'ipotesi di contratto invalido come dettato dall'art. 1338 c.c., ma in verità l'art. 1337 non pone alcun limite estendendo quindi la norma anche ai contratti validi.

Se il contratto è valido, può sorgere responsabilità precontrattuale per esempio quando la banca non informi in modo completo, impedendo così al cliente di stipulare un contratto a condizioni più vantaggiose. Se il contratto invece è invalido, c'è responsabilità precontrattuale quando una parte (generalmente la banca) non comunica alla controparte pur conoscendo l'esistenza di una clausola di nullità o annullabilità.

Il sorgere di tale responsabilità comporta poi per il soggetto che si è comportato scorrettamente l'onere del risarcimento dei danni al danneggiato. Tale risarcimento coinciderà non con l'interesse all'esecuzione del contratto e quindi con l'interesse

positivo, ma con quello negativo consistente nell'interesse alla non conclusione del contratto.

Gli art. 1337 e 1338 c.c. garantiscono quindi un'ampia tutela al soggetto in buona fede e permette quindi di punire eventuali violazioni degli obblighi pubblicitari da parte delle banche in fase precontrattuale.

Al termine della trattazione si è infine analizzato un caso recente di inadempimento delle norme di trasparenza bancaria e del principio della buona fede relativamente ai contratti "For You", evidenziando come un'inosservanza della pubblicità può determinare responsabilità precontrattuale e il risarcimento dei danni da parte della banca nei confronti del cliente.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Direttiva 86/102/CEE

Direttiva 90/88/CEE

Direttiva 2008/48/CEE

Decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385

Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58

Decreto legge 13 agosto 2010, n. 141.

Legge 17 febbraio 1992, n. 154.

Legge 1 marzo 1986, n. 64.

Circolare Banca d'Italia n. 229 del 21 aprile 1999

Disposizioni Banca d'Italia del 29 luglio 2009

Decreto ministeriale del 24 aprile 1992

Delibera del Cidr del 29 luglio 2008, n. 275

Delibera del Cidr del 4 marzo 2003

Disposizioni Banca d'Italia del 18 giugno 2009

Provvedimento Banca d'Italia del 9 febbraio 2011

Disposizioni Banca d'Italia del 12 dicembre 2011

GIURISPRUDENZA

Cass. 6 febbraio 1925, in *Riv. dir. comm.*, 1925, II, p. 428.

Cass. 17 aprile 1953, n. 1028, in *Giust. Civ.*, 1953, I, p. 1276.

Cass. 24 marzo 1958, n. 958, in *Giust. Civ.*, 1958, p. 349.

Cass. 8 maggio 1963, n. 1142, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1699.

Trib. Catania, 26 febbraio 1971, in *Giust. it.*, 1972, I, p. 282.

Cass. 25 febbraio 1992, n. 2335, in *Foro it.*, 1992, I, c. 1766.

Cass. 14 febbraio 2000, n. 1632, in *Giust. it.*, 2000, p. 2250.

Trib. Parma, 22 settembre 2004, in *Danno e Resp.*, 2006, p. 187.

Trib. Venezia, 22 novembre 2004, in *Giust. it.*, 2005, p. 754.

Trib. Firenze, 19 aprile 2005, in *I Contr.*, 2005, p. 1010.

Trib. Brindisi, 21 giugno 2005, in *Danno e Resp.*, 2006, p. 179.

Trib. Mantova, 24 marzo 2005, in *Corriere del Merito*, 2005, p. 754.

Trib. Venezia, 11 luglio 2005, in *Danno e Resp.*, 2005, p. 1231.

Trib. Avezzano, 23 giugno 2005, in *Giur. Merito*, 2005, p. 2051.

Trib. Palermo, 17 gennaio 2005, in *Giust. it.*, 2005, p. 2096.

Trib. Salerno, 12 aprile 2007, in *Giust. it.*, 2008, p. 134.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Testo unico bancario. Commentario*, a cura di BELLI F., LOSAPPIO G., PORZIO M., RISPOLI M., SANTORO V., Milano, 2010.

AA.VV., *Testo unico bancario. Commentario. Addenda di aggiornamento ai d.lgs. 141/2010 e 218/2010*, a cura di BELLI F., LOSAPPIO G., PORZIO M., RISPOLI M., SANTORO V., Milano, 2011.

AA.VV., *I contratti del mercato finanziario*, a cura di GABRIELLI E. e LENER R., I, Torino, 2004.

ALPA G., *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, 2003.

AFFERNI G., *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008.

AFFERNI G., *La responsabilità precontrattuale per violazione di obblighi di informazione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale, n. 1, Inadempimento e rimedi* a cura di VISENTINI G., Padova, 2009, p. 731 ss.

AFFERNI G., *Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative: danno risarcibile e nesso di casualità*, in *Danno. e Resp.*, 2009, p. 469 ss.

ALBERICI M., *Il dovere precontrattuale di buona fede*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 1051 ss.

ANTONUCCI A., *Diritto delle banche*⁴, Milano, 2009.

BANCA D'ITALIA, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario*, Roma, 2010.

BASSO R., *La trasparenza delle condizioni contrattuali nel T.U.B.*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, (a cura di) GALANTI E., in *Tratt. dir. economia*, dir. da PICOZZA E. e GABRIELLI E., Padova, 2008, p. 861 ss.

BENETAZZO E., *Duri e puri. Aspettando un nuovo 1929*, Cagliari, 2005.

BENNATI F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963.

BENNATI F., *Culpa in contrahendo*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 296 ss.

BENNATI F., *La clausola generale di buona fede*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, p. 287 ss.

BESSONE M., *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, Milano, 1971.

BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953.

BONTEMPI P., *Diritto bancario e finanziario*³, edizione aggiornata alla legge 3 agosto 2009, n. 102 di conversione del D.L. 1 luglio 2009, n. 78, Milano, 2009.

BRODI E., *Dal dovere di far conoscere al dovere di far «comprendere»: l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, p. 246 ss.

BUONCUORE V., *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 26 ss.

CAFARO R., *Come difendersi dalle banche*, Santarchangelo di Romagna, 2011.

CAPOBIANCO E., *I contratti delle banche: trasparenza ed equilibrio nei rapporti con la clientela*, in *Dir. banc.*, 2002, II, p. 198 ss.

CAPOBIANCO E., *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in *Contratto e Impresa / Europa*, 2011, p. 134 ss.

CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari: commento al d. legisl. N. 385 del 1993, testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia²*, Padova, 2010.

CAPRIGLIONE F., *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, p. 26 ss.

CAPRIGLIONE F. (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano²*, II, Padova, 2010.

CARRATELLI M., *La trasparenza tra banche e clienti. Fabbisogni informativi ed intervento pubblico*, Milano, 2006.

CARRIERO G., *Trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *Dir. banc.*, 2003, II, p. 3 ss.

CECCHINI A., GENGHINI M., *I contratti bancari nel Codice civile*, Milano, 2003.

CENDON P., *Commentario al codice civile – artt. 1321-1342*, Milano, 2009.

CHIRONI G. P., *Colpa contrattuale. La colpa nel diritto civile moderno²*, Torino, 1897.

CORRADI E., *Buona fede, responsabilità precontrattuale, integrazione, interpretazione*, Torino, 2000.

CORTE ENNA G., *Le conseguenze dell'errore nella formazione dei contratti*, Milano, 1904.

COSTI R., *L'ordinamento bancario*⁴, Bologna, 2007.

DE CAROLIS B., *L'arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, Roma, 2011.

DE MAURO A., FORTINGUERRA F., TOMMASO S., *La responsabilità precontrattuale*², Padova, 2007.

DEL FANTE A., *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 122 ss.

DE POLI M., *La trasparenza delle operazioni bancarie secondo il testo unico: primi appunti*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 523 ss.

DESARIO M. S., *Profili d'impatto delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario sugli intermediari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, p. 492 ss.

DOLMETTA A. A., *Sulle nozioni di «banca» e di «trasparenza»: spunti dal d.lgs. n. 141/2010*, in *Dir. banc.*, 2011, I, p. 215 ss.

DURANTE F., *Intermediari finanziari e tutela dei risparmiatori*, Milano, 2009.

FAGGELLA G., *I periodi contrattuali e la responsabilità precontrattuale*, Roma, 1918.

FORCHIELLI P., *Nota a Cass. 1667/48*, in *Giust. it.*, 1949, I, p. 296 ss.

GRECO G. (a cura di), *Trasparenza, Mifid, Corporate Bond*, Pisa Ospedaletto, 2008.

GRISI G., *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990.

GERACI L., *Lineamenti della responsabilità della banca per errore o inesatte informazioni* in *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche : Atti del Convegno di studio organizzato dal Banco di Sardegna in collaborazione con il C.I.D.I.S. (Centro Internazionale di Studi Giuridici)*, Alghero, 8-10 novembre 1984, Milano, 1986.

GIORGIANNI F., TARDIVO C. M., *Manuale di diritto bancario*², Milano, 2009.

GUIZZI G., *Chi ha paura dell' ABF?*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 2010, I, p. 665 ss.

INZITARI B., PICCININI V., *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Padova, 2008.

JANNUZZI M., *Buona fede e recesso dalle trattative contrattuali*, in *Foro it.*, 1948, c. 669 ss.

JHERING., *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichttügen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, 1861.

LA TORRE M. R., *Intermediari finanziari e soggetti operanti nel settore finanziario*, Padova, 2010.

LETTIERI M., *La trasparenza bancaria*, Roma, 2012.

LIACE G., *La responsabilità civile della banca*, Milano, 2003.

LUISE S., *Il dovere di correttezza dell'intermediario finanziario* in *Obbligazioni e Contratti*, 2010, p. 696 ss.

LUMINOSO A., *Responsabilità civile della banca per false o inesatte informazioni in Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche : Atti del Convegno di studio organizzato dal Banco di Sardegna in collaborazione con il C.I.D.I.S. (Centro Internazionale di Studi Giuridici)*, Alghero, 8-10 novembre 1984, Milano, 1986.

MAISANO A., *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie*, Milano, 1993.

MENGONI L., *L'acquisto «a non domino»*, Milano, 1949.

MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360 ss.

MERUZZI G., *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002.

MERUZZI G., *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 944 ss.

MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. da CICU A. e MESSINEO F., I, Milano, 1968, p. 297 ss.

MINTO A., *Il nuovo documento denominato «Informazioni europee di base» nell'ambito del rinnovato regime informativo nei contratti di credito ai consumatori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, I, p. 98 ss.

MIRONE A., *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, p. 558 ss.

MOLLE G., DESIDERIO L., *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*⁶, Milano, 2000.

MONATERI P. G., *Concorso di colpa e affidamento nella responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1985, p. 760 ss.

MONATERI P. G., *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Torino, 1998.

MORERA U., *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, p. 163 ss.

NANNI L., *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988.

NIGRO A., *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Dir. Banc.*, 1992, I, p. 421 ss.

NIGRO A., *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla "consulenza"?*, in *Dir. banc.*, 2011, I, p. 11 ss.

PALMIERI M., VELLA F., *Il provvedimento della Banca D'Italia del 29 luglio 2009 in tema di trasparenza bancaria*, in *Dir. banc.*, 2010, II, p. 51 ss.

PELLEGRINO S., *Le nuove regole sui contratti di credito ai consumatori*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2010, n. 2, p. 130 ss.

PERLINGIERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972.

PICCININI V., *I rapporti tra banca e clientela, Asimmetrie e condotte abusive*, Padova, 2008.

QUADRARO B., DIMUNDO F., *La verifica dei crediti nelle procedure concorsuali. Contratti bancari, parabancari e del mercato finanziario*, Milano, 2011.

RASI S. A., *La responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1974, p. 496 ss.

RODOTA' S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1964.

ROVELLI L., *La responsabilità precontrattuale* in BESSONE M. (a cura di), *Trattato di diritto privato*², Torino, 2000.

RUPERTO S., *L'«Arbitro Bancario Finanziario»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, p. 325 ss.

SALANITRO N., *Obblighi informativi e oneri probatori* in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, p. 417 ss.

SAMPIETRO L., *Responsabilità della banca per false o erranee informazioni in Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche : Atti del Convegno di studio organizzato dal Banco di Sardegna in collaborazione con il C.I.D.I.S. (Centro Internazionale di Studi Giuridici)*, Alghero, 8-10 novembre 1984, Milano, 1986.

SAPONE N., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 2008.

SCARPA A., FORTUNATO G., *Banche e responsabilità civile*, Milano, 2008.

SCIUTO M., *Il costo dell'informazione bancaria*, in *Dir. banc.*, 2011, I, p. 599 ss.

SCODITTI E., *Pubblicità e responsabilità precontrattuale nei contratti bancari*, in *Dir. banc.*, 2012, I, p. 351 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di SCIALOJA A. e BRANCA G., Bologna-Roma, 1970.

SENIGAGLIA R., *Accesso alle informazioni e trasparenza. Profili della conoscenza nel diritto dei contratti*, Padova, 2007.

STELLA RICHTER G., *La responsabilità precontrattuale*, Torino, 1996.

STOLFI G., *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 1954.

STOLFI G., *Sulla responsabilità precontrattuale del minore*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1968, p. 271 ss.

TARANTOLA A. M., *La trasparenza sostanziale nei rapporti tra banche e clienti: la visione della Banca d'Italia*, 7 convegno Compliance ICOM – DEXIA Crediop SpA, La trasparenza: tutela formale o reale del cliente?, 2011.

TERRANOVA G., *I contratti bancari nel sistema del codice civile: un modello per un codice europeo dei contratti?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, p. 525 ss.

TURCO C., *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990.

URBANI A. (a cura di), *L'attività delle banche*, Padova, 2010.

URBANI A., *La vigilanza sui soggetti esercenti il credito ai consumatori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, I, p. 442 ss.

VELUZZI V., «4 you»: c'è «spazio» per il contratto immeritevole di tutela?, in *Contratti*, 2006, p. 888 ss.

VIOLA L., *Il danno ingiusto, responsabilità precontrattuale e responsabilità speciali*, Matelica, 2007.

VIOLA L., *La responsabilità civile e il danno*, Matelica, 2007.

VIOLA L., *Il contratto. Validità, inadempimento, risarcimento*, Padova, 2009.

SITOGRAFIA

ALBANESE M., *L'uomo può essere trasparente?*, <<http://www.bccmontepruno.it/periodico/bancamica0601.pdf>>.

ALPA G., *La trasparenza delle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore*, intervento tenuto nell'ambito del seminario su "Banche e mercati italiani nella prospettiva internazionale", S. Marco, Perugia, 19 marzo 2004, <<http://www.assbb.it/contenuti/news/files/QUADERNO210.pdf>>

CAPOBIANCO E., LONGOBUCCO F., *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, <http://ricerca.uniroma3.it/Pdf/articolo_13flc4f0-1524-4a15-a4fa-6aea7ee66cee.pdf>

CARRIERO G., *Servizi bancari e finanziari: il nuovo regolamento di trasparenza della Banca d'Italia*, <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=7141>>

CIVALE F., *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e dei contratti di credito collegati*, <http://dipartimenti.unicatt.it/scienze giuridiche/scienze giuridiche_Forense_110305_Civale.pdf>

COMMISSIONE STUDI CIVILISTICI, *Le istruzioni di vigilanza della banca in materia di trasparenza delle operazioni e servizi bancari*, <http://www.notarlex.it/studi/settore/Studio_4703.pdf>

DOLMETTA A. A., *Normativa di trasparenza e ruolo della banca d'Italia in fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, Banca d'Italia, <http://www.adusbefveneto-rischioemercati.it/bancaditalia/quaderno_49.pdf>

GIALLORENZO L., *La trasparenza: una "consuetudine" della banca*, <<http://www.bccmontepruno.it/periodico/bancamica0601.pdf>>

INZITARI B., *La forma e le patologie dei contratti bancari*, <http://www.csm.it/quaderni/quad_94/qua_94_21.pdf>

MAZZINI F., *Contratti bancari e tutela del cliente*, <http://www.unisi.it/ricerca/dip/dir_eco/libro%20mazzini.pdf>

MORDENTE F. (2011), *La trasparenza nei rapporti bancari*, <<http://www.bccmontepruno.it/periodico/bancamica0601.pdf>>

PILOT M. (2005), *Il risarcimento del danno conseguente alla responsabilità precontrattuale*, <<http://www.forumnaonis.it/files/94/Nota%20Pilot%202.pdf>>

POMPEO E., *Brevi cenni sulla giurisprudenza consolidata sui contratti for you*, <<http://www.litis.it/2010/02/17/avv-elena-pompeo-brevi-cenni-sulla-giurisprudenza-consolidata-sui-contratti-for-you/>>

QUADRI E. (2011), *Trasparenza dei servizi bancari e tutela del consumatore*, <<http://www.dircomp.unipd.it/download/ngcc/2011/Quadri-NGCC2-11.pdf>>

SANGIOVANNI V. (2006), *La responsabilità precontrattuale dell'intermediario finanziario nel diritto inglese*, <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1038&context=valerio_sangiovanni>

