

Senato della Repubblica Italiana
Indagine conoscitiva sulle condizioni del sistema bancario e finanziario italiano e sulla tutela del risparmio, anche con riferimento alla vigilanza, alla risoluzione delle crisi e alla garanzia dei depositi europee

Roma, 28 luglio 2016

IL RUOLO DEI GIUDICI NEL MERCATO BANCARIO E FINANZIARIO
Marina Tavassi - Presidente Sezione Impresa del Tribunale di Milano

1. Premessa

Signor Presidente, Onorevoli Senatori,

Vi ringrazio per l'invito rivoltomi a partecipare a questa audizione nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulle condizioni del sistema bancario e finanziario italiano e la tutela del risparmio, anche con riferimento alla vigilanza, la risoluzione delle crisi e la garanzia dei depositi europee.

In considerazione del mio ruolo di giudice e alla luce delle mie esperienze di giudice civile e penale, avendo percorso durante la mia carriera tutti i gradi di giudizio (in particolare come giudice di Tribunale per 13 anni, di Corte d'appello per ulteriori 14 anni, poi in Cassazione per cinque anni, prima al settore penale dell'economia e quindi alla I Sez. Civ., esperienze che hanno coinvolto il settore bancario e finanziario; ora e da sei anni Presidente della Sezione Impresa del Tribunale di Milano) credo che mio compito precipuo sia quello di riferire circa il ruolo rimesso ai giudici dall'ordinamento e circa le effettive aree di intervento dei giudici nel settore bancario e finanziario, soffermandomi su alcune delle problematiche che maggiormente impegnano la giurisprudenza nella tutela del consumatore, inteso come soggetto debole, rispetto al quale si deve registrare un'asimmetria di potere contrattuale, di informazione e di strumenti cognitivi in genere rispetto agli interlocutori del settore bancario, finanziario e dell'intermediazione.

Ritengo necessario premettere un breve esame dei testi normativi allo studio di codesta Spettabile Commissione con riferimento allo specifico tema.

L'istituzione di una Commissione d'inchiesta sulle condizioni del sistema bancario italiano e la tutela del risparmio è stata prevista da diversi disegni di legge (comunicati alla Presidenza sin dall'anno 2013) e da una proposta d'inchiesta parlamentare comunicata alla Presidenza il 19.2.2016.

La proposta di inchiesta parlamentare e tre degli undici d.d.l. hanno carattere generale.

Precisamente:

- **Proposta di inchiesta parlamentare "Istituzione di una commissione parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario, con particolare riguardo alla tutela dei risparmiatori"**, comunicata alla Presidenza il 19.2.2016, con lo scopo di a) valutare il funzionamento del sistema di erogazione del credito e di allocazione di prodotti finanziari presso i piccoli risparmiatori e gli investitori non istituzionali, b) verificare

l'adeguatezza della disciplina legislativa e regolamentare sul sistema bancario e finanziario, nonché sul sistema di vigilanza, anche ai fini della prevenzione e della gestione delle crisi bancarie, ed infine c) verificare – con riferimento al periodo 10.1.2000-31.12.2015 – l'efficacia dell'attività di vigilanza e l'attività degli organi di gestione degli istituti bancari coinvolti in situazioni di crisi o di dissesto.

- **S.2160 “Istituzione di una Commissione parlamentare d’inchiesta sui fallimenti delle banche e delle assicurazioni nonché sulla cattiva gestione del sistema finanziario ad esse collegato”**, comunicato alla Presidenza il 9.12.2015, con lo scopo di a) accertare il reale ammontare delle risorse economiche, gravanti sui bilanci del settore pubblico allargato, destinate nello scorso ventennio al ripianamento dei costi delle varie vicende di patologia finanziaria che abbiano riguardato istituti creditizi e assicurativi, b) accertare i fatti e le ragioni per cui è stato abbandonato il consolidato divieto di partecipazioni azionarie delle banche nelle imprese e viceversa, e conseguentemente verificare gli effetti negativi prodotti dall’abrogazione di tale divieto, c) prevenire l’eventuale conflitto di interessi tra le funzioni della Banca d’Italia, quale Autorità di risoluzione nazionale designata, e l’apparato azionario che ne esprime la struttura di governo e ne influenza le linee di indirizzo gestionale. Al fine di impedire il ripetersi del fenomeno di cattiva gestione delle banche e delle assicurazioni, a tale Commissione d’inchiesta è inoltre riconosciuto il compito di formulare proposte i) in ordine all’adozione di nuovi strumenti di controllo e al ripristino del divieto di partecipazioni azionarie delle banche nelle imprese e viceversa, e ii) nell’ambito del nuovo sistema derivante dal recepimento della direttiva 2014/59/UE, in ordine al potenziamento del sistema dei controlli sui soggetti responsabili delle istituzioni creditizie e in ordine all’introduzione del principio in base al quale prima di ogni misura a carico dei depositanti, laddove siano emerse responsabilità e negligenze, siano determinate le modalità con cui applicare gli opportuni provvedimenti sanzionatori a carico degli amministratori dell’ente creditizio. Si prevede infine che la Commissione approfondisca altresì l’attività degli organi amministrativi e giudiziari dei Ministeri e delle forze di polizia e che, qualora emergano elementi rilevanti a fini disciplinari, possa riferirli e segnalarli all’organo competente per il seguito di competenza.
- **S. 2178 “Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario, con particolare riguardo alla tutela dei risparmiatori”**, comunicato alla Presidenza il 23.12.2015, con lo scopo di a) valutare il funzionamento del sistema di erogazione del credito e di allocazione di prodotti finanziari, soprattutto di quelli ad alto rischio, presso i piccoli risparmiatori e gli investitori non istituzionali, verificare l’adeguatezza della disciplina legislativa e regolamentare sul sistema bancario e finanziario, nonché sul sistema di vigilanza, anche ai fini della prevenzione e della gestione delle crisi bancarie, ed infine c) verificare – con riferimento al periodo 10.1.2000-31.12.2015 – l’efficacia dell’attività di vigilanza e l’attività degli organi di gestione degli istituti bancari coinvolti in situazioni di crisi o di dissesto.
- **S. 2196 “Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sul settore dell’intermediazione creditizia e finanziaria, nonché sul sistema bancario e sull’esercizio dell’attività di vigilanza”**, comunicato alla Presidenza il 14.1.2016, con lo scopo di accertare la struttura del sistema dell’intermediazione creditizia e finanziaria, la

struttura di *governance*, il profilo di rischio degli intermediari creditizi e finanziari, il rispetto della legislazione vigente in Italia, nell'Unione Europea e nei principali Paesi OCSE, l'efficacia e l'appropriatezza della vigilanza del sistema bancario e finanziario, i sistemi di promozione, sollecitazione e vendita alla platea dei risparmiatori dei prodotti finanziari ed infine l'esistenza di eventuali legami e rapporti tra banche e politica.

Quanto alla composizione di tali Commissioni, eccetto quella monocamerale prevista dalla proposta di inchiesta (20 senatori, tra cui viene nominato un presidente, due vicepresidenti e due segretari), tutte le altre proposte prevedono Commissioni bicamerali, costituite da 20 Senatori e 20 Deputati, tra i quali viene nominato un presidente, due vicepresidenti e due segretari.

I restanti otto d.d.l. che prevedono l'istituzione di una Commissione d'inchiesta sulle condizioni del sistema bancario italiano e la tutela del risparmio, sono invece a carattere "specifico", riguardando precise vicende bancarie.

Precisamente:

- **S. 624 "Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sul dissesto finanziario dell'istituto di credito Monte dei Paschi di Siena"**, comunicato alla Presidenza il 30.4.2013.
- **S. 895 "Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sull'operato del Banco di Desio e della Brianza S.p.A."**, comunicato alla Presidenza il 27.6.2013.
- **S. 1020 "Istituzione di una Commissione parlamentare d'inchiesta sulla crisi finanziaria che ha coinvolto la Banca Monte dei Paschi di Siena"**, comunicato alla Presidenza il 9.8.2013.
- **S. 2163 "Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sulle vicende relative alla Cassa di risparmio di Ferrara S.p.A., alla Banca delle Marche S.p.A., alla Banca popolare dell'Etruria e del Lazio – Società cooperativa e alla Cassa di risparmio della provincia di Chieti S.p.A., e sulle loro ripercussioni sul sistema bancario italiano"**, comunicato alla Presidenza il 14.12.2015.
- **S. 2175 "Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta in merito alle regole e ai controlli sul sistema creditizio e finanziario italiano e alle garanzie a tutela dei risparmiatori, anche in relazione agli effetti derivanti dall'entrata in vigore del decreto-legge 22 novembre 2015, n. 183, sulle vicende relative alla Cassa di risparmio di Ferrara S.p.A., alla Banca delle Marche S.p.A., alla Banca dell'Etruria e del Lazio – Società cooperativa e alla Cassa di risparmio della provincia di Chieti S.p.a."**, comunicato alla Presidenza il 16.12.2015.
- **S. 2187 "Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sulle cause del dissesto della Cassa di risparmio di Ferrara S.p.A., della Banca delle Marche S.p.A., della Banca popolare dell'Etruria e del Lazio – Società cooperativa e della Cassa di risparmio della provincia di Chieti S.p.A."**, comunicato alla Presidenza il 7.1.2016.
- **S. 2197 "Istituzione di una Commissione parlamentare d'inchiesta sui casi riguardanti la Banca popolare di Spoleto S.p.A., il Banco di Desio e della Brianza S.p.A., la Banca popolare di Vicenza – Società cooperativa, la Banca delle Marche S.p.A., la Cassa di risparmio di Ferrara S.p.A., la Banca popolare dell'Etruria e del Lazio – Società cooperativa e la Cassa di risparmio della provincia di Chieti S.p.A.,**

nonché sulle eventuali responsabilità della Banca d'Italia", comunicato alla Presidenza il 14.1.2016.

- **S. 2202 "Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario"** relativamente alla Cassa di risparmio di Ferrara S.p.A., alla Banca delle Marche S.p.A., alla Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio – Società cooperativa e alla Cassa di risparmio della provincia di Chieti S.p.A., comunicato alla Presidenza il 14.1.2016.

Lo scopo è quello di accertare cause ed eventuali responsabilità relative alla crisi finanziaria, al dissesto o comunque alla gestione economico-finanziaria, con riferimento a specifiche vicende che hanno visto coinvolti determinati istituti bancari.

Più precisamente, ci si pone l'obiettivo di a) verificare le eventuali responsabilità degli organi deputati alla vigilanza ed al controllo, ivi comprese la Banca d'Italia e la Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB), nonché le responsabilità di ordine politico e amministrativo, b) accertare la correttezza e la tempestività delle comunicazioni ad azionisti, obbligazionisti e correntisti, sia da parte degli istituti bancari, sia da parte degli organi di vigilanza e controllo, c) verificare la correttezza dell'attività e dell'operato degli istituti bancari, analizzando approfonditamente le operazioni finanziarie compiute dagli stessi ed accertando le responsabilità e gli eventuali elementi di dolo nel comportamento dei consigli di amministrazione, dei direttori generali e dei revisori dei conti, nonché delle società di certificazione che hanno attestato la regolarità dei bilanci delle banche, d) verificare le responsabilità nel caso in cui siano accertate omesse funzioni di vigilanza, con particolare riferimento al mancato esercizio di poteri di prevenzione, di controllo e sanzione che l'ordinamento prevede, e) verificare il rispetto dei doveri di vigilanza sulla trasparenza del sistema bancario, nonché l'applicazione e la congruità della normativa vigente in materia, segnalando le criticità emerse ed indicando altresì le misure più adeguate ad evitare il ripetersi di tali fenomeni, f) accertare e valutare la congruità della normativa vigente in materia di istituti bancari e fondazioni bancarie, nonché della normativa in materia di risparmio e della conseguente azione dei pubblici poteri nel garantire la tutela di depositanti ed investitori, formulando altresì le proposte di carattere legislativo più idonee, g) verificare le modalità di selezione ed i criteri di nomina degli amministratori delle banche in questione e la loro eventuale responsabilità nei confronti dei risparmiatori riguardo alla violazione degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza e trasparenza previsti dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24.2.1998 n. 58, h) verificare se attualmente sussistano situazioni di rischio nel sistema bancario italiano, palesi o potenziali, che possano risolversi in fallimenti o comunque in danni per gli investitori italiani, accertando anche se, ed eventualmente in quale misura, pratiche di speculazione finanziaria siano in uso presso istituti bancari e quali possano essere, anche in base alle risultanze della Banca d'Italia, le conseguenze del loro esercizio sulla stabilità del sistema bancario italiano.

Quanto alla composizione di tali Commissioni, i menzionati d.d.l. prevedono la presenza di 20 Senatori e 20 Deputati (eccetto S. 1020 ed S.2187 che prevedono 15 Senatori e 15 Deputati ed S.2163 e S.2197 che prevedono 10 Senatori e 10 Deputati), tra i quali viene nominato un presidente, due vicepresidenti e due segretari.

I d.d.l. descrivono poi – in modo pressoché parallelo – un’attività di indagine con gli stessi poteri e le medesime limitazioni dell’autorità giudiziaria, precisando come l’attività e il funzionamento della Commissione vengano disciplinati da un regolamento interno. La norma è in attuazione dell’art. 82 Cost. il quale prevede l’istituzione di Commissioni di inchiesta formate in modo da rispecchiare la proporzione dei vari gruppi, con l’indicazione che la Commissione possa procedere alle indagini e agli esami con gli stessi poteri e le stesse limitazioni dell’autorità giudiziaria.

Alla Commissione viene riconosciuto il potere di chiedere copie di atti e documenti relativi a procedimenti o inchieste in corso presso l’autorità giudiziaria o altri organi inquirenti sulle materie oggetto dell’inchiesta. L’Autorità giudiziaria può opporre (momentaneo) diniego motivato solo sulla base di inderogabili esigenze di segreto istruttorio; non può invece essere opposto il segreto professionale, bancario, d’ufficio o di Stato. È invece sempre opponibile il segreto tra difensore e parte processuale nell’ambito del mandato.

La Commissione può richiedere anche tramite sopralluogo copie di atti e documenti relativi a indagini e inchieste parlamentari svolte in Italia sulle materie oggetto di inchiesta.

La Commissione può inoltre richiedere documenti anche direttamente agli istituti di intermediazione creditizia e finanziaria, nonché agli organi di vigilanza degli enti creditizi, nazionali e sovranazionali.

La Commissione stabilisce quali atti e documenti non debbano essere divulgati, essendo comunque tutti i membri della Commissione stessa tenuti all’obbligo del segreto per tutto ciò che riguarda atti e documenti acquisiti al procedimento d’inchiesta.

La Commissione può opporre motivatamente all’autorità giudiziaria il vincolo del segreto funzionale che abbia apposto ad atti e documenti.

La Commissione può inoltre avvalersi dell’opera di agenti e ufficiali di polizia giudiziaria, nonché di tutte le collaborazioni ritenute opportune, procedendo altresì con audizioni a testimonianza ai sensi degli artt. 366 (rifiuto di uffici legalmente dovuti dinanzi all’autorità giudiziaria) e 372 (falsa testimonianza) c.p..

Fra i poteri così menzionati appaiono particolarmente incisivi il potere di disporre sopralluoghi autonomi, ancorché finalizzati alla richiesta di atti e documenti, e quello di opporre ad eventuali richieste dell’autorità giudiziaria il vincolo del segreto apposto dalla medesima Commissione, temperato dalla necessità di una motivazione, tanto più ove si osservi che l’analogo potere rimesso all’autorità giudiziaria ha per espressa previsione una durata temporanea, solo fino alla conclusione della fase istruttoria e per le esigenze proprie di tali indagini. Sembra invece che il vincolo del segreto funzionale, che la Commissione ritenga di apporre ad atti e documenti, non abbia limiti temporali e possa quindi essere un divieto di accesso definitivo anche nei confronti della magistratura.

Non ritengo di dover entrare nel merito della scelta di istituire una Commissione di controllo su istituzioni di per sé autonome e indipendenti in quanto si tratta di scelte di carattere politico determinate dall’urgenza di intervenire nelle recenti vicende di alcuni istituti bancari, ma piuttosto di attenermi a riferire nell’ambito del ruolo che mi è proprio, auspicando di poter offrire in tal modo un qualche contributo ai lavori della Commissione.

2. Le possibili azioni in sede giudiziaria, azioni individuali e azioni di classe

Affrontando il tema del ruolo assegnato al giudice civile nell'ordinamento, è noto come il legislatore comunitario e nazionale sia intervenuto ripetutamente con indicazioni normative che hanno cercato di colmare il *gap* informativo esistente fra i proponenti (le banche e gli intermediari finanziari) ed i consumatori (i clienti e quanti entrino in contatto con il sistema bancario e finanziario) imponendo agli operatori professionisti (in tale accezione comprendendo anche le imprese del settore) regole di informazione, trasparenza e chiarezza, e regole di carattere sostanziale circa i possibili contenuti delle negoziazioni, tese a tutelare la posizione dei consumatori. Tuttavia, le recenti vicende del settore, purtroppo verificatesi con una certa ricorrenza e con conseguenze drammatiche per i consumatori, hanno dimostrato come gli attuali strumenti di controllo e di ristoro non siano sufficienti a prevenire efficacemente i fenomeni negativi registrati, ma intervengano piuttosto *ex post* con misure restitutive e risarcitorie che spesso appaiono parimenti insufficienti o quantomeno non del tutto adeguate.

Va ancora osservato come l'intervento dei giudici civili sia sollecitato per iniziativa dei singoli soggetti (consumatori e utenti), che si ritengano vittime di ingiustizie ed abusi, con azioni tecnicamente qualificate di indebito (di tipo restitutorio di quanto indebitamente percepito da banche ed intermediari) oppure di tipo risarcitorio (per i danni subiti dal consumatore quale effetto delle dedotte ingiuste imposizioni o dei dedotti abusi) oppure cumulativamente proponendo domande di tipo restitutorio e domande di tipo risarcitorio. Solitamente queste azioni vengono instaurate come azioni individuali.

Vi è tuttavia un'altra possibilità di accesso alla giustizia che nel nostro sistema non risulta essere ancora molto praticata: si tratta dell'azione di classe o comunque delle azioni collettive (distinte in azioni rappresentative e azioni di classe).

Tali meccanismi di azioni allo stato attuale non hanno offerto risposta ad obiettivi reali di snellimento del carico del contenzioso presso le sedi giudiziarie, né all'obiettivo di mettere a disposizione del consumatore o di categorie di consumatori una risposta di giustizia più agevole, più rapida ed efficace.

E' vero che, a fronte dell'accertamento di un fatto plurioffensivo, tutti i danneggiati potrebbero giovare dello strumento di un'azione collettiva, richiedendo il risarcimento e confluendo tutti nell'unica ed unitaria iniziativa giudiziale, con l'effetto di evitare di promuovere un numero elevato di cause seriali e ripetitive, le cui sorti, affidate a giudici diversi, potrebbero non essere uguali, ma anzi diverse per tempi di decisione e per conclusioni raggiunte.

In altri termini, a fronte di un comportamento ritenuto dannoso per la "classe", l'azione collettiva deve essere una soltanto, per evitare lo stillicidio di iniziative giudiziarie, per deflazionare il contenzioso e per dare una risposta certa ed uniforme a tutti gli interessati.

L'azione di classe, disciplinata dall'articolo 140-bis del Codice del Consumo (D.Lgs. n. 206 del 2005), effettivamente operativa dall'agosto 2010, può essere promossa dai consumatori e dagli utenti che abbiano subito un danno derivante dalla lesione di una situazione soggettiva omogenea (inizialmente il testo normativo richiedeva l'identità delle posizioni, ora solo l'omogeneità; infatti, la legge n. 27/2012, entrata in vigore nel settembre 2012, ha sostituito l'indicazione della c.d. comunità, in inglese *communality*, riferita a "identici diritti", con quella di "diritti omogenei", così ampliando la platea dei possibili consumatori legittimati a promuovere l'azione) nei confronti della medesima impresa, ove siano ravvisabili, fra l'altro, pratiche commerciali scorrette o comportamenti anticoncorrenziali, quando siano lesi i diritti di una pluralità di

consumatori o di utenti. La legittimazione spetta ai consumatori e utenti, singoli o associati, che possono agire di propria iniziativa, con l'assistenza di un avvocato, o dando mandato ad un'associazione di consumatori o di utenti, riconosciuta ai sensi dell'art. 139 del medesimo Codice del Consumo. Tutte le persone che si trovino nell'analogia situazione di pregiudizio del promotore (appunto in situazione di omogeneità) possono aderire all'azione da lui esercitata senza doversi rivolgere ad un difensore. In tal modo possono beneficiare dei rimedi concessi a chi abbia agito in giudizio avanti al tribunale e sia risultato vittorioso anche tutti i soggetti lesi nei medesimi diritti, i quali, tuttavia, non hanno voluto in via autonoma promuovere la causa per motivi economici o per altre ragioni. La sentenza pronunciata all'esito del giudizio fa stato solo nei confronti degli aderenti, e ciò anche nel caso in cui la domanda sia stata rigettata. Il danno di cui si lamenta la lesione può discendere da responsabilità contrattuale ovvero da responsabilità extracontrattuale, derivante da prodotti commerciali difettosi o pericolosi ovvero, come si è detto e come meglio rileva per il tema specifico, da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti contrari alle norme sulla concorrenza.

L'azione va distinta dall'azione promossa direttamente (e non su mandato del singolo) dalle associazioni rappresentative a norma dell'art. 140 del Cod. Consumo (le azioni collettive rappresentative propriamente dette), azione che è diversamente disciplinata dalla citata norma ma che pure potrebbe utilmente essere intrapresa in caso di violazione degli interessi collettivi dei consumatori derivanti da pratiche commerciali scorrette, anche delle banche o degli operatori finanziari.

Nell'azione di classe di cui all'art. 140 bis Cod. Consumo, dopo il vaglio di ammissibilità e non manifesta infondatezza dell'azione, ove la domanda sia accolta, il tribunale liquida le somme dovute o stabilisce un criterio omogeneo di calcolo per la successiva liquidazione. La sentenza diviene esecutiva decorsi centottanta giorni dalla pubblicazione. In caso di accoglimento della domanda, il giudice assegna alle parti un termine, non superiore a 90 giorni per addivenire ad un accordo sulla liquidazione del danno, potendo in tal fase rilevare il ruolo di ABF e della Camera di conciliazione ed arbitrato presso la Consob, eventualmente tramite il Fondo interbancario e il Fondo di solidarietà. Il processo verbale dell'accordo, sottoscritto dalle parti e dal giudice, costituisce titolo esecutivo. Scaduto il termine senza che l'accordo sia stato raggiunto, il giudice, su istanza di almeno una delle parti, liquida le somme dovute ai singoli aderenti.

Finora in Italia nel settore bancario ci sono state solo 5 azioni di classe, su un totale di 58 azioni registrate su tutto il territorio nazionale nei diversi settori; solo in 3 casi si è pervenuti alla decisione di accoglimento.

Tornando alle azioni individuali finora proposte, ma con un occhio in prospettiva ai settori di possibili future azioni di classe o collettive, può ricordarsi che tra le tipologie più frequenti del contenzioso civilistico si collocano:

- contestazioni del correntista in ordine alle poste debitorie annotate in conto dalla banca a titolo di anatocismo, interessi ultralegali, commissioni, valute fittizie, ecc., di cui spesso è contestato l'effetto usurario; dette contestazioni, estese all'intera durata del rapporto di conto corrente, vengono svolte per lo più in replica alla pretesa di pagamento del saldo debitorio azionata dalla banca in sede monitoria (viene opposto circa il 20% del totale dei decreti ingiuntivi emessi su istanza di banche, circa 3500/4000 annui all'interno dell'intero Tribunale di Milano). Sono peraltro in aumento le azioni autonome del correntista che chiede restituzione di somme che

asserisce illegittimamente annotate a debito. Il succedersi di riforme normative (da ultimo D.L.29/12, L.62/12, Del. Cicc - Com. Intermin. per il Credito ed il Risparmio, 30.6.12, L.147/13, DL 91/14, L.116/14), spesso frammentarie e di non chiara comprensione quanto a contenuto e regime transitorio, alimentano contenzioso nuovo anche con riferimento a rapporti di vecchia data, incidendo anche su giudizi in corso e rallentando il formarsi di orientamenti giurisprudenziali consolidati che avrebbero portata deflativa (e che costantemente vengono sottoposti a revisione). La verifica contabile rimessa a CTU (tanto più complessa quanto più esteso sia stato il rapporto contrattuale con la banca in termini di tempo e numero di conti) richiede preliminarmente la risoluzione da parte del giudice delle svariate problematiche giuridiche sottese alla contestazione di usura o di invalidità delle singole poste debitorie annotate in conto dalla banca (che potranno essere espunte solo se invalide). Presso la sezione specializzata del Tribunale di Milano si ricerca una costante condivisione delle problematiche più ricorrenti, onde pervenire a soluzioni possibilmente comuni in merito agli ambiti di validità o meno dell'operato negoziale della banca, così da poter individuare termini univoci del quesito al CTU contabile, ed evitare quesiti alternativi a volte opposti (espungere e non espungere poste contabili), destinati ad aumentare tempi e costi della verifica, alimentando ancor più la conflittualità tra le parti;

- contestazioni inerenti contratti di mutuo, su *an e/o quantum*; nei contratti di finanziamento bancario o mutuo fondiario le controversie coinvolgono o la misura del tasso d'interesse, o la metodologia di conteggio o ammortamento, asseritamente difforme dal pattuito o produttivo di effetti non consentiti o usurari (frequenti da ultimo le contestazioni sul c.d. ammortamento alla francese, metodologia usata nei finanziamenti a rimborso rateale);
- contestazioni inerenti la regolarità o meno delle segnalazioni che gli intermediari creditizi trasmettono a banche dati (istituzionali o private) circa il merito creditizio del debitore; utile strumento di conoscenza per chi concede credito, può arrecare grave danno al soggetto che sia stato erroneamente segnalato come "cattivo pagatore"; in questo ambito sono comprensibilmente frequenti soprattutto i ricorsi d'urgenza, ex art. 700 c.p.c., volti a inibire o a revocare segnalazioni asseritamente arbitrarie, e particolarmente delicato è l'intervento del giudice che, sulla base di un mero *fumus*, emette una pronuncia anticipatoria di fatto definitiva (i tempi di un giudizio ordinario vanificherebbero la portata di una decisione finale di revoca della segnalazione, che nelle more avrebbe arrecato grave danno);
- contestazioni inerenti validità ed efficacia di fideiussioni bancarie: il ruolo delle banche come garanti è sempre più frequente, venendo spesso posto come condizione dal committente per accedere a contratti di appalto o di compravendita, e garantirsi la restituzione del prezzo pagato ove l'opera sia male eseguita o la fornitura viziata; in ambito internazionale è sempre più frequente che committenti esteri chiedano una fideiussione presso banca del proprio Stato, che a sua volta chiede una controgaranzia alla banca dello Stato del fornitore; alle problematiche giuridiche legate alla validità ed efficacia della fideiussione, si aggiungono le problematiche legate alla normativa applicabile e alla conoscibilità e comprensione delle normative estere. Anche in questo settore sono particolarmente frequenti le richieste in via d'urgenza di inibitoria dell'escussione della garanzia, svolte dal fornitore che rappresenta la minaccia incombente del committente di escussione della garanzia per inadempimenti, dall'uno asseriti e dall'altro contestati; si richiedono provvedimenti immediati, *inaudita altera parte*, per inibire pagamenti di garanzie anche per decine/centinaia di milioni di euro (che l'istante teme poi di dover restituire

alla banca da cui si è fatto garantire); con elevato impegno decisionale in tali ambiti cautelari, per l'incidenza di pronunce anticipatorie che molto spesso sono di tale portata finanziaria da coinvolgere la stessa tenuta della società istante, ancor più nell'attuale momento di crisi economica;

- la ripresa del procedimento di mediazione come condizione di procedibilità per le cause bancarie non sembra allo stato avere prodotto efficaci effetti deflattivi; come si è già detto la complessità giuridica e tecnico-contabile di dette cause induce le parti a privilegiare l'intervento del giudice e/o una verifica contabile, soprattutto se impostata dal giudice all'esito di una preliminare valutazione di fondatezza o meno delle contestazioni svolte; la transazione a volte interviene in corso di CTU, ancorché sia spesso vanificata dalle difficoltà finanziarie del correntista/cliente, che non è comunque nelle condizioni di pagare il saldo debitorio di conto, pur fortemente ridotto in esito alla verifica contabile.

Presso il Tribunale di Milano (non solo in ambito bancario ma più in generale in tutto il contenzioso civile) si sta verificando la possibilità di accedere alla mediazione delegata, e ciò in particolare per quei casi in cui la preliminare valutazione del giudice consenta di ipotizzare, da un lato, un abbattimento del saldo debitorio preteso dalla banca (eventualmente sulla base di un quesito peritale già formalizzato o dell'indicazione più sommaria dei criteri e ambiti d'indagine) e, dall'altro, la possibilità economico-patrimoniale del cliente di rientro almeno parziale dalla sua posizione debitoria.

3. Elementi caratterizzanti le controversie bancarie e finanziarie

Occupandosi dei fattori che hanno caratterizzato in questi anni l'attività dei giudici nello specifico settore, si premette che il riferimento è fatto alla luce delle esperienze maturate presso un osservatorio privilegiato sul territorio per quantità e qualità del contenzioso in materia economica, quale è il Distretto di Milano.

Dalla relazione sull'amministrazione della giustizia per l'anno giudiziario 2015 presso la Corte d'Appello di Milano, facendo riferimento ai dati del contenzioso radicato presso la Sez. 6° civile (sezione specializzata nell'ambito del tribunale milanese per la materia bancaria e finanziaria), si coglie il progressivo costante aumento delle cause bancarie, per effetto del protratto periodo di crisi economico-finanziaria del Paese e della conseguente difficoltà di molte imprese di rientrare dal finanziamento bancario, nelle svariate forme di sua concessione. Tale contenzioso è alimentato da interventi normativi succedutisi nel tempo, di non agevole coordinamento tra di loro, e da persistenti difformità interpretative a livello nazionale su temi chiave (tassi di mora, criteri di verifica usura, ecc.). La legge di riforma dell'art.120 Tub (L.147/13), che ha inteso abolire l'anatocismo, ha dato vita a interpretazioni contrastanti in punto decorrenza ed efficacia di simile abolizione.

Il contenzioso finanziario rimane una percentuale significativa del contenzioso, nell'esperienza milanese (intorno al 10%), trattandosi di controversie di estrema complessità, tali da assorbire gran parte dell'impegno di studio e concentrazione dei giudici della sezione dedicata a tale tipologia di contenzioso (la 6° Sez. Civ.).

In particolare ha ripreso vigore il contenzioso finanziario sul tema dei derivati (*interest rate swap, forward, futures, opzioni*, ecc.), relativamente al quale le contestazioni si incentrano sulla portata speculativa del prodotto, sulla sua struttura complessa, ovvero su scenari di andamento del mercato non conosciuti né conoscibili dal cliente ma solo dalla banca, contenzioso che

richiede di addentrarsi nella comprensione non solo delle normative regolamentari, ma degli stessi meccanismi di operatività del mercato finanziario, rimessi a competenze statistiche e matematiche estranee alla preparazione giuridica ed affrontabili con l'ausilio di esperti nel corso delle CTU.

Si deve poi registrare un tendenziale aumento della complessità del contenzioso finanziario, che si sta muovendo anche al di fuori della controversia tra il singolo investitore e l'intermediario, venendo sempre più a coinvolgere i rapporti tra gli intermediari ed altri protagonisti del mondo finanziario (emittenti italiane o estere, imprese d'investimento, SIM/SICAV, organismi d'investimento collettivo - OICR, società di gestione del risparmio in ambito nazionale o estero - SGR, società di *rating*, società di revisione, autorità di vigilanza italiane o estere, quali Banca d'Italia, CONSOB, ISVAP ora IVASS), con una dimensione che coinvolge temi nuovi e poco percorsi dalla giurisprudenza.

In un ambito ad alto rischio, come l'acquisto di un prodotto finanziario, la progressiva attenzione del legislatore nazionale, internazionale, comunitario, è volta da decenni all'individuazione di stringenti regole idonee a porre l'investitore nella condizione di comprendere e valutare il rischio cui va incontro, e di poterlo quindi consapevolmente parametrare rispetto alla personale propensione al rischio. Molte controversie, infatti, si riconducono a contestazioni inerenti il processo di presentazione al singolo o al pubblico di un dato prodotto finanziario e il momento decisionale di acquisto da parte dell'investitore; dovrà accertarsi che l'emittente, ovvero l'intermediario che distribuisce o promuove il prodotto finanziario, abbia assolto all'obbligo di informare adeguatamente l'investitore dei rischi che va ad affrontare, rischi (anche di perdita del capitale) destinati a ricadere sull'investitore, ma che potranno essere risarciti dall'intermediario che non provi di avere assolto adeguatamente a detti obblighi informativi.

La complessità della materia è ascrivibile a molteplici ragioni:

- trovano applicazione normative italiane e comunitarie (nonché normative estere, se il prodotto finanziario proviene da emittenti esteri) di primo livello (legislative o codicistiche) o di secondo livello (regolamentari), non sempre di agevole coordinamento tra di loro e soprattutto in costante divenire, sovrapponendosi riforme nazionali o sovranazionali e rincorrendosi adeguamenti regolamentari (e relativi problemi di regime transitorio);
- gli stessi prodotti finanziari sono in continua evoluzione e trasformazione (nonché oggetto di successivi interventi normativi e regolamentari). In via di esaurimento è il massiccio contenzioso che dal 2008/2009 aveva ad oggetto prevalentemente emissioni obbligazionarie di società italiane andate in default (Parmalat, Cirio, ecc.) o di Stati Esteri (Argentina), per omesse informazioni circa la speculatività del titolo proveniente da emittenti prossime al *default*; più di recente, controversie analoghe si sono spostate su emissioni obbligazionarie di banche estere, come Lehman Brothers, Landsbanki, ed altre, coinvolte nella crisi dei mutui sub-prime o nella truffa Bernard Madoff, controversie di nuova complessità anche se numericamente inferiori. Dal 2010 in avanti e con intensità e portata sempre maggiore, ulteriori contestazioni sono riferite a prodotti dalla struttura estremamente complessa (derivati, *forward*, *futures*, opzioni, *interest rate swap*, polizze *unit* e *index linked*, ecc.), relativamente ai quali la verifica di correttezza del flusso informativo richiede un'adeguata preliminare conoscenza del prodotto e della sua dinamica di offerta e rendimento sul mercato, assolutamente non agevole per il giudice (tendenzialmente estraneo a tali competenze), ma indispensabile anche soltanto per accedere proficuamente a una consulenza finanziaria o all'audizione di un teste (formulare un quesito peritale o una domanda, e

comprenderne la risposta, richiede di orientarsi in un glossario tecnico, con espressioni come arbitraggio, correlazione, effetto leva, *cap*, *floor*, margini, *far value*, ecc.); ciò ha comportato il sorgere di un gruppo di giudici (come avviene presso le sezioni specializzate dei Tribunali di maggiori dimensioni) che ha acquisito con il tempo una competenza specialistica nel settore economico-bancario-finanziario, che non appartiene ai giudici c.d. generalisti e che non è facile raggiungere in sedi giudiziarie dove il contenzioso in materia è limitato.

- il rapporto contenzioso può esplicarsi sia tra il singolo investitore e l'intermediario che ha venduto o proposto il prodotto (per lo più una banca), sia coinvolgere altri protagonisti del mondo finanziario italiano o estero, quali gli enti emittenti, le imprese d'investimento, anche comunitarie o extracomunitarie (SIM/SICAV), gli organismi d'investimento collettivo (OICR), le società di gestione del risparmio in ambito nazionale o estero (SGR), le società di rating, le società di revisione, le autorità di vigilanza italiane o estere (Banca d'Italia, CONSOB, ISVAP, ora IVASS); la contestazione si estende al coinvolgimento colposo o doloso di organi che sarebbero deputati al controllo su scala nazionale o internazionale, con ambiti di istruttoria sempre più ampi e complessi e con richieste risarcitorie ovviamente imponenti; la presenza di più parti nel giudizio (con domande che talvolta coinvolgono la responsabilità diretta degli amministratori) ne accresce la complessità della trattazione, anche per l'insorgenza di problemi di legittimazione, competenza, giurisdizione, normativa applicabile;
- tra gli argomenti del contenzioso si pongono anche le condotte truffaldine di promotori finanziari (talvolta, protrattesi per anni con difficoltà di ricostruzione dei vari passaggi di denaro, sembrano anche favorite dall'iniziale interesse dell'investitore a ricercare modalità poco trasparenti d'investimento di redditi non ufficiali), condotte per le quali è normativamente prevista la responsabilità oggettiva della banca cui fa capo il promotore, qualora sia provato un collegamento tra l'operato illecito e il suo ruolo professionale;
- gli importi in discussione nelle cause finanziarie (*petitum* restitutorio o risarcitorio) possono arrivare a decine o centinaia di milioni di euro, con effetti di rilievo della pronuncia non solo per il singolo investitore ma per gli stessi intermediari coinvolti;
- benché il dato quantitativo dei procedimenti finanziari possa dirsi contenuto (ad esempio a Milano nell'ordine del 10% del carico della Sezione sesta del Tribunale), tali cause assorbono una gran parte dell'impegno di studio e concentrazione dei giudici della sezione, e hanno indubbia rilevanza esterna in termini di incidenza economica; con decorrenza 6.7.09 (abrogato il rito collegiale di cui al D.L.vo n. 5/03) le cause finanziarie seguono il rito ordinario e quindi appartengono alla competenza del giudice singolo (monocratico); la complessità della materia e la rilevanza delle decisioni hanno suggerito confronti estesi a tutti i giudici della sezione anche in relazione ad una singola causa, sia per l'indubbio interesse delle questioni all'esame, sia per il possibile ripetersi delle medesime problematiche in altre cause e quindi nell'ottica di un'uniformità delle decisioni, sia per un maggiore approfondimento dei vari aspetti in discussione (dovendosi tuttavia sempre rimettere al giudice monocratico ogni valutazione conclusiva).

Spesso in queste materie vengono proposti procedimenti cautelari *ante causam*, anche se difficilmente si tratta di istanze di sequestro conservativo, dal momento che i soggetti convenuti sono intermediari finanziariamente solidi, nei cui confronti difficilmente è ipotizzabile un pericolo di depauperamento delle risorse a danno del creditore. Vengono frequentemente proposte istanze urgenti di sospensione dell'operatività di un contratto finanziario di durata (quali

i contratti *swap*), nell'assunto che lo stesso sia pregiudizievole per l'investitore, inadeguato alle sue esigenze e al suo profilo di rischio, stipulato in assenza delle dovute informazioni. A volte vengono proposte domande di Accertamento Tecnico Preventivo o Consulenze Tecniche Preventive a fini conciliativi (*ex art. 696 bis c.p.c.*), come soluzione volta ad evitare l'avvio di un contenzioso ordinario, mediante un'anticipata verifica tecnica della struttura o dinamica di rendimento di un prodotto finanziario. Tutte tali controversie coinvolgono la necessità di affrontare in via cautelare, e quindi sommaria ed urgente, complesse eccezioni preliminari di giurisdizione, legittimazione, ammissibilità, spesso sollevate dalla parte resistente (ancor più quando le parti contrapposte sono tutti intermediari, italiani ed esteri, che controvertono per decine o centinaia di milioni di euro), la cui decisione è particolarmente delicata per il suo riflesso su un eventuale successivo giudizio ordinario.

4. Il controllo delle Corti d'Appello sulle sanzioni Consob e Banca d'Italia

Si tratta dei giudizi di opposizione avverso i decreti sanzionatori irrogati per iniziativa della CONSOB, opposizioni proposte ai sensi dell'art. 195 D.Lgs. n. 58 del 1998. In tale ruolo i giudici civili svolgono analisi approfondite dei Regolamenti Consob, delle ricadute sui comportamenti delle singole società (comprese le SIM e le SGR), nonché sulle condotte degli esponenti aziendali, formulando indicazioni circa la responsabilità degli stessi e la legittimazione ad impugnare i provvedimenti della Consob, sulle ipotesi di concorso formale ravvisate nei fatti contestati. I giudici (nello specifico la competenza è assegnata alle Corti d'Appello) si occupano della sospensione dell'esecuzione dei decreti opposti, dell'annullamento dei decreti, della idoneità o meno degli interventi posti in essere dagli amministratori e controllori sanzionati per eliminare le anomalie riscontrate dalla Consob.

Giova ricordare che l'art. 195 comma 2 d.lgs. n. 58/1998 prevede il rispetto del principio del contraddittorio nel corso del procedimento sanzionatorio, che ha inizio con la contestazione degli addebiti da cui è esclusa la fase precedente relativa alla acquisizione dei dati e delle informazioni per valutare la fondatezza o meno dei fatti, nel corso della quale non vi è alcun obbligo di informazione nei confronti della parte oggetto di indagine. L'art. 195 TUF, prevede poi che la contestazione delle violazioni deve intervenire entro i 180 giorni dall'accertamento. Nei casi all'esame dei giudici civili in sede di opposizione ai decreti sanzionatori, è solitamente pacifico il momento in cui è intervenuta la contestazione degli addebiti, mentre è spesso controversa l'individuazione del momento in cui Consob abbia acquisito un sufficiente grado di conoscenza delle violazioni oggetto della contestazione, al fine della individuazione del termine iniziale dell'accertamento.

Il procedimento amministrativo in materia finanziaria, volto all'accertamento da parte di Consob delle relative violazioni, si articola sostanzialmente in una prima fase acquisitiva dei dati, in una successiva fase di valutazione, che consiste nell'esame ed elaborazione dei dati raccolti al fine di verificare la loro fondatezza e rilevanza, nella fase finale di formulazione della contestazione degli addebiti. La perentorietà del termine perentorio (termine di 180 gg.), stabilito dalla legge a pena di decadenza, entro il quale deve intervenire la contestazione dell'addebito dopo l'accertamento della violazione, è finalizzata a tutelare il diritto di difesa dell'incolpato, il quale non sarebbe in grado di articolare in modo adeguato la sua difesa e presentare le prove in suo favore a distanza di un rilevante lasso temporale. Il legislatore ha quindi ritenuto di non

consentire alla PA di dilatare in modo eccessivo il termine di acquisizione e valutazione dei dati raccolti, senza alcun più stringente controllo del proprio operato. La giurisprudenza di legittimità si è più volte espressa nel senso che il momento dell'accertamento degli illeciti amministrativi in materia finanziaria non coincide automaticamente né con il giorno in cui ha termine l'attività ispettiva, né con il deposito della relazione, né con quello in cui la Commissione si è riunita per l'esame del caso, in quanto è necessario individuare, secondo le peculiarità della singola fattispecie, il momento in cui ragionevolmente la contestazione avrebbe potuto essere tradotta in accertamento, nel rilievo che la pura "constatazione" dei fatti nella loro materialità non coincide necessariamente con il loro "accertamento", posto che vi sono ambiti, come appunto quello dell'intermediazione finanziaria, che richiedono attività istruttorie e valutazioni complesse, non effettuabili nell'immediatezza della percezione. E' quindi necessario individuare caso per caso il momento in cui la contestazione avrebbe potuto essere tradotta in accertamento, senza tener conto di ingiustificati ritardi derivanti da disfunzioni burocratiche e senza che assumano rilievo le diverse competenze e compiti assegnati ai vari organi interni della Consob, competenti per le diverse fasi del procedimento (in tal senso Cass. Sez. Unite 9.3.2007 n. 5395; Cass. 2.12.2011 n. 25836). L'individuazione del momento in cui è intervenuto l'accertamento, ovvero il momento in cui Consob aveva a disposizione tutti gli elementi sufficienti ed idonei per procedere alla contestazione degli addebiti, deve essere condotta avendo riguardo al momento in cui i fatti oggetto della contestazione specifica mossi ai soggetti di volta in volta oppositori siano stati acquisiti da Consob e siano suscettibili di valutazione al fine di poter verificare la congruità del termine tra acquisizione dei dati e contestazione degli addebiti e accertare il rispetto o meno del relativo termine di decadenza.

Interessante in materia di controllo dei giudici sulle sanzioni della Consob è il decreto della Corte d'appello di Genova del 17.03.2016, decreto di rigetto di un'opposizione proposta avverso sanzione Consob in cui la Corte ha ritenuto di escludere la nullità del procedimento dedotta dall'opponente. La Corte ha escluso la nullità del procedimento dedotta per asserito contrasto del regolamento sanzionatorio con l'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo; ha inoltre deciso sull'eccezione di illegittimità costituzionale degli artt.190 e 195 D.Lgs 58/98 per contrasto con l'art.6 § 1 della predetta Convenzione, in relazione all'art.117 Cost., sull'eccezione di illegittimità costituzionale dei commi 4, 5, 6 e 7 dell'art. 195. Ha ritenuto che la questione attinente al contrasto della disciplina del procedimento sanzionatorio con l'art.6 della Convenzione dei diritti dell'uomo sia stata superata dal D.lgs. n. 72/2015 che, nell'apportare (con l'art. 6 comma ottavo) alcune modifiche all'art. 195 TUF, applicabili a decorrere dalla sua entrata in vigore, ha previsto che già nei giudizi in corso a tale data le udienze siano pubbliche. La Corte ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dei commi 4, 5, 6 e 7 dell'art.195 TUF, sotto il prospettato profilo della limitazione della tutela giurisdizionale, affermando che il rispetto dei principi costituzionali debba essere valutato in relazione al procedimento sanzionatorio nel suo complesso e quindi tenendo conto del controllo giudiziario garantito dalla vigente normativa, che prevede il ricorso alla Corte d'Appello e il possibile successivo ricorso di legittimità in Cassazione. Nella sentenza Grande Stevens (sentenza del 4.3.2014 nella causa Grande Stevens e altri c. Italia, ric. nn. 18640/10, 1864/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10) la Corte Edu, pur avendo ritenuto che il procedimento davanti alla Consob non garantisce pienamente il diritto di difesa degli accusati, ha evidenziato che il rispetto dell'articolo 6 della Convenzione non è incompatibile con la possibilità che una pena sia

inizialmente inflitta da un'autorità amministrativa, purché la sua decisione “subisca il controllo ulteriore di un organo giudiziario dotato di pieni poteri di giurisdizione”, quale indubbiamente era da considerarsi la Corte d'Appello (nel caso specifico la Corte d'appello di Torino). E' vero che la Corte Edu è poi giunta alla conclusione che nessuna udienza pubblica si era svolta davanti alla Corte di Appello di Torino e che la Corte di Cassazione, davanti alla quale si era tenuta una pubblica udienza, non aveva le competenze per conoscere il merito della causa, concludendo così per la sussistenza della lamentata violazione dell'art.6 § 1 della Convenzione; tuttavia, secondo la Corte d'appello di Genova la questione più non si poneva nella fattispecie sottoposta alla sua attenzione a seguito della già menzionata disposizione transitoria contenuta nel Dlgs 72/2015.

Si può ancora ricordare a titolo di esempio il caso esaminato dalla Corte d'appello di Bologna (decreto 24.6.2015) in cui parimenti è stata rigettata l'opposizione proposta da una dipendente di Unicredit spa, addetta ai servizi di investimento e responsabile della Filiale n. 7 sita in Reggio Emilia e sanzionata all'esito di un procedimento disposto da Consob nell'ambito dell'attività di vigilanza nei confronti degli istituti di credito, in base ad esposti alla stessa pervenuti da parte di clienti della banca, che avevano segnalato irregolarità nella prestazione dei servizi di investimento poste in essere dalla dipendente nell'ambito dell'attività di intermediazione mobiliare alla stessa affidata dalla banca.

Quanto alle modalità di svolgimento degli accertamenti disposti nel corso del procedimento sanzionatorio, la Corte bolognese rilevava che dalla documentazione prodotta da Consob risultava che l'attività istruttoria, al fine di verificare la fondatezza dei fatti in contestazione, era stata svolta ai sensi dell'art. 8 comma 1 d.lgs. 58/1998 che prevede la richiesta all'istituto di credito di fornire dati, notizie, trasmettere atti e documenti con riferimento ai fatti oggetto di indagine che Consob può formulare con riferimento alla attività di vigilanza alla stessa spettante nei confronti degli istituti di credito, nel caso concreto disposta a seguito di segnalazioni pervenute dai clienti della banca in merito all'operato della dipendente. Secondo la Corte dalla documentazione e dagli accertamenti in tal senso eseguiti era emerso in modo del tutto chiaro ed incontrovertibile il comportamento tenuto dalla dipendente, non conforme agli obblighi di diligenza, correttezza e trasparenza imposti dall'art. 21 d.lgs. cit. ai soggetti che operano nell'ambito della intermediazione mobiliare quali dipendenti di un istituto di credito e ciò per avere attestato e comunicato ai clienti falsi rendiconti sull'incremento dei propri investimenti ai danni di circa la metà dei clienti da lei gestiti, documentazione risultata contraffatta per avere occultato le perdite registrate.

All'esito dell'attività di verifica, veniva contestata alla dipendente da parte di Consob ex art. 190 ed in qualità di responsabile in solido ex art. 195 comma D.lgs. n. 58/1998 a Unicredit spa, la violazione dell'art. 21 comma 1 lett. a) del decreto citato per avere ripetutamente prodotto e trasmesso alla clientela della Banca false rendicontazioni che attestavano il costante incremento dei patrimoni investiti, così dissimulando le perdite registrate negli investimenti; e per aver eseguito per conto dei clienti operazioni in strumenti finanziari in assenza di relativa autorizzazione.

Escluso che il procedimento sanzionatorio si fosse protratto oltre i termini previsti dalla legge, la Corte bolognese riteneva del tutto generico ed infondato il motivo di gravame con cui parte ricorrente contestava l'accertamento svolto da Consob sotto il profilo di una valutazione non imparziale ed unilaterale dei fatti in favore dell'istituto di credito ed a danno della dipendente. La Corte rilevava al riguardo che era oggetto di prova documentale l'illegittima attività posta in

essere dalla dipendente nei termini riportati nonché l'effettuazione di operazioni di investimento non autorizzate, con abuso del ruolo rivestito all'interno della banca e della fiducia di cui la stessa dipendente godeva sia da parte dei clienti che dei propri superiori per compiere dette operazioni. La sanzione era pertanto legittima e l'opposizione doveva essere rigettata.

E' evidente che il controllo della Corte d'Appello con il giudizio di opposizione in esame è limitato alla legittimità dell'operato della Consob nell'ambito del ruolo di controllo dalla stessa esercitato e limitatamente al sindacato sui decreti che impongono sanzioni. La Corte non avrebbe alcuna competenza ad intervenire in ipotesi in cui si trattasse di un provvedimento negativo o nel caso in cui la Consob ritenesse di non aprire un'indagine, ancorché sollecitata dai consumatori o da soggetti comunque interessati.

Altri potrebbero essere gli strumenti di tutela da esperire davanti ad un giudice civile, in questo caso seguendo la regola ordinaria dei due gradi di giudizio (di primo grado, di competenza del Tribunale, e di secondo grado, davanti alla Corte d'appello) e del grado di legittimità davanti alla Cassazione. Si potrebbe pensare ad azioni di responsabilità, individuali o collettive, per omissione di comportamenti in base al principio del *neminem laedere* e pertanto in forza dell'art. 2043 c.c. , il quale stabilisce che qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno. Certo, in ambiti in cui il comportamento e l'azione (quindi anche l'agire o non agire, intervenire o non intervenire su determinate situazioni) sono fondati su poteri conferiti per legge e per legge esercitati sulla base di ampia discrezionalità, la dimostrazione del fatto doloso o colposo – il cui onere probatorio sta in capo a chi agisce – presenterebbe notevoli difficoltà. Il terreno sarebbe tutto da esplorare non essendovi precedenti non solo specifici, ma neppure che possano rappresentare fonte di ispirazione in via analogica.

5. Il controllo sull'usura

Proseguendo nell'analisi dei settori di intervento dei giudici nei confronti delle banche, un ruolo importante è rappresentato dal controllo del tasso degli interessi imposti ai consumatori ai fini della verifica dell'usura.

La disciplina dell'usura è stata da sempre considerata uno dei valori primari della società, tanto da avere radici molto risalenti nel tempo e da essersi manifestata sia tramite indicazioni di natura teologico-religiosa, sia nella disciplina delle società mercantili medioevali. Da un'iniziale ferma condanna dell'usura e di ogni redditività del denaro dato a prestito, si è giunti alla sua regolamentazione quale inevitabile effetto dell'inarrestabile sviluppo delle società mercantili e della necessità di dotarle di un'adeguata base monetaria.

Nel tempo la nozione di usura ha assunto un significato più ristretto, riferendosi non più agli interessi in quanto tali ma solo al loro eccessivo ammontare, fino alle più recenti impostazioni normative che si sono fondate sul solo dato oggettivo, escludendo l'intento soggettivo di approfittamento dell'altrui stato di bisogno.

Tuttora permane una sanzione penale, con la norma di cui all'art. 644 c.p., che sottolinea il connotato di negatività e riprovevolezza associato da sempre all'usura.

Nello stesso tempo, tuttavia, prescindendo dai requisiti della situazione penalmente rilevante, si è aggiunta la sanzione civile, con la previsione di un livello soglia al di sopra del quale scatta l'intervento del giudice, ai fini di ricondurre le pretese delle banche o delle società finanziarie

entro termini di legittimità e di ristorare il consumatore che ne sia stato vittima di quanto pagato in esubero.

Con la legge 7 marzo 1996, n. 108, il legislatore ha introdotto (all'art. 2) un criterio flessibile di determinazione della illegittimità dell'imposizione, stabilendo che al superamento di una determinata soglia, il tasso di interessi è da considerarsi senz'altro usurario.

Nelle sostanziali differenze fra la sanzione penale e quella civile si distingue la c.d. usura oggettiva (o "in astratto") dall'ipotesi di usura reale ("in concreto") prevista dal 3° comma dell'art. 644 c.p. per situazioni di sproporzione del tasso d'interesse in danno di chi si trovi in difficoltà economiche.

Mentre originariamente il legislatore aveva previsto che nel calcolo degli interessi dovesse essere compresa anche ogni altra componente del costo del denaro, quale ad esempio le commissioni di massimo scoperto (CMS, ora divenute commissioni di affidamento, e simili), il d.l. n. 394/2000 (convertito in L. 28 febbraio 2001, n. 24) ha recepito un orientamento elaborato dalla giurisprudenza ed ha dettato una disposizione interpretativa, in base alla quale s'intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o a qualunque titolo convenuti, indipendentemente dal momento del loro pagamento.

E' rimasta tuttavia aperta la questione circa la c.d. usurarietà sopravvenuta, cioè dipendente da modifiche del tasso soglia, evidentemente al ribasso, verificatesi solo in corso di rapporto. Analogo problema si pone in relazione alla dinamica dei prestiti a tasso fisso, ove il saggio di interessi pattuito risulti in seguito superiore al tasso soglia per effetto del variare di questo.

Secondo alcuni la perdurante validità della clausola con cui siano stati pattuiti interessi originariamente inferiori alla soglia, la cui misura appaia eccessiva solo per effetto dell'abbassamento successivo di detta soglia, potrebbe non bastare a rendere esigibile gli interessi ormai eccedenti la soglia.

L'orientamento assunto al riguardo dall'Arbitro Bancario Finanziario (Abf) è nel senso della impossibilità di considerare valida la clausola con cui siano stati pattuiti interessi originariamente inferiori alla soglia, la cui misura risulti in seguito eccessiva per effetto dell'abbassamento successivo di detta soglia, con la conseguenza di non rendere più esigibili gli interessi ormai eccedenti la soglia. Tale conclusione appare in linea con il generale principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione contrattuale, alla luce del quale il beneficio conseguito dal creditore per effetto di un tasso d'interesse ormai fuori mercato risulterebbero ingiustificato a fronte del corrispondente maggior sacrificio imposto al debitore. Inoltre si ravviserebbero inconciliabili del mercato in dipendenza della contemporanea coesistenza nel tempo di regimi diversi.

Altra questione dibattuta davanti ai giudici riguarda il quesito se nell'ambito della disciplina riguardante gli interessi usurari debbano essere considerati gli interessi di mora.

La giurisprudenza civile di legittimità (da ultimo Cass. sent. n. 350/2013, che si richiama a precedenti della stessa S.C. e ad un *obiter dictum* di Corte cost. n. 29/2002) ha offerto una risposta positiva a tale quesito, facendo leva sul riferimento dell'art. 1 del d.l. 394/2000 agli interessi "*convenuti a qualunque titolo*". La soluzione proposta determina la necessità di verificare l'eventuale superamento del tasso soglia in modo autonomo fra interessi corrispettivi e moratori, senza sommarli tra loro, così svalutando la differenza concettuale esistente tra le due tipologie di interessi.

Viene perciò invocato a tal riguardo un “*principio di omogeneità di trattamento*” desumibile dall’allineamento dei tassi moratori a quelli pattuiti per gli interessi corrispettivi previsto dal 1° comma dell’art. 1224 c.c..

La soluzione che meglio si armonizza con i principi dell’ordinamento viene perciò da taluni individuata in quella che riconduce la previsione contrattuale di interessi moratori nell’alveo delle clausole penali, con conseguente applicazione, ove ne ricorrano gli estremi, del potere equitativo di riduzione attribuito al giudice dall’art. 1384 c.c..

Sul tema degli interessi usurari è interessante riportare l’orientamento che il Tribunale di Milano ha elaborato mediante una giurisprudenza ormai costante su alcuni punti.

Così, quanto alla commissione di massimo scoperto, ritiene che lo stesso sia voce di costo sufficientemente determinata, ove il dato percentuale (0,25) venga riferito a un conteggio “*trimestrale sul massimo scoperto*”, indicazione sufficiente per individuarne periodicità e base di calcolo. Il Tribunale (Trib. Milano sentt. n. 3784/15 e n. 3586/15) esclude che si tratti di un costo privo di causa e, quindi di pattuizione nulla, dovendo piuttosto intendersi quale corrispettivo convenuto in favore della banca per uno specifico servizio reso, riconducibile al fatto che la stessa tenga a disposizione del cliente una data somma di denaro indipendentemente dal suo utilizzo (in linea con Cass. n.11772/02), corrispettivo che, in ordine alla sua quantificazione, ben può essere rapportato al valore più alto dello scoperto registrato nel periodo contabile di riferimento.

Parimenti il Tribunale reputa vada disatteso il rilievo secondo cui la CMS – ove regolarmente pattuita – dovrebbe essere compresa nel computo del Teg, al fine della verifica del rispetto del tasso soglia d’usura. Il Tribunale ritiene infatti che ogni verifica di usura vada effettuata alla luce dei criteri sanciti nelle Istruzioni della Banca d’Italia pro-tempore vigenti, e ciò per l’assorbente considerazione che, alla luce di questi stessi criteri Banca d’Italia (operando in base a normativa regolamentare emessa su espressa delega della normativa primaria anti-usura di cui agli artt.2 L.108/96 e 2bis D.L.185/08) rileva il tasso medio trimestralmente applicato dagli intermediari finanziari, in relazione al quale è conteggiato il tasso soglia; criteri di coerenza logica e metodologica, e quindi di equità giuridica, impongono di accedere al confronto tra il Teg applicato dalla singola banca e il tasso soglia del periodo, utilizzando la stessa metodologia di calcolo che Banca d’Italia, ufficializza nelle Istruzioni e impone alle banche di rispettare. Infatti, se tale è la formula seguita dal Ministero del Tesoro/Banca d’Italia per rilevare trimestralmente il Tegm applicato dalle banche, e quindi individuare il tasso soglia, tale deve essere la formula che conseguentemente deve essere utilizzata per accertare se di fatto la singola banca abbia rispettato o meno detta soglia nell’addebitare costi di credito nel singolo rapporto di conto corrente (sarebbe scientificamente inattendibile un confronto di due dati, ove il primo sia calcolato computando le voci di costo secondo una data metodologia, e il secondo sia calcolato, o computando voci di costo diverse o computando le stesse, ma secondo metodologia diversa). Oltretutto si rileva che la scelta discrezionale di Banca d’Italia, ante 2009, di escludere la voce “*commissione di massimo scoperto*” dalla metodologia di rilievo del Tegm (scelta di cui lo stesso legislatore del 2008 sanciva la legittimità, disponendo che si tenesse conto delle commissioni solo a decorrere dalla legge di conversione del DL 185/2008, ossia “*fino a che la rilevazione del tasso effettivo globale medio non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni*”), e la successiva scelta, in esito alla modifica normativa di cui all’art.2 bis DL 185/2008, di computare dette commissioni conteggiandole tra gli oneri (in rapporto all’accordato

e non all'utilizzato) e non sommandole agli interessi, paiono scelte volte entrambe a contenere il dato del tasso effettivo globale medio, e conseguentemente il dato del tasso soglia che su di esso si uniforma, e ciò nell'interesse (e non a danno) degli utenti del credito bancario, venendo gli intermediari vincolati al rispetto di un tasso soglia generalmente più basso. Sarebbe a questo punto iniquo per gli intermediari, vincolati al rispetto di un tasso soglia conteggiato secondo una metodologia volta a contenerne il dato, effettuare una verifica, circa l'effettivo tasso applicato, seguendo una metodologia di calcolo diversa, che, qualora utilizzata in sede di rilevazione del Tegn, avrebbe condotto a un tasso soglia più elevato.

6. Il controllo sulla concessione abusiva del credito

Altro tema di rilievo per l'intervento dei giudici può essere quello della concessione abusiva del credito.

Il tema si iscrive nella più ampia categoria dell'abuso del diritto.

Tale categoria di elaborazione giurisprudenziale si inserisce a sua volta nel principio di "buona fede" che regola i rapporti di natura obbligatoria (art. 1175 c.c.) e contrattuale del nostro ordinamento (art. 1375 c.c. esecuzione del contratto secondo buona fede) e che nell'evoluzione giurisprudenziale è posta in relazione all'art. 1374 c.c. (integrazione del contratto secondo la legge, gli usi e l'equità). La clausola di buona fede, letta alla luce del principio di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione, impone alle parti del contratto (e tali possono definirsi tutti i rapporti fra banche, società di gestione del risparmio, intermediari finanziari, da un lato, e rispettiva clientela dall'altro), certamente di eseguire ciò che in esso è stato regolato secondo la loro volontà e di tenere i comportamenti imposti dalla legge, dagli usi e dall'equità, ma anche in via integrativa e sussidiaria di porre in essere quelle condotte che appaiano necessarie - appunto, secondo buona fede - per preservare in modo solidale l'utilità ed il benessere della controparte. L'intento di soddisfare il proprio interesse deve essere calmierato dall'esigenza di aver presenti anche gli interessi della controparte, entro il limite di un sacrificio del proprio interesse che non appaia eccessivo, ma sia comunque esigibile. Così la parte e soprattutto la parte dominante nel rapporto contrattuale (banche, SGR, intermediari), oltre ad adempiere le obbligazioni contrattualmente previste a suo carico, deve dimensionare i propri comportamenti, porre in essere prestazioni non previste (Cass. 15.2.2007, n. 3462), tollerare le modifiche delle prestazioni altrui, adempiere a doveri di informazione, anche ove non assunti espressamente nel contratto. Il principio di buona fede genera quindi i c.d. obblighi di protezione, prescrivendo condotte estranee al nucleo essenziale del contratto, ma doverose ai fini della tutela degli interessi dell'interlocutore.

Il principio solidaristico della Carta Costituzionale va integrato con il richiamo alla solidarietà contenuto nella Carta Europea dei diritti fondamentali e richiede che anche il creditore, nei limiti di un sacrificio non eccessivo, debba tenere comportamenti tesi a facilitare la prestazione della controparte (si veda ad esempio l'art. 1227 c.c.), evitando e prevenendo l'inadempimento o facendo sì che, ove vi sia stato un inadempimento, gli effetti di questo siano o del tutto annullati o quantomeno limitati in forza di un suo comportamento diligente e persino attivo.

Sulla base del principio di buona fede è stata costruita la categoria dell'abuso del diritto quale criterio teso a limitare in genere l'esercizio del diritto e nello specifico le pretese creditorie. Un diritto non è mai illimitato, non genera mai un potere incondizionato di porre in essere qualsivoglia comportamento, perché consentito sotto un profilo esclusivamente formale, ma

conosce un limite imposto dalla ratio sottesa a quel diritto, ossia dalla ragione per cui quel diritto viene riconosciuto dall'ordinamento. Se il titolare del diritto tiene comportamenti consentiti dalla legge ma per il perseguimento di finalità diverse rispetto alla ragione per cui è sorto il consenso normativo, l'esercizio del diritto può essere considerato abusivo (in particolare ove fraudolento o vessatorio nei confronti dell'interlocutore) e pertanto non meritevole di protezione ed anzi sanzionato dall'ordinamento.

Il principio è stato elaborato in materia fiscale dalla giurisprudenza comunitaria (vedi Corte di Giustizia CE sent. Halifax del 21.2.2006, in C-255/02) e da quella nazionale (vedi Cass. S.U. sent. n. 30055, 30056 e 30057 del 23.12.2008) con l'affermazione che deve ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di un risparmio fiscale.

Conseguenza dell'abuso del diritto è il rifiuto di tutela opposto dall'ordinamento in modo da impedire che possano essere conseguiti o preservati vantaggi di alcun genere ottenuti tramite un esercizio scorretto del diritto stesso. Ulteriore effetto di tale valutazione negativa è il diritto da parte della vittima ad ottenere il risarcimento del danno subito per responsabilità contrattuale o extracontrattuale, a seconda che l'abuso sia avvenuto nell'ambito di un rapporto obbligatorio o prescindendo dallo stesso.

Se gli effetti dell'abuso non si siano ancora realizzati o per intero consumati l'intervento del giudice può essere richiesto al fine di paralizzarli ed eliminarli dal mercato, mediante appositi strumenti giuridici (azioni di nullità, interventi di tipo inibitorio, imposizione di obblighi di *facere*), fondati su *exceptio doli generalis*, allegazione di abuso di posizione dominante, abuso di dipendenza economica *et similia*.

Queste le basi giuridiche di categorie generali nell'ambito delle quali si iscrivono temi rilevanti ai fini del controllo sull'operato di banche, SGR e intermediari finanziari.

Tema interessante al riguardo è quello della concessione abusiva del credito, di cui si è occupata in particolare la giurisprudenza degli ultimi anni. In sintesi, quando un operatore professionale concede un credito ad un'impresa o a un privato, è tenuto ad effettuare una verifica preventiva in ordine alla solvibilità ed all'affidabilità economica del soggetto finanziato. Tale verifica non è solo finalizzata alla verifica della probabilità circa la restituzione della somma erogata, ma soprattutto a tutela della controparte che potrebbe veder gravosamente pregiudicata la sua posizione, anche oltre le sue possibili valutazioni. Così in un caso in cui era stata omessa la verifica delle condizioni economiche del soggetto garantito nella fideiussione *omnibus*, la Cassazione (sent. 21.2.2006 n. 3761) ha considerato non riscuotibile la garanzia dal momento che l'erogazione del credito era conseguente ad un comportamento scorretto ai danni del garante (aver omesso la verifica delle sue effettive condizioni economiche). Più di recente sulla base di principi analoghi si è espressa un'altra pronuncia: Cass. Sez. 1, sent. n. 11979 del 16/05/2013.

Sul punto si sono espresse anche le Sez. Unite con la sent. 28.3.2006 n. 7029 (conformi, n. 7030 e 7031), che nello specifico hanno affrontato il tema della sopravvivenza artificiosa di un'impresa (insolvente, ai limiti del fallimento) grazie al credito erogato da banca o da un operatore professionale, e della possibile responsabilità di questi ultimi. Il soggetto finanziatore, nell'erogare un credito, deve prendere in considerazione non solo la propria sfera giuridico-

economica, ma anche la posizione dei garanti chiamati a garantire operazioni destinate ad un esito negativo in relazione al pessimo stato di salute finanziaria del debitore, e ciò nell'ottica della valutazione delle conseguenze dell'operazione sul mercato e della necessità di i terzi operatori economici. La Cassazione ha affermato la sussistenza di una possibile responsabilità verso terzi indistinti non inquadrabile nella categoria della responsabilità da contatto sociale (poiché si tratterebbe di contatti sociali addirittura potenziali), bensì nell'ambito della responsabilità aquiliana.

7. Violazione degli obblighi di informazione

Altro profilo di responsabilità affrontato dalla giurisprudenza è quello della violazione degli obblighi di informazione da parte dell'intermediario finanziario.

Il tema si fonda sull'art. 23 TUB come modificato dal D.Lgs. 164/2007 e dagli articoli del Regolamento Consob n. 11522/98 (modificato e riscritto nel 2007), i quali impongono le modalità delle informazioni che l'intermediario deve fornire al cliente in ordine ai rischi connessi alle operazioni finanziarie, sia prima di stipulare il contratto quadro di consulenza e gestione del portafogli sia prima di effettuare le singole operazioni esecutive del contratto quadro. Le conseguenze della violazione di simili obblighi possono essere limitate alla illegittimità del comportamento in quanto in violazione degli obblighi di buona fede, con conseguente responsabilità ed obbligo di risarcimento, oppure possono coinvolgere la stessa validità del contratto, avendo il consumatore visto inquinata la sua decisione sulla volontà di stipulare il contratto a causa del *deficit* informativo.

Tale seconda tesi è minoritaria, avendo la Cassazione (sent. 28.9.2005 n. 19024) indicato una diversa soluzione: non l'invalidità del contratto, bensì la sola responsabilità risarcitoria, fondata peraltro sulla previsione dell'inversione dell'onere della prova stabilito dall'ultimo comma dell'art. 23 TUB. Tale disposizione chiarisce che la vittima è esonerata dalla prova della violazione, che si considera presunta ove non vi sia stata una corretta e completa informativa e che debba essere l'operatore finanziario a dover dimostrare di aver assolto agli obblighi, compresi quelli informativi, che gli fanno carico. Tuttavia la giurisprudenza della stessa Cassazione non era senza contrasti (nell'ambito della I Sez. civ., competente per la *subjecta materia*)

Così sono intervenute le Sezioni Unite (sent. 19.12.2007 n. 26724) che hanno preferito la tesi patrocinata dalla sent. n. 19024/2005 sopra citata, precisando che l'obbligo di informazione sui profili di rischio permane in due momenti: prima della stipula del contratto di mandato fra cliente ed operatore "a monte" e prima dell'effettuazione dei singoli acquisti che l'intermediario pone in essere come mandatario "a valle". Allorché l'intermediario viene meno a tali obblighi di informazione deriva un'ipotesi di responsabilità, senza comportare la nullità né del contratto "a monte" né dei singoli negozi di acquisto. Quindi gli acquisti dei titoli potranno essere annullati (ma non saranno nulli) e solo nei casi di annullabilità (per dolo, errore o conflitto di interessi) previsti dal codice civile. Successivamente altra pronuncia della Cassazione a Sez. Unite (sent. 8.4.2011 n. 8034) ha stabilito che (ai sensi dell'art. 5, par. 3, del regolamento CE n. 44/2001 del 22 dicembre 2000) sussiste la giurisdizione italiana in ordine alla domanda di risarcimento del danno, fondata sull'avvenuta offerta in Italia delle azioni di un fondo estero non armonizzato senza l'autorizzazione della Banca d'Italia, prevista dall'art. 42, comma 5, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, e sull'infedeltà del prospetto, ricevuto in territorio nazionale dall'investitore, in

quanto tali condotte siano prospettate come diacronicamente preparatorie rispetto all'evento di danno, dall'attore individuato, sul piano della causalità materiale, con riguardo non al deprezzamento delle azioni del fondo, ma all'investimento compiuto "ab origine" ed "ab origine" vulnerato dall'attività illecita dei convenuti, risoltasi nell'induzione all'acquisto di azioni prive di valore; ha poi considerato che la responsabilità da prospetto non veridico è conseguenza di un illecito aquiliano autonomo, che accomuna, in via solidale, non soltanto tutti i soggetti che abbiano materialmente provveduto alla sua redazione, ma anche quelli che ne abbiano successivamente fatto uso in sede di offerta pubblica o privato collocamento dei titoli in esso rappresentati, in quanto la responsabilità nasce all'atto della propalazione di notizie, informazioni, indicazioni false o fuorvianti; ne deriva che la materiale illustrazione e consegna da parte dell'offerente del prospetto, di cui l'investitore assuma la non veridicità, integra ed esaurisce la condotta illecita del primo ed identifica il "*locus commissi delicti*" come il luogo in cui le condotte materiali descritte sono state tenute, in quanto l'azione illecita si consuma nel luogo in cui il prospetto viene diffuso.

Tale impostazione giurisprudenziale è stata ribadita dalla giurisprudenza successiva (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 3003 del 28/02/2012).

In merito alle modalità con cui dette informazioni debbano essere prestate può ricordarsi che secondo alcune decisioni della Corte Suprema, la dichiarazione del cliente ex art. 29 Reg. Consob n. 11522 del 1998 deve essere corredata da una, sia pure sintetica, indicazione delle caratteristiche del titolo, in relazione al profilo dell'investitore ed alla sua propensione al rischio, tali da poterne sconsigliare l'acquisto" (Cass. 26 gennaio 2016, n. 1376). In altre occasioni (Corte d'appello di Milano, sent. n. 3125/10 del 16.11.10), la sentenza ha reputato inidonea la seguente clausola: "con riferimento alle informazioni acquisite (...) la banca segnala che la presente operazione non appare adeguata e per tale ragione non intende dar seguito all'ordine"; sebbene fosse in atti la prova che la banca avesse informato il cliente della rischiosità dell'investimento perché emesso da un "Paese emergente", informazione ritenuta inidonea nella specie (ove si era in presenza di titoli di uno Stato prossimo al default finanziario emessi da un ente locale territoriale, di una propensione al rischio del cliente medio-bassa e dell'investimento nell'operazione della totalità dei suoi risparmi). Secondo altra decisione (Cass. 6 marzo 2015, n. 4620) è invece idonea la seguente clausola: "Prendiamo atto delle indicazioni sotto riportate e tuttavia vi autorizziamo comunque ad eseguire l'operazione: titolo non quotato - operazione non allineata alla linea di inv. concordata - comunicazione: lettera", in quanto il testo contiene esplicito riferimento alle avvertenze ricevute circa l'inadeguatezza dell'ordine, sia per la mancata quotazione del titolo sia per la sua non rispondenza alla scelta prudenziale di investimenti operata sino ad allora.

Parimenti, Cass. 29 ottobre 2010, n. 22147, ribadisce solo la necessità che gli intermediari informino "adeguatamente il cliente sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione e, se questi comunque intende dar corso all'operazione, devono acquisirne una precisa disposizione scritta in cui si fa riferimento alle avvertenze ricevute. Ha invece rilievo tranciante il dato riscontrato dalla Corte di merito che l'ordine scritto proveniente dal cliente, prodotto in atti, non contiene l'esplicito riferimento alle avvertenze ricevute". La sentenza fissa il seguente principio di diritto: "In tema di servizi di investimento, la banca intermediaria, prima di effettuare operazioni, ha l'obbligo di fornire all'investitore una informazione adeguata in concreto, tale cioè da soddisfare le specifiche esigenze del singolo rapporto, in relazione alle

caratteristiche personali e alla situazione finanziaria del cliente": ma nulla dice circa la forma di tali informazioni. Cass. 25 settembre 2014, n. 20178, esamina il profilo della "sequenza temporale" o "precisa cadenza imposta dall'art. 29 del citato regolamento della CONSOB": "la doppia sottoscrizione, infatti, non consente, di per sé, di ritenere dimostrato che l'intermediario, ossia la Banca, si sia dapprima rifiutato di compiere l'operazione e vi abbia poi dato esecuzione dietro un preciso ordine scritto del cliente". Ciò che la sentenza condivisibilmente richiede è dunque specificamente il perfezionamento dell'iter così come imposto dalla citata norma regolamentare: ossia, che la banca si sia - prima - rifiutata di compiere l'operazione e vi abbia - poi - dato esecuzione dietro un preciso ordine scritto del cliente.

La sent. Cass. I sez. civ. ha ribadito l'orientamento secondo cui l'ordine scritto, impartito dal cliente laddove intenda compiere un'operazione segnalatagli come inadeguata e che operi riferimento alle avvertenze ricevute, non costituisce una confessione in senso tecnico, ai sensi dell'art. 2730 c.c., circa l'aver egli ricevuto informazioni "adeguate", posto che la dichiarazione è rivolta alla formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo (Cass. 26 gennaio 2016, n. 1376; 6 marzo 2015, n. 4620; 25 settembre 2014, n. 20178; 19 aprile 2012, n. 6142).

Si può quindi dedurre che gli oneri a carico dell'investitore intermediario sono particolarmente pregnanti, essendo egli tenuto a valutare l'adeguatezza dell'operazione di investimento anche nel caso in cui l'investitore si sia rifiutato di fornire le informazioni sui propri obiettivi di investimento e sulla propria propensione al rischio, dovendo egli compiere detta valutazione in base ai principi generali di correttezza e trasparenza, tenendo conto di tutte le notizie nella sua disponibilità (Cass. 16.3.2016 n. 5250), fornendo all'investitore tutte le notizie circa le operazioni proposte, senza poter pretendere che lo stesso le acquisisca *aliunde* e di propria autonoma iniziativa (Cass. 27.4.2014 n. 8394).

In conclusione si può osservare come l'intervento del giudice sia particolarmente severo nei confronti degli intermediari finanziari e come spetti ai giudici riempire di contenuti le indicazioni fornite dalle fonti normative primarie (nazionali e comunitarie) e secondarie (segnatamente i Regolamenti Consob).

8. Pratiche commerciali scorrette

La regolamentazione di tale specifico settore è stata recepita nel Codice del Consumo, approvato con il D.lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (in base all'art. 7 della legge delega 29 luglio 2003, n. 229, relativa al riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori). Il Codice del Consumo ha subito nel tempo una serie di interventi legislativi che ne hanno riorganizzato e completato l'assetto complessivo. Ciò è avvenuto per dare attuazione agli obblighi comunitari, in particolare alla Direttiva n. 2005/29/CE in materia di "Pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori", recepita con due testi normativi separati, i D.lgs. n. 145 e n. 146 del 2 agosto 2007; quindi, per prevedere l'"azione collettiva risarcitoria", inserita, come art. 140 bis, dalla legge finanziaria del 2008 (Legge 24 dicembre 2007 n. 244, art. 2 c. 446) ed in seguito modificata sia con la legge n. 99 del luglio 2009, che ne ha fornito una diversa attuazione e definizione come "azione di classe", sia con il D.L. 24 gennaio 2012 n. 1, conv. in L. n. 27 del 22.3.2012, che è intervenuto sostituendo la previsione "diritti identici" con quella "diritti omogenei", di cui già si è detto. Sono inoltre state inserite le "Disposizioni correttive ed integrative a norma dell'art. 7 della legge 28 luglio 2003, n. 229", mediante il D. Lgs. n. 221 del

23 ottobre 2007, e la disciplina riguardante la “Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori” (già dettata dal D. lgs. n. 190 del 19 agosto 2005, in attuazione della Direttiva 2002/65/CE).

La scelta del Codice del Consumo è stata, in sintonia rispetto a quanto è già previsto ad esempio per la pubblicità ingannevole (art. 8 D.lgs. n. 145/07) o per la materia antitrust (legge n. 287 del 1990), quella di prevedere un doppio binario per la tutela avverso le pratiche commerciali scorrette, come tutela in sede amministrativa e in sede giurisdizionale.

La Direttiva prevedeva che spettasse agli Stati membri decidere a chi affidare il controllo, nonché scegliere tra tutela individuale e tutela collettiva (art. 11 della Dir. 2005/29).

Il legislatore italiano ha adottato la soluzione di investire della tutela l'Agcm e quindi, in sede di sindacato dei provvedimenti di questa, il giudice amministrativo (TAR e Consiglio di Stato); scelta che risulta ancora più forte ove si osservi che al giudice civile nella materia in esame è stata lasciata una porzione di competenza, che peraltro già gli derivava in base alle norme esistenti. Infatti, il comma 15 dell'art. 27 Cod. Cons. (dopo 14 commi dedicati all'intervento ed ai poteri dell'Agcm) fa salva la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale, a norma dell'articolo 2598 del codice civile, nonché, solo per quanto concerne la pubblicità comparativa, in materia di atti compiuti in violazione della disciplina sul diritto d'autore (ex legge 22 aprile 1941, n. 633 e successive modificazioni), e dei marchi d'impresa (a norma del Codice di proprietà industriale, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, e successive modificazioni), delle denominazioni di origine riconosciute e protette in Italia e di altri segni distintivi di imprese, beni e servizi concorrenti. Analoga previsione è contenuta nell'art. 8 c. 15 del D. lgs. n. 145/07, per la pubblicità ingannevole.

Si deve tuttavia evidenziare come la tutela davanti al giudice ordinario si possa riproporre con le azioni collettive e le azioni di classe di cui si è detto, posto che l'art. 140 *bis* riserva l'azione anche ai casi di diritti identici (si è già detto della sostituzione “omogenei” operata dal D.L. n. 1/2012) spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto (comma 2°, lett. b) e al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali (lett. c). Ove si consideri che, a norma del 4° comma del medesimo art. 140 *bis* l'azione si propone al giudice ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa (da coordinare con la istituzione delle 21 sedi delle Sezioni Specializzate dell'Impresa), si può osservare come si apra un ampio spazio di intervento per il giudice ordinario. Tale spazio di intervento per le ragioni che già sono state rappresentate ben può riguardare le banche e gli intermediari finanziari.

Tuttavia la scelta a favore dell'Agcm per le azioni individuali si pone in termini assolutamente netti, anche in considerazione del rilievo che è stata conferita all'Agcm la facoltà di agire d'ufficio e le sono stati attribuiti ampi poteri anche di tipo cautelare, sanzionatorio ed investigativo. Il comma 2° dell'art. 27 Cod. Consumo prevede che “L'Autorità, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, inibisce la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e ne elimina gli effetti. A tale fine, l'Autorità si avvale dei poteri investigativi ed esecutivi di cui al Regolamento 2006/2004/CE anche in relazione alle infrazioni non transfrontaliere. Per lo svolgimento dei compiti di cui al comma 1 l'Autorità può avvalersi della Guardia di Finanza che agisce con i poteri ad essa attribuiti per l'accertamento dell'imposta sul valore aggiunto e dell'imposta sui redditi. L'intervento dell'Autorità è indipendente dalla circostanza che i consumatori interessati si trovino nel territorio dello Stato membro in cui è

stabilito il professionista o in un altro Stato membro". Il comma 3° aggiunge: "L'Autorità può disporre, con provvedimento motivato, la sospensione provvisoria delle pratiche commerciali scorrette, laddove sussiste particolare urgenza. In ogni caso, comunica l'apertura dell'istruttoria al professionista e, se il committente non è conosciuto, può richiedere al proprietario del mezzo che ha diffuso la pratica commerciale ogni informazione idonea ad identificarlo. L'Autorità può, altresì, richiedere a imprese, enti o persone che ne siano in possesso le informazioni ed i documenti rilevanti al fine dell'accertamento dell'infrazione. Si applicano le disposizioni previste dall'articolo 14, commi 2, 3 e 4, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 [Legge nazionale antitrust]". Si è così creata una notevole casistica di interventi espressi dall'Agcm in questo settore ed alcuni di questi casi hanno riguardato il settore finanziario e creditizio.

Si può ad esempio ricordare la pronuncia del Consiglio di Stato (sez. VI - 23 febbraio 2012 n. 1008) sull'impugnazione della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, (sez. I, n. 7715/06 del 29 agosto 2006) con cui era stato respinto il ricorso proposto dalle Associazioni Copacons e Codacons avverso l'archiviazione - da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato - del procedimento sanzionatorio avviato in ordine all'ingannevolezza della pubblicità della carta prepagata, denominata 'postepay', procedimento conclusosi con dichiarazione di manifesta infondatezza, ai sensi dell'art. 4, comma 5, D.P.R. 11 luglio 2003, n. 284 (Regolamento recante norme sulle procedure istruttorie dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di pubblicità ingannevole e comparativa). La procedura era stata avviata con riferimento ad un annuncio comparso sul quotidiano Il Sole 24 ore del 16 novembre 2003, in cui si sottolineava la possibilità di diventare titolari di una carta senza avere un conto corrente, nonché in rapporto ad uno *spot* televisivo andato in onda il 28 novembre 2003 sull'emittente Canale 5, dove due ragazzi dispersi in mare e privi di contante riuscivano a pagare le operazioni di soccorso tramite ricarica della carta in questione.

Era stata rappresentata l'ingannevolezza dei messaggi sopra sintetizzati, in quanto non sarebbero state precisate le spese derivanti da un'immobilizzazione di capitale senza interesse, in rapporto ai vantaggi offerti dalle altre carte di credito; lo *spot* televisivo, a sua volta, sarebbe stato in contrasto con gli articoli 489 e seguenti del Codice della navigazione, in ordine alla doverosità e gratuità del soccorso in mare.

Il Consiglio di Stato riteneva che in un simile contesto, per un prodotto che richiedeva necessariamente, come quello in esame, l'accesso ad ulteriori informazioni (dovendo il consumatore, per ottenere la 'postapay', rivolgersi ad un ufficio postale e sottoscrivere un contratto), non potesse ravvisarsi carattere ingannevole in una pubblicità che si limitasse ad evidenziare una caratteristica saliente del prodotto stesso (nel caso di specie: possibilità per chiunque di ottenere la carta prepagata, ricaricabile, con un modesto esborso di denaro, anche senza avere alcun deposito presso l'Istituto bancario), con rinvio per le ulteriori informazioni di dettaglio al fornitore del servizio.

Molti sono gli interventi dell'Agcm nel settore della pubblicità ingannevole, che interesse anche le banche ed il settore finanziario, come è possibile cogliere dalla relazione annuale della stessa Autorità.

Non altrettanto può dirsi dell'intervento dei giudici civili, dal momento che la competenza loro riservata nel settore, come si è detto, è limitata alla fattispecie della concorrenza sleale (art. 2598 c.c.) e presuppone quindi un rapporto di concorrenza fra imprese sul mercato. Pertanto la normativa in termini di pubblicità ingannevole può essere invocata, non dal consumatore o da

associazioni rappresentative, bensì solo da concorrenti e quindi da altri istituti bancari o altri intermediari finanziari che si trovino in detta situazione di concorrenza e vogliano impedire un accesso al mercato degli avversari, tramite messaggi pubblicitari e comunicazionali in genere ritenuti ingannevoli.

9. Il controllo sulle banche per comportamenti contrari alle regole della concorrenza sui mercati (Antitrust)

Altra possibilità di intervento da parte del giudice su sollecitazione di singoli consumatori o di imprese concorrenti è prevista nel settore antitrust, come reazione avverso comportamenti posti in essere in violazione delle regole che disciplinano la concorrenza sul mercato (artt. 101-102 del TFUE e Legge n. 287/1990). In tali casi il giudice può intervenire con pronunce di nullità dei contratti, accordi o pratiche concordate, di inibitoria di abusi di posizioni dominanti, e soprattutto di risarcimento dei danni conseguiti a tali comportamenti.

Simili casi si sono dati anche nel settore bancario.

E' noto come il ruolo dei giudici in materia sia complementare a quello della Commissione Europea e dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm) e sia delineato, in particolare (ma non solo) dal Regolamento n. 1/2003 e dalla Direttiva n. 104/2014 (che sta per essere recepita nel nostro ordinamento, entro la scadenza del 27.12.2016).

Si distinguono infatti azioni c.d. *follow-on* che fanno appunto seguito a provvedimenti sanzionatori della Commissione o dell'Agcm, e azioni c.d. *stand-alone* nelle quali il comportamento è denunciato per la prima volta direttamente davanti al giudice civile.

Fino al settembre 2012 la competenza era divisa fra Corti d'Appello con giudizio in primo ed unico grado per l'applicazione delle regole nazionali (art. 33 secondo comma L. 287/90) e Tribunali (in primo grado, con impugnazione rimessa alla Corte d'appello) per l'applicazione delle norme comunitarie (artt. 85, 86 TCE ora artt. 101,102 TFUE) e cioè per i casi di rilevanza comunitaria. Dal settembre 2012 (in forza della legge n. 27/2012) la materia è devoluta per intero alle Sezioni Specializzate dell'Impresa (21 su tutto il territorio nazionale) ed il procedimento si svolge nei due gradi di giudizio secondo le regole ordinarie del processo.

Alcune delle azioni antitrust sia *follow-on* che *stand-alone* sono state proposte nei confronti di istituti bancari.

Davanti al Tribunale di Milano sono state definite ovvero sono ancora pendenti una dozzina di casi (su un totale di circa 50 controversie pendenti nella materia antitrust in genere) che riguardano il settore bancario e nello specifico comportamenti abusivi sotto il profilo antitrust imputati ad alcune banche da clienti onerati di interessi e/o CMS e/o conteggi complessivi di saldo di c/c denunciati come effetto di intese ovvero come effetto di abusi di posizione dominante, o ancora come abuso di dipendenza economica. Si tratta di fattispecie simili a quelle sopra analizzate a proposito degli interessi usurari, ma portati all'attenzione della Sezione Specializzata Impresa (in forza alla riserva esclusiva di competenza per materia voluta dal legislatore) appunto in forza della deduzione del profilo antitrust. Fino ad ora tali casi hanno avuto pronunce di rigetto delle domande dei consumatori proprio per mancanza dei requisiti per definire il comportamento denunciato in termini antitrust e/o a causa della mancata ottemperanza dell'onere probatorio che incombeva alla parte attrice in termini di prova del comportamento

denunciato o degli effetti di tale comportamento e del nesso di causalità fra il medesimo ed il danno risentito dal consumatore.

La Direttiva n. 104/2014 ha comunque indicato alcune regole di favore per i consumatori (acquirenti diretti e indiretti rispetto all'autore dell'asserita violazione antitrust) che potrebbero portare, dopo il recepimento della Direttiva nel nostro ordinamento, ad una più agevole tutela e quindi ad un incremento delle azioni a questo titolo promosse anche nei confronti delle banche.

Altro istituto normativo che viene invocato nel settore oggi in rilievo riguarda l'abuso contrattuale di dominanza relativa che viene a volte imputato in via cumulativa o alternativa nelle stesse fattispecie.

Tale allegazione si distingue dall'illecito antitrust propriamente detto ed è caratterizzata dalla costrizione subita da un soggetto economicamente più debole a vincolarsi alle condizioni contrattuali che non avrebbe accettato in un quadro di possibile libertà di scelta.

Il riferimento normativo è contenuto nel comma 3-bis dell'art. 9 della legge n. 192/1998 (legge più specificamente dedicata ai rapporti di subfornitura), che prevede un'ipotesi di abuso di dipendenza economica che abbia altresì rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato; tale norma è stata interpretata da unanime dottrina e giurisprudenza come di applicazione generica ed estesa ben oltre l'ambito di operatività della legge in cui è inserita (rapporti di subfornitura).

Gli elementi caratterizzanti questa tipologia di abuso, la situazione di dipendenza economica e l'abuso in termine di squilibrio di diritti ed obblighi tra le parti, devono essere provati – secondo le regole processuali ordinarie – dal soggetto che assume di essere stato vittima di tale abuso. Ci si può quindi ancora una volta trovare di fronte alla proposizione di una realtà di fatto non sufficientemente supportata e confermata da elementi probatori, che costringe il giudice a disattendere le domande risarcitorie proposte, non consentendo il sistema di valutare appieno la posizione di debolezza in cui il consumatore si può trovare in simili casi.

10. Conclusioni

Senza alcuna pretesa di esaustività ed alla luce del breve *excursus* compiuto circa le possibilità di intervento dei giudici, ed in particolare dei giudici civili, nel settore bancario e finanziario, si può osservare come il ruolo della magistratura si ponga non solo in una posizione di controllo nei confronti dell'operato delle banche e degli intermediari finanziari, ma anche in una posizione di controllo - sia pure fortemente limitato e salvi futuri scenari - degli enti preposti al controllo, quali Consob e Banca d'Italia. Per quanto riguarda la tutela del consumatore ed in genere dei soggetti che si trovano in una situazione di asimmetria cognitiva e informativa rispetto ai soggetti dominanti, il ruolo della magistratura ordinaria è ampio e completo; non altrettanto può dirsi per il sindacato, diretto o indiretto, sull'operato delle istituzioni di controllo. Ad esempio il sindacato esercitato dal TAR e dal Consiglio di Stato nell'ambito delle impugnazioni dei provvedimenti dell'Agcm nel settore antitrust è certamente più pregnante di quello che possa essere compiuto dalle Corti d'appello con le modalità e con i limiti che sopra sono stati menzionati.

La tutela dei consumatori è giustamente il principio ispiratore di tutti gli interventi che il legislatore comunitario e nazionale si è posto in questi ultimi anni. Le recenti vicende del settore bancario confermano come nel passato tale esigenza non sia stata sufficientemente tutelata e come i soggetti deboli abbia subito inermi gli abusi di alcuni operatori nel settore.

E' evidente che il ruolo delle Autorità preposte ai controlli, il ruolo della magistratura e quello delle Commissioni che si intenderà istituire dovranno essere esercitati in un'ottica di piena collaborazione e di complementarietà, senza preclusioni, limitazioni di reciproco accesso o prevaricazioni corporative, nell'intento di preconstituire un meccanismo di piena e sicura tutela dei consumatori e del risparmio e della miglior regolamentazione del comportamento degli operatori nello specifico mercato.

Ringrazio per l'attenzione.