

## CERTEZZA E TRASPARENZA NELLA CONCESSIONE DEL CREDITO

Francesco Torchia \*

SOMMARIO: 1. Credito e valori costituzionali – 2. Erogazione del credito in osservanza di criteri comportamentali etici e nuovo modo di fare banca – 3. Sviluppo finanziario, crescita economica e tutela del contraente debole nell'esperienza italiana – 4. Rapporto tra fiducia e concessione del credito – 5. Credito ed informazione; problemi di stima e modelli di *scoring*, una nuova visione dei rischi bancari.

1. – Il sistema creditizio italiano si caratterizza, in gran parte, per un esercizio del credito dissonante dai principi dell'art. 47 Cost., a causa di una professionalità spesso inadeguata e di una mancanza di preparazione organizzativa e funzionale ad un nuovo modello di rapporto tra banca e mercato. Per evitare che il sistema vada verso il collasso, occorre promuovere una rilettura teleologica dell'art. 47 della Carta costituzionale, che tutela il risparmio al fine dello sviluppo economico, e significativa, al riguardo, è la constatazione che il costituente nel redigere l'art. 47 abbia fatto ricorso all'uso di termini come «*disciplina, coordina e controlla*». Così facendo, infatti, il nostro legislatore ha inteso porre a fondamento della attività creditizia un'oculata «*politica del credito*», escludendo, quindi, che le funzioni statuali si possano limitare al semplice indirizzo e controllo<sup>1</sup>. Ne consegue che una corretta programmazione non può, né deve, prescindere dagli obiettivi socio-economici dello Stato. In tal senso, la stessa Consulta ha affermato che: «*la funzione creditizia è considerata da lungo tempo ... (omissis)... di pubblico interesse immediato, in tutta la sua estensione, perché la circolazione creditizia influisce decisamente sul mercato monetario*»<sup>2</sup>.

L'art. 47 della Costituzione, pertanto, rappresenta l'affermazione di un

\* Ricercatore confermato IUS/01, Dipartimento di Culture, Educazione e Società - DICES, Università della Calabria.

<sup>1</sup> A sostegno dell'assunto si pensi a quanto detto da F. Capriglione, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Milano, 1978, p. 39 e ss.

<sup>2</sup> Conf. Corte Costituzionale, 24 novembre 1958, n. 58 in *Giur. Cost.*, 1958, n. 883.



interesse pubblico ad una disciplina unitaria, la cui attuazione il legislatore costituente ha demandato alla Repubblica<sup>3</sup>, e la mancata specificazione dei fini e dei limiti è significativa, proprio, della volontà di affermare il principio di rilevanza costituzionale del risparmio finalizzato a favorire lo sviluppo economico. Da ciò l'ulteriore corollario secondo cui, anche se è vero che gli interessi della produzione rispondono a finalità sociali, non deve esserci per forza una generalizzazione di detto principio<sup>4</sup>. La funzione creditizia, in definitiva, va intesa come uno strumento di progressione economica generale caratterizzato da una logica programmatica e rientrante nel generale ambito della previsione costituzionale della riserva di legge di cui al terzo comma dell'art. 41<sup>5</sup>, ragion per cui la legge bancaria può concorrere a realizzare

<sup>3</sup> Il fatto che il compito di dare attuazione al disegno contenuto nell'art. 47 sia stato demandato alla Repubblica e non alla legge può far ritenere che la riserva di legge contenuta nell'art. 41 della Costituzione sia una riserva di legge impropria, in tal senso F. Capriglione, *Intervento Pubblico e ordinamento del credito*, cit., p. 48, in senso lievemente differente, invece, si veda C. Gandolfi, *Legge bancaria e costituzione, premesse ad un corso di diritto privato bancario*, in *Giur. it.*, 1975, IV, p. 1, il quale precisa che «l'aver riservato al settore del risparmio e del credito una norma a sé stante sta a significare che la Repubblica ha il dovere di disciplinare questo settore in modo permanente e sistematico e non già mediante opportune programmazioni di ordine anche contingente come invece previsto dall'art. 41», quindi «la coincidenza riflette il proposito di evitare delle precisazioni, di competenza piuttosto del legislatore ordinario, che possono poi implicare la necessità di addivenire al procedimento di revisione costituzionale».

<sup>4</sup> Si tratta, infatti, di una normativa che manifesta il suo intento programmatico proprio nel superamento di una concezione meramente garantistica del risparmio a favore della funzione creditizia.

<sup>5</sup> In senso conforme M.S. Giannini, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Vol. II, Padova, 1940, p. 714, nonché testualmente F. Capriglione, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, cit., p. 41, secondo il quale si deve rinvenire «il dato della unitarietà del disegno economico verso il quale devono ritenersi finalisticamente orientati e coordinati gli strumenti giuridici di attuazione del programma». Si veda in tal senso anche la nota sentenza della Corte costituzionale n.35 del 1961, in *Giur. Cost.*, 1961, p. 629, dove il giudice della costituzionalità delle leggi, nel pronunciare la incostituzionalità di una legge che riconosce alla amministrazione la libertà più assoluta di una programmazione di settore, riconosce però che l'art. 41 della Costituzione non esclude ogni tipo di discrezionalità amministrativa, riservando anzi al legislatore quella medesima attività di alta amministrazione che solitamente viene lasciata ai più alti organi amministrativi dello Stato: «la libertà della iniziativa privata che, se pure deve sempre essere in qualche misura consentita, può venire più o meno notevolmente compressa e ridotta in relazione ai fini sociali ai quali la medesima deve essere indirizzata. Ma ciò sempre a seguito di chiare e precise statuizio-

obiettivi di carattere socio - economico solo se si ritiene l'esistenza di uno stretto collegamento tra l'art.41 della costituzione ed il successivo art. 47. Si pensi, al riguardo, che, per poter parlare di programmazione, occorre una puntuale «*indicazione dei fini, in essi compreso il tempo di attuazione del piano*»<sup>6</sup>, mentre nel caso della legge bancaria il c.d. piano è preordinato in prevalenza a conseguire macrofinalità, quali lo sviluppo economico del paese<sup>7</sup>.

Da ciò la combinazione di sistemi di libertà, fondati sulla cultura dell'efficienza, con sistemi di garanzia, espressione di solidarietà, ove l'intervento sussidiario e volontaristico del privato, a seguito della redistribuzioni del rischio, assume la solidarietà come valore peculiare rispetto all'intervento pubblico<sup>8</sup>.

Il profitto, pertanto, non può rappresentare un criterio esclusivo, se teso alla valorizzazione dell'uomo<sup>9</sup>. Porre l'uomo al centro del sistema economico significa che produttività e profitto sono i presupposti di un'azione che intuisca e soddisfi i bisogni dell'altro. Bisogni di cui si devono fare carico le comunità politiche, i singoli individui e le aggregazioni sociali. In altri termini, la realizzazione dei profitti può trovare adeguata collocazione nell'ambito dei fattori

---

*ni della legge, libera espressione della volontà dell'organo rappresentativo della Nazione, e non già devoluto alla mutevole facoltà del potere esecutivo».*

<sup>6</sup> Si veda in tal senso G. Predieri, *Osservazioni sui piani di sviluppo*, in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, Milano, 1965, Vol. III, p. 527.

<sup>7</sup> In senso parzialmente differente si legga F. Capriglione, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, cit., p. 41, dove l'autore, parlando di inquadrabilità formale di un programma nella nozione di piano, così si esprime: «*Se la presenza di tali elementi (indicazione del fine e dei mezzi) deve ritenersi essenziale perché una legge sia considerata piano, ciò non esclude che una legge, priva di alcuni di quei requisiti, ma in cui si rinvengono statuizioni di carattere organizzativo, ovvero che sia istitutiva di competenze e di particolari situazioni giuridiche soggettive possa ugualmente offrire un valido supporto utilizzabile anche in funzione programmatica, pur dovendosi configurare l'inquadrabilità formale al di fuori del piano*».

<sup>8</sup> È necessario, tuttavia, far assurgere la solidarietà a ruolo di criterio fondante anche per l'attuazione di forme di distribuzione del rischio perché possa essere possibile ritenere l'incremento del benessere una necessaria conseguenza dell'incremento della produttività.

<sup>9</sup> Occorre dire, infatti, che - per quanto il profitto possa essere anche per la dottrina sociale uno dei criteri per valutare il buon andamento aziendale - sono numerose le encicliche che, nell'intendere l'impresa quale valore in sé, danno rilievo anche alla stabilità e continuità nella produzione. Conf. in tal senso F. Capriglione, *Etica della finanza e finanza etica*, cit., p. 45, il quale si rifa espressamente a quanto contenuto nella Enciclica *Centesimus annus*, par.35.

positivi di una moderna economia per assurgere a presupposto di un processo che si conclude con una destinazione comune dei beni. A tanto si aggiunga che un ulteriore sintomo dell'inadeguatezza del sistema è rappresentato dalla crisi della giustizia civile, caratterizzata da tempi sempre estremamente lunghi, e dall'esigenza di tutela dei soggetti deboli, sempre più bisognosi di protezione in un mercato che si caratterizza per la libertà degli operatori<sup>10</sup>. In quanto detto l'importanza assunta da strumenti più agili, quali ad esempio il Codice di comportamento adottato dall'A.B.I. (Associazione Bancaria Italiana), diretto a migliorare in maniera uniforme i rapporti con la clientela, adeguandosi a standard internazionali imprescindibili al fine di garantire un sistema di qualità teso ad assicurare la soddisfazione del cliente<sup>11</sup>. La prima delle cinque parti di questo codice, infatti, reca regole deontologiche dirette a stimolare lo sviluppo di una vera e propria etica professionale nei consociati. Un'etica che è facile ricondurre a principi generali come la trasparenza, la correttezza e la diligenza<sup>12</sup>, per i quali l'eticità si fonda sulla consapevolezza delle ripercussioni negative sulla pubblica affidabilità dei comportamenti e delle azioni delle banche non a caso, l'effettività di dette norme nei mercati finanziari ha trovato riscontro immediato nella fiducia dell'utente<sup>13</sup>.

Sul piano dei contenuti, dunque, l'impegno dev'essere quello di: *«fornire al cliente l'assistenza necessaria affinché tutte le clausole contrattuali risultino pienamente comprensibili; fornire una copia in bianco del contratto relativo al prodotto o servizio; valutare eventuali proposte o suggerimenti volti a migliorare la fornitura del prodotto o servizio; fornire le informazioni che permettono l'uti-*

<sup>10</sup> Conf. in tal senso G. Alpa, *Tipologie contrattuali degli investimenti: aspetti e problemi*, in *Giust. civ.*, 1989, p. 389 e ss.

<sup>11</sup> Così nella circolare ABI, serie legale, n.6 del 22/1/1996.

<sup>12</sup> Conf. in tal senso G. Carriero, *Autonomia privata e disciplina del mercato, il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 158.

<sup>13</sup> Conf. sul punto F. Capriglione, *Etica della finanza e finanza etica*, cit., p. 77, secondo il quale tali forme di autoregolamentazione avrebbero la funzione di sollecitare la fiducia dei risparmiatori, poco propensi a credere in un mercato in cui molto spesso i nuovi prodotti rappresentano solo delle insidie: *«l'individuazione di regole di condotta idonee a consentire consapevole ed effettiva libertà di scelte da parte degli operatori diviene, pertanto, momento essenziale nella dinamica delle relazioni strettamente legate alla presenza di un'azione corretta degli intermediari finanziari»*.

*lizzo corretto del prodotto o del servizio; fornire le informazioni sugli effetti derivanti dalla cessazione del rapporto; operare in modo che tutte le attività relative alla cessazione dello stesso vengano effettuate nel minor tempo possibile»<sup>14</sup>.*

In tal senso, i codici deontologici rappresentano uno degli strumenti per consentire l'ingresso dell'etica nell'impresa e per definire i contenuti della responsabilità sociale della impresa, pur nella consapevolezza che tali forme presentano evidenti limiti per la tutela reale del consumatore la quale non può esaurirsi nell'informazione, benché esaustiva.

A tanto si aggiunga che con la norma deontologica si dovrebbe assicurare anche una più ampia tutela degli interessi collettivi, in quanto si assumono criteri che sono riferibili a interi gruppi sociali<sup>15</sup> e si impedisce che si vengano a verificare situazioni di arbitrio<sup>16</sup>. Ciò, anche se (ad onor del vero) non appare ancora chiaro se tali regole potranno essere realmente in grado di arrecare un concreto contributo in termini di miglioramento qualitativo del rapporto.

Occorre, infatti, riuscire ad evitare che ci possano essere dei consumatori che ad un contratto, che riesca a realizzare l'efficiente allocazione del rischio, preferiscano un contratto inefficiente, ma con un prezzo dichiarato più basso e una serie di costi impliciti derivanti dall'eventuale manifestarsi di rischi contrattuali<sup>17</sup>.

Per ciò che concerne la valenza di tale forma di tutela, in dottrina si è svi-

<sup>14</sup> Conf. circolare ABI, cit.

<sup>15</sup> Conf. M. Lobbuono, *Le regole di comportamento degli intermediari mobiliari tra istanze professionali e disciplina del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 112 e ss. Interessante, al riguardo, è anche la posizione assunta da un insigne studioso, il quale, nella formulazione delle norme uniformi del comparto bancario, ha inteso vedere in capo all'ABI un pubblico potere, dal momento che si tratta di un'associazione che rappresenta il «centro di riferimento di interessi collettivi, riconosciuti come tali da tutti gli altri pubblici poteri», conf. al riguardo, M. S. Giannini, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, p. 16 e ss.

<sup>16</sup> Interessante al riguardo è il pensiero di F. Capriglione, *Etica della finanza e finanza etica*, cit., p. 72, secondo il quale «Più in generale, l'autoregolamentazione settoriale, evitando pericolose forme di commistione tra potere politico ed economico, impedisce l'affermarsi di una delle principali cause di disgregazione dell'apparato ordinamentale. Conseguentemente l'introduzione dell'etica nella disciplina degli affari si pone come fattore di superamento della vocazione statualistica del diritto commerciale».

<sup>17</sup> Conf. R. Pardolesi - A. Paccès, *Clausole vessatorie ed analisi economica del diritto: note in margine alle ragioni (ed alle incongruenze) della nuova disciplina*, in *Dir. priv.*, 1996, II, Padova, 1997, pag. 377.

luppato un ampio dibattito sulla necessità di controlli amministrativi sul codice deontologico adottato dall'ABI. Un dibattito che ha portato ad affermare l'opportunità di un controllo pubblico, senza con ciò sminuire il valore vincolante delle regole comportamentali adottate<sup>18</sup>. Da quanto detto deriva, in conclusione, che una delle componenti etiche della nuova finanza la si può ravvisare proprio nel ruolo svolto dagli stessi operatori nel determinare l'efficienza del sistema economico, realizzando, peraltro, una concreta ed efficace osmosi con l'apparato amministrativo di controllo.

Gli operatori, in altri termini, devono contribuire a soddisfare quel bisogno di fiducia particolarmente avvertito nel mercato del credito, secondo una logica «*nella quale la partecipazione dei privati al mercato viene eticamente avvertita come dovere d'intervento nella gestione dei complessi problemi del dopo Welfare State*»<sup>19</sup>. E, al riguardo, recente dottrina, ritiene che uno dei modi (se non l'unico) per soddisfare questo bisogno di fiducia è rappresentato da una maggiore affermazione delle regole di trasparenza e chiarezza, sino al punto da pervenire alla conclusione, secondo cui trasparenza e segreto bancario non sono termini opposti, ma sono entrambi uno strumento di realizzazione dei fini voluti dalla Costituzione, servendo, entrambi a realizzare la funzione sociale dell'attività di esercizio del credito e raccolta del risparmio. In particolare, la trasparenza serve a garantire un accesso equo al credito, ovvero a tutelare il risparmiatore sia nella fase dell'accantonamento che in quella dell'iniziativa economica ed esistenziale della persona. Il segreto bancario, per altro verso, è una misura di tutela del risparmio, servendo a garantire che il risparmio accantonato sia destinato con sicurezza alla rimozione degli ostacoli economici e sociali. Ne deriva che «*Trasparenza e segreto bancario non sono termini opposti ma dialettici, essi esprimono lo stesso fenomeno variamente declinato*»<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Conf. M. Lobbuono, *Le regole di comportamento degli intermediari mobiliari tra istanze professionali e disciplina del mercato*, cit., p. 118 e ss.

<sup>19</sup> Conf. F. Capriglione, *Etica della finanza e finanza etica*, cit., p. 96.

<sup>20</sup> Conf. E. Caterini, *La Trasparenza Bancaria*, in *I Contratti Bancari* (a cura di) E. Capobianco, Milano, 2016, p. 135, dove l'autore analizza il tema della trasparenza, declinando il fenomeno in tutta la varietà delle sue sfaccettature. Sempre sul tema della trasparenza, inoltre, conf. V. Rizzo, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985; E. Capobianco e F. Longobucco, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, Digesto Comm.*, VI, Torino, 2012;

Quanto accennato, vale, altresì, per l'Ombudsman bancario. Si tratta, infatti, di un organismo, rientrante nel complesso ambito dei meccanismi di autoregolamentazione operanti nel settore della tutela del consumatore dei prodotti finanziari e bancari, che rappresenta la realizzazione di una soluzione prospettata nell' "Accordo per la costituzione dell'Ufficio reclami della clientela e dell'Ombudsman bancario" del 1993<sup>21</sup>. Un organo, che nelle intenzioni dei suoi fautori dovrebbe essere *super partes*, con un'autonomia, evidenziata anche dalla formula organizzativa adoperata, che dovrebbe consentirgli di essere aperto a tutte le Banche, indipendentemente dal fatto che queste aderiscano o meno all'ABI. Ciò, in quanto il legame con l'associazione bancaria dovrebbe essere un legame meramente fiduciario che non rileva nella determinazione dell'area d'incidenza dell'Ombudsman<sup>22</sup>.

Si tratta, dunque, di una figura che si pone a naturale completamento del descritto sistema di regole, che ha ben poco degli organismi di conciliazione ed arbitrato presenti nel nostro ordinamento, sebbene da taluni sia stata definita pseudoarbitrale<sup>23</sup>; funge da garante dell'osservanza delle regole etiche poste a fondamento della regolarità dell'attività bancaria, nonché da rimedio, in caso di utilizzo di forme di vessazione nei confronti della clientela, in mercati altamente competitivi come quello del credito.

Il carattere *latu sensu* etico di questa figura trova esplicita conferma nel fatto che la sanzione prevista per l'inosservanza della decisione assunta è solo la pubblicità a mezzo stampa dell'inadempienza, nonché nel fatto che i consumatori sono le sole persone in grado di rivolgersi all'Ombudsman<sup>24</sup>.

P. Perlingieri, *La contrattazione tra imprese*, in *Studi in onore di Giuseppe Bendetti*, II, Napoli, 2008; A. Dolmetta, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013.

<sup>21</sup> Cfr. al riguardo Circolare ABI, serie tecnica R, n.3 del 1/2/1993 in *Dir. banc.*, 1994, II, pag.38.

<sup>22</sup> Conf. in merito F. Capriglione, *Etica della finanza e finanza etica*, cit., p. 88.

<sup>23</sup> Conf. In tal senso G. Carriero, *Autonomia privata e disciplina del mercato, il credito al consumo*, cit., p. 165.

<sup>24</sup> I consumatori, anche nell'ipotesi della pendenza della procedura, non vengono mai privati del diritto di rivolgersi all'autorità giudiziaria per la tutela in sede giudiziaria delle loro ragioni. Conf. in merito F. Capriglione, *Etica della finanza e finanza etica*, cit., p. 89, in senso critico, invece, G. Carriero, *L'Ombudsman garante della correttezza bancaria*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 490, il quale tra le numerose incongruenze della procedura richiama anche il limite oggettivo di

In questo senso è chiaro quanto l'esercizio del credito, ancor più se eticamente orientato, rinvenga nella fiducia il suo fondamento e nei valori costituzionali i criteri di riferimento. Ciò, sia perché l'etica non esclude il profitto, sia perché il profitto non è solo distribuzione di dividendi.

Il mercato del credito e la formazione del risparmio, dunque, non possono essere legati solo da un rapporto di causa ad effetto, se è vero che l'esistenza del mercato in parola favorisce l'accumulazione rendendola più proficua. In un mercato sviluppato - dove ogni offerta di risparmio trova adeguata contropartita e dove il risparmio rappresenta un pilastro del progresso economico - più si usa il credito per stimolare il risparmio, più c'è un aumento della ricchezza. Ciò riuscirà ad evitare quella che è stata definita una sterile tesaurizzazione, aumentando il risparmio impiegato nella produzione ed alimentando processi di sviluppo sociale e progresso economico generale. Grazie ad un'intensa circolazione e utilizzazione dei capitali sarà anche possibile eliminare gli squilibri esistenti nelle diverse regioni del nostro paese.

Se non esistesse invece un mercato del credito eticamente regolamentato e attivo, le vaste immobilizzazioni finanziarie - conseguenza delle innovazioni promosse dal progresso tecnico - sarebbero di frequente precluse. In questa prospettiva si impone, peraltro, anche la necessaria rivisitazione della *ratio* della disciplina del credito al consumo, al fine di porre, in maniera più adeguata, accanto agli interessi privati anche gli interessi pubblici di governo dell'economia, e non solo di creare immunità e privilegi per il commerciante, bensì quella di creare posizioni di maggior favore per il consumatore. Nella realtà, infatti, accade spesso che i prestiti concessi alle famiglie rappresentino un investimento per il miglioramento delle condizioni materiali e morali della comunità, a differenza di quanto accade per quelli intesi come produttivi, i quali non sempre danno luogo ad un aumento di ricchezza. Al riguardo, si pensi ai prestiti che vengono concessi alle famiglie al fine di educare le forze fisiche, intellettuali e morali sulle quali è fondata la capacità di lavoro di una parte o di tutti i componenti del nucleo domestico, rendendo possibili immediati o futuri incrementi di reddito. Forme di credito le quali pur non rientrando formalmente nella categoria dei crediti per la produzione cinque milioni delle nostre vecchie Lire posto per il ricorso a siffatta procedura.

ne, rappresentano per le famiglie indigenti il mezzo per procurarsi ciò che occorre per un adeguato mantenimento ed una buona istruzione della prole fonte di quell'auspicato miglioramento delle proprie condizioni di vita.

Ciò, a maggior ragione, se si pensa che, per la richiesta di credito al consumo, già ora l'operatore non pretende di selezionare solo le pratiche c.d. «buone», ma è portato a ragionare in termini di «rischio accettabile», previo monitoraggio non della singola operazione ma dell'insieme delle pratiche. Dare una valutazione positiva alla domanda di credito, pertanto, non significa che la pratica non deve presentare rischi ma solo che la probabilità di un'insolvenza è inferiore al limite di accettabilità.

A tanto si aggiunga che in finanza il comportamento eticamente scorretto è un comportamento da inibire, sia perché rappresenta il ricorso ad una evidente strumentalizzazione del mercato con un chiaro abuso della posizione dominante di chi è chiamato a concedere il prestito, sia perché vuole perseguire l'obiettivo di massimizzare il profitto, prescindendo dal rispetto della persona del richiedente. Non a caso, al riguardo, i rimedi inizialmente praticati, al fine di riequilibrare le posizioni dei contraenti, sono apparsi subito di portata estremamente modesta, posto che, in ordine al controllo amministrativo, i poteri d'intervento della Banca d'Italia miravano ad assicurare stabilità ed efficienza al sistema bancario e non certo a tutelare gli interessi della clientela. Ragion per cui, se è vero (com'è vero) che l'economia di mercato governa la maggior parte dei paesi del mondo e che la disuguaglianza rispetto ai diritti civili in molti casi dipende da una tutela non adeguata dei diritti economici, si deve convenire con quanti ritengono che la finanza è in grado di assumere sempre più un nuovo e più caratterizzante ruolo sociale, sia a livello nazionale che a livello internazionale.

Espressione di ciò è il processo di ridiscussione dei valori tradizionalmente posti a fondamento dell'economia e della finanza, e, nel più generale contesto del rapporto esistente tra eguaglianza economica e diritti sociali, la necessità di un'eguaglianza di accesso al mercato dei beni e del credito come diritto fondamentale dell'individuo. Un'eguaglianza che non è ancora pienamente garantita né dai Paesi industrializzati né, tanto meno, da quelli in via di sviluppo.

Fino a che punto di ciò sia responsabile esclusivamente la finanza tradizionale non è dato saperlo, nonostante non manchino i segnali di un impegno crescente anche verso le tematiche sociali ed ambientali. Una riprova di quanto detto si ha nel numero (sempre maggiore) di istituzioni finanziarie, che adottano criteri ambientali e sociali per selezionare le imprese sulle quali investire, acquistando azioni ed obbligazioni (il c.d. investimento responsabile o *Socially Responsible Investing*).

Purtroppo, però, si tratta di segnali insufficienti. In merito si pensi a quanto accade nei servizi ai privati, alle persone appartenenti a categorie svantaggiate e alle medie e microimprese a seguito del processo di aggregazione che sta interessando tutto il sistema bancario. Un processo, a seguito del quale si va man mano sostituendo, ad un rapporto caratterizzato dalla fiducia, una procedura di erogazione del credito che si basa meramente su dati del conto economico e dello stato patrimoniale. Dati che, per definizione, sono insufficienti nel momento in cui i già menzionati soggetti fanno domanda di credito, con la conseguenza che, rigettata la domanda, nei casi più disperati il ricorso a canali alternativi come quello dell'usura continua ad apparire l'unica via d'uscita praticabile.

Ciò posto, non sembra che il mondo finanziario sia disposto a cercare una risposta ai grandi interrogativi dei nostri tempi, a meno che il mercato non offra incentivi per comportamenti virtuosi e, allo stesso tempo, efficienti dal punto di vista economico, come accaduto, per esempio, nel caso del commercio equo e solidale e della gestione patrimoniale socialmente responsabile.

2. – Come detto, pertanto, il rapporto tra la “profitabilità” del credito ed il comportamento etico degli operatori è un rapporto di fondamentale importanza in una finanza rispettosa dei valori espressi dalla nostra Carta Costituzionale relativamente alla persona ed al risparmio come situazione patrimoniale e strumentale<sup>25</sup>. In che modo, però, si possono conciliare i due termini del rapporto e come si può rendere compatibile l'attività creditizia con

---

<sup>25</sup> Conf. al riguardo il dibattito svoltosi nel corso dei lavori preparatori dell'art. 47 della Cost., in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblée Costituente*, Vol. II, sedute dal 17 aprile 1947 al 19 maggio 1947, Roma, Camera dei Deputati – Segretariato Generale.

un profitto che non sia conseguenza di forme di sfruttamento di situazioni di bisogno e di prevaricazione della dignità umana?

Perché tutto ciò sia possibile occorre preventivamente che ci sia un nesso imprescindibile tra sviluppo del mercato ed elevazione del livello di vita comune<sup>26</sup>, nonché che ci siano dei criteri generali tramite i quali valorizzare le risorse umane, assicurare la rispondenza dell'azione a regole tecniche e realizzare una più equa distribuzione delle ricchezze. Non a caso, posta la rilevante incidenza sul sistema dell'utilizzo di criteri inadeguati, un primo rimedio di portata generale potrebbe rinvenirsi proprio nel collegamento tra operato della banca e sistema finanziario e nel "giudizio di valutazione del merito creditizio". Un giudizio in cui sono in grado di confluire sia le motivazioni che inducono il consumatore a richiedere il prestito, sia le sue condizioni personali e patrimoniali, sia, infine, le condizioni poste dall'erogante per la concessione del prestito.

A tal fine, la più recente dottrina (poc'anzi citata) ritiene che il presupposto essenziale per una più adeguata valutazione del merito creditizio, sia il corretto svolgimento della fase prenegoziale, strettamente inerente al flusso informativo. È questa, infatti, la fase in cui chi richiede il credito ha il dovere di fornire informazioni adeguate. Un dovere, che rientra in quello più generale che è il dovere di collaborazione, a sua volta, derivante da clausole generali, come quelle di correttezza e buona fede, che (come oramai unanimemente riconosciuto) connotano tanto le situazioni attive quanto quelle passive. Clausole che, pertanto, vanno declinate, nello specifico, secondo il canone della verità. A riprova di tanto, si pensi che la disciplina del merito creditizio, contenuta nell'art. 124 *bis* t.u.b., rinviene la sua peculiare *ratio* nella necessità di inibire l'accesso al credito, qualora lo stesso risulti sproporzionato rispetto alle condizioni patrimoniali del richiedente. E questo, sull'assunto che, diversamente, ogni previsione di obblighi informativi prenegoziali sarebbe vana<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Conf. in tal senso F. Capriglione, *Etica della finanza e finanza etica*, o.u.c., p. 43 e ss.

<sup>27</sup> Conf. E. Caterini, *La trasparenza bancaria*, o.u.c., p. 204, dove l'autore, in merito all'art. 124 *bis* t.u.b., testualmente, afferma: «La norma tende a prevenire l'abuso di credito, fattore di rischio per una sovrapposizione debitoria del consumatore. Diviene, perciò, rilevante la meritevolezza costitu-

A tanto si aggiunga che tale giudizio, estrinsecazione dell'obiettivo della stabilità aziendale per il tramite di una "sana e prudente gestione", in ogni caso, già di per sé denota un carattere etico.

Il principio della conservazione del valore dell'impresa, infatti, è espressione dell'attività svolta e di ciò che essa comporta in termini di posti di lavoro e di produzione di ricchezza. Ne deriva che, nei casi in cui manca un "equo" contemperamento tra gli elementi di valutazione, si potrà verificare un'inadeguata analisi della capacità di credito che non potrà essere ammissibile, in quanto sicuramente opprimente della personalità del richiedente, oltre che in contrasto con l'uguaglianza di trattamento e la pari dignità sociale. Si pensi, in merito, a quanto accade nell'ipotesi in cui il credito non viene concesso solo perché le garanzie offerte non sono ritenute sufficienti e non si prende affatto in considerazione il merito del progetto che si mira a realizzare o, ancora, a quanto accade nel caso di un'istruttoria della pratica, condotta in maniera superficiale, che si soffermi solo su dati inesatti e senza che ci sia la possibilità di un loro corretto riscontro neppure su iniziativa dell'interessato<sup>28</sup>. Per non dire degli effetti deleteri degli intrecci tra politica e finanza. Si pensi al caso di una concessione di credito in assenza di garanzia, ma con l'aspettativa di interventi politici, che possano portare ad un mutamento delle condizioni originarie, come (p.e.), il cambiamento della destinazione vincolata di terreni o contratti con la P.A.<sup>29</sup>. In tutte questi ipotesi (e tanti

---

*zionale dei sistemi di accesso al credito per come applicato nella prassi finanziaria.*». Conf., altresì, E. Caterini, *Credito al consumo, «tutela e incoraggiamento del risparmio», sovraindebitamento*, in *Credito al consumo*, (a cura di) G. Villanacci, Napoli, 2010, 57 ; Id., *Sovraindebitamento, ristrutturazione del debito e datio in solutum*, in *Rass. Dir. Civ.*, I, 2014, p. 337ss. F. Torchia, *Il consumo di microcredito e la tutela della persona*, in *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche «Costantino Mortati»*, Università della Calabria, 16, Napoli, 2006, p. 157 ss. e p. 186 ss.

<sup>28</sup> Ugualmente ricorrono gli estremi di una condotta eticamente inammissibile quando - pur in presenza di criteri restrittivi, espressione del perseguimento della solidità aziendale - si pongono in essere comportamenti differenti a fronte di situazioni sostanzialmente identiche, o nel caso in cui non c'è rispondenza tra il prestito concesso e le capacità di credito del richiedente con l'intento di lucrare il più alto tasso d'interesse previsto per l'ipotesi di sconfinamento oltre il fido accordato, o, infine, quando si subordina la concessione del credito all'impiego di parte delle somme per l'acquisto di prodotti finanziari di cui la banca è promotrice.

<sup>29</sup> Conf. in tal senso F. Capriglione, *Etica della finanza e finanza etica*, o.u.c., p. 46 e ss.

altri esempi ancora potrebbero farsi) è evidente il verificarsi di un comportamento scorretto, e quindi da inibire, sia perché ricorre una evidente strumentalizzazione del mercato con un chiaro abuso della posizione dominante di chi è chiamato a concedere il prestito, sia perché si vuole perseguire l'obiettivo di massimizzare il profitto, prescindendo dal rispetto della persona del richiedente<sup>30</sup>. Tanto più che gli effetti perversi di una gestione scorretta, potrebbero anche riversarsi sul valore d'impresa di cui è portatore l'ente erogatore.

Da quanto detto si ricava che, affinché ci sia un comportamento corretto non si può prescindere dal prendere in considerazione, e dall'interpretare, i reali bisogni della clientela con un pronto e adeguato riscontro della situazione complessiva su cui sono chiamati a misurarsi gli effetti dell'attività prodotta. L'attività bancaria e creditizia in generale, dunque, si deve svolgere in maniera efficiente ed ordinata. Non v'è dubbio, infatti, che, mancando una efficace azione di controllo interno, viene meno anche la necessaria connessione tra la dimensione operativa dell'azienda e la consistenza del suo patrimonio con l'evidente rischio di uno squilibrio, che potrà anche interessare non un solo esercizio, ma più esercizi. Ragion per cui, in una tale evenienza, non potendo mai venire meno l'impegno a tutelare l'impresa come fonte di ricchezza e di benessere sociale, risulterebbe moralmente riprovevole l'operato di chi è, invece, chiamato ad assicurare una gestione corretta dell'azienda in osservanza dei principi fondamentali dell'attività finanziaria, vale a dire: prudenza, correttezza e trasparenza. Sicché, ricorrendo la necessità di far in modo che l'azienda si tenga al passo con i mutamenti del mercato e adotti adeguati schemi innovativi, si può configurare come lesivo del criterio della buona organizzazione anche un'eventuale inidonea distribuzione delle risorse umane. A seguito della mancanza della necessaria confidenza nei metodi produttivi, infatti, potrebbe verificarsi uno scompenso nei vari comparti, tale da determinare una amministrazione onerosa e problematica<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Secondo F. Capriglione, *Etica della finanza e finanza etica*, o.u.c., p. 53 l'atteggiamento eticamente scorretto è «un atteggiamento sostanzialmente egoistico, preclusivo di un equilibrato impiego della ricchezza finanziaria per fini di sviluppo sociale»

<sup>31</sup> In merito è quanto mai illuminante il pensiero di C. A. Ciampi, il quale, in veste dell'allora

Se a tanto si aggiunge che eventuali perdite patrimoniali, riconducibili a comportamenti gestionali riprovevoli, possono anche determinare interventi delle autorità di controllo con ripartizione dei danni sulla collettività, determinando, così, una trasformazione in onere sociale dei risultati negativi di cattive gestioni, risulta chiara l'incidenza sul piano etico di siffatti comportamenti moralmente riprovevoli<sup>32</sup>.

Perché, dunque, si possa evitare che si verifichino siffatte gravi ripercussioni, con danni da *mala gestio*, che sarebbero anche difficilmente perseguibili per ottenere l'eventuale recupero del valore aziendale<sup>33</sup>, occorre che:

- 1) non ci siano interferenze dall'ambiente esterno;
- 2) la dirigenza mantenga la sua capacità propositiva;
- 3) si presti attenzione solo ed esclusivamente agli interessi aziendali, evitando che gli approvvigionamenti possano essere fatti anche in carenza di effettive esigenze aziendali, ovvero in carenza di una corretta valutazione comparativa dei loro costi.

In altri termini, necessita un adeguato e corretto svolgimento delle forme e dei metodi di verifica e controllo (sia interno che esterno) della rispondenza dell'attività gestionale ai criteri prima delineati, affinché sia preservato il delicato equilibrio esistente tra un sistema efficiente e regole comportamentali rispettose delle persone di tutti coloro che entrano in rapporto con gli intermediari finanziari. Un controllo, specie quello pubblico, la cui intrinseca correttezza è rinvenibile in particolar modo nella necessità di difendere i

---

ministro del Tesoro, all'assemblea dell'ABI, tenutasi a Roma nel giugno del 1996, sottolineando che «*la buona organizzazione deve fare riferimento al personale, cui spetta di essere portatore del modo nuovo di fare banca, dovendolo trasfondere nella gestione*», ha espressamente ritenuto che l'organizzazione aziendale rappresenti il «*punto cruciale*» del successo o dell'insuccesso di una banca, con ciò riferendosi anche ai profili motivazionali che devono animare coloro che in essa operano. Conf. F. Capriglione, *Etica della finanza e finanza etica*, o.u.c., p. 56 e ss.

<sup>32</sup> Si pensi in merito a quanto accaduto nel caso del c.d. «decreto Sindona». Con detto D.M. del 27/9/1974, assunto ai sensi degli artt. 29 e 30 del T.U. del 1910, infatti, il ministero del tesoro ha consentito alla Banca d'Italia di effettuare «anticipazioni a 24 mesi su buoni del Tesoro a lunga scadenza e all'interesse dell'1% a favore delle aziende di credito che si fossero surrogate ai depositanti in aziende poste in liquidazione coatta amministrativa». Conf. F. Capriglione, *Etica della finanza e finanza etica*, o.u.c., p. 56 e ss.

<sup>33</sup> Conf. al riguardo l'art. 2392 cod. civ.

risparmi e la formazione del profitto, situazioni patrimoniali dalle quali deriva un rafforzamento della base produttiva in grado di garantire quelle indispensabili condizioni ottimali di stabilità e funzionamento dell'impresa.

3. – Secondo gli studiosi di materie economiche lo sviluppo economico di una società può dipendere solo da due fattori: aumento degli investimenti, oppure aumento dell'efficacia degli investimenti. Da ciò l'importanza assunta dal risparmio come fattore per incrementare la crescita e la necessità che, in una economia c.d. "chiusa", dove investimento vuol dire risparmio, per determinare il tasso di crescita si prenda in considerazione un concetto di capitale più ampio rispetto a quando ci si riferiva esclusivamente alle attrezzature ed agli immobili<sup>34</sup>. Ne consegue che, posto che una corretta intermediazione finanziaria può contribuire ad elevare il tasso di risparmio, le politiche che portano alla repressione finanziaria conducono il più delle volte anche ad una riduzione della crescita.

In posizione nettamente contrapposta all'orientamento testé delineato si pone, invece, chi ritiene che la crescita dipenda da un aumento della produttività marginale del capitale e non da un aumento del risparmio e, quindi, dell'investimento. Poiché, però, le istituzioni finanziarie hanno tra i loro compiti quello di indirizzare gli investimenti verso attività maggiormente profittevoli, in entrambe le ipotesi sarà sempre possibile rinvenire un positivo rapporto causale tra crescita economica e sviluppo finanziario<sup>35</sup>. Al riguardo, infatti, viene sovente richiamato l'esempio della differenza che corre tra chi sceglie di investire in un'attività sicura ma a bassa produttività e chi, invece, sceglie di investire in un'attività maggiormente rischiosa ma che ha un alto grado di produttività. Non v'è dubbio che, in questa seconda ipotesi, l'eventuale presenza di una corretta intermediazione finanziaria potrebbe invogliare i singoli a realizzare attività ad elevato grado di produttività, con l'ulteriore conseguenza di ridurre il rischio associato alle incertezze in ordine alle loro esigenze di liquidità. Così, invece, non sarebbe se non ci fosse la

<sup>34</sup> Conf. J. De Gregorio, *Il ruolo della banca locale. Un confronto internazionale*, in F. Cesarini, G. Ferri e M. Giardino (a cura di), *Credito e sviluppo*, Bologna, 1997, p. 61 e ss.

<sup>35</sup> Conf. J. De Gregorio, *Il ruolo della banca locale. Un confronto internazionale*, o.u.c., p. 63.

presenza di un corretto intermediario finanziario. In questo caso, infatti, o si opta per l'attività meno produttiva, o si liquida il patrimonio con la conseguenza di immobilizzare il risparmio in maniera improduttiva, assicurandosi, però, la presenza di liquidità in caso di bisogno. Una situazione, quella appena descritta, che ovviamente non muta, sia se ad aver bisogno di liquidità dovesse essere un'impresa od un imprenditore, sia se ad avere bisogno di liquidità dovesse essere, invece, il piccolo risparmiatore o il cittadino comune. In entrambe le ipotesi, infatti, per ovviare ad imprevedibili esigenze di liquidità non vi sarà altra alternativa se non rinunciare al probabile investimento.

Da ciò l'inevitabile conclusione che la repressione finanziaria, riducendo il risparmio e riducendo la produttività del capitale, ostacola la crescita.

Quanto detto, peraltro, trova conferma anche nei risultati dell'indagine relativa agli effetti prodotti dalla (mancata) crescita dei mercati finanziari sul tasso di risparmio. Al termine di un'indagine condotta a livello nazionale, infatti, si è potuto osservare che l'impossibilità di prendere in prestito induce gli individui ad incrementare il risparmio al fine di riuscire a far fronte alle spese quotidiane. Ne consegue che, sia pure con una certa differenziazione tra paesi ad alto reddito, paesi a medio reddito e paesi a basso reddito, l'aumento di credito risulta sempre positivamente associato alla crescita<sup>36</sup>. A tanto si aggiunga, però, che in un siffatto contesto una corretta informazione è di fondamentale importanza, posto che in caso contrario si potrebbe venire a determinare un aumento del costo del finanziamento. In presenza di scorrette informazioni i buoni progetti possono non essere intesi come tali con la conseguenza di vedersi applicare tassi più elevati.

È vero, dunque, che un sistema finanziario sviluppato può essere utile per la crescita economica di un paese, ma è anche vero che si deve trattare di un sistema finanziario adeguatamente controllato, così com'è vero che, per ciò che concerne la tutela del contraente debole, è di dominio pubblico che tutta la

---

<sup>36</sup> Conf. J. De Gregorio, *Il ruolo della banca locale. Un confronto internazionale*, o.u.c., p. 70, secondo il quale: «Nel campione di paesi ad alto reddito il coefficiente di credito scende a 0,015 mentre nel campione di paesi a medio reddito il coefficiente è pari a 0,054, e, infine, nel campione di paesi a basso reddito il coefficiente raggiunge il valore massimo di 0,146. Pertanto, il coefficiente di credito decuplica passando da paesi ad alto reddito a paesi a basso reddito».

clientela bancaria, allorquando usufruisce dei servizi, si viene a trovare in una posizione di debolezza che rende indispensabile un intervento riequilibratore.

A riprova di quanto detto si considerino i risultati di uno studio fatto sulla base dei dati forniti dai 100 maggiori istituti di credito, dal quale è emerso – tra le altre cose – che nel mezzogiorno il rapporto tra insolvenze e prestiti è superiore a quello del centro nord, le filiali di banche del nord localizzate nel sud sono state in grado di erogare prestiti meno rischiosi di quelli erogati dalle realtà creditizie locali e, ancora, che i tassi d'interesse praticati nel sud d'Italia sono sistematicamente maggiori di quelli praticati nel resto del paese <sup>37</sup>.

Tutto ciò, peraltro, in un'esperienza storica, quale quella italiana, che è suddivisibile in due periodi ben distinti tra loro: il periodo attuale, caratterizzato da un movimento di riforma legislativa, e un periodo, a cavallo tra il 1942 ed i primi anni novanta, caratterizzato, invece, da un sostanziale disinteresse del legislatore, durante il quale è stata registrata solo l'emanazione di una serie di provvedimenti diretti ad assicurare penetranti controlli da parte delle autorità amministrative sull'attività bancaria al fine di assicurare efficienza e stabilità. Ne è derivata una disciplina pubblicistica diretta – per esigenze di stabilità del mercato bancario italiano – ad imporre vincoli all'ingresso nel mercato bancario a nuovi istituti bancari ed a garantire, pertanto, un sistema oligopolistico, che riguardasse esclusivamente le imprese che esercitano congiuntamente l'esercizio del credito – sia esso a breve, medio e lungo termine – e la raccolta del risparmio. Ciò che è mancata del tutto è stata, invece, una disciplina privatistica dei contratti bancari, ivi comprese le operazioni di erogazione del credito, dal momento che anche la successiva disciplina codicistica, limitandosi a tipizzare e disciplinare soluzioni delineate dalla prassi, che già allora vedeva il prevalere delle predisposizioni unilaterali delle relative condizioni, si è rilevata ben presto parziale e lacunosa. Ne è derivato che, a differenza di quanto accaduto per i contratti di assicurazione (per i quali sono state dettate disposizioni generali), la tutela della clientela bancaria è stata affidata tutta alla disciplina generale delle obbligazioni e dei contratti oltre che alle norme dettate per i singoli contratti. Nor-

<sup>37</sup> Conf. A. Fazio, *Alcuni caratteri dell'economia e del sistema bancario meridionale, lectio doctoralis*, Foggia, 1994.

me che, però, molto spesso non erano neppure cogenti, rimandando di frequente agli usi bancari <sup>38</sup>.

Non è un caso che il nostro Codice civile non disciplini neppure quello che poi è diventato il più importante e diffuso contratto bancario che è il conto corrente bancario o di corrispondenza. Un contratto che ha rappresentato l'evoluzione della prassi bancaria in ordine alle singole operazioni di deposito, apertura di credito e altro, regolate in conto corrente, cui si sono poi aggiunti una gamma di servizi accessori offerti dalla banca per meglio rispondere alle complesse esigenze della clientela bancaria.

In questo contesto, dunque, si è assistito allo stesso tempo alla nascita ed al diffondersi di nuovi intermediari finanziari, diversi dalle banche e specializzati nello svolgimento di operazioni bancarie, ancora sconosciute all'epoca della codificazione, come il credito al consumo, il leasing e il factoring. Operazioni che le banche non potevano esercitare direttamente, non rientrando nella loro tipica funzione creditizia. Tutto ciò, per quanto concerne la regolamentazione dei contratti bancari, ha determinato, ovviamente, una prevalenza delle norme bancarie uniformi, le quali altro non sono che condizioni generali di contratto predisposte direttamente dall'associazione bancaria, l'ABI, con un'accentuata standardizzazione a livello nazionale, che ha determinato a sua volta, la sostanziale eliminazione della concorrenza. Norme bancarie che hanno finito per essere la principale, se non l'unica, fonte normativa dei contratti bancari, visto che non si sono limitate a colmare le lacune esistenti, ma sono più volte intervenute per modificare o sostituire la disciplina normativa. Una disciplina che, come si è visto, spesso presenta clausole smaccatamente vessatorie per i clienti.

Per non dire che, grazie alla loro periodica rielaborazione le Norme Bancarie Uniformi sono spesso state utilizzate per difendere la posizione degli

---

<sup>38</sup> Sul richiamo agli usi e sulla loro valenza, si veda recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, che, in tema di usi sulla capitalizzazione, osserva che: *“usi siffatti non si rinvencono nella realtà storica, o almeno nella realtà storica dell'ultimo cinquantennio, anteriore agli interventi normativi della fine degli anni novanta del secolo passato: periodo caratterizzato da una diffusa consuetudine (non accompagnata, però, dalla opinio juris ac necessitatis) di capitalizzazione trimestrale, ma che non risulta affatto aver conosciuto anche una consuetudine alla capitalizzazione annuale degli interessi debitori, né di necessario bilanciamento con quelli creditori* (conf. Sent. Cass. Civ., sez. I, 6 maggio 2015, n. 9127)

istituti bancari. Si pensi, a puro titolo esemplificativo e senza alcuna pretesa di esaustività, al potere delle banche di modificare unilateralmente e a loro discrezione qualunque condizione contrattuale in precedenza concordata con il cliente, come è accaduto con la clausola che consente alle banche di modificare unilateralmente il tasso degli interessi a loro favore tramite il rinvio agli usi vigenti sulla piazza. Una clausola più volte passata indenne dal vaglio della Corte di Cassazione, ritenendosi sufficiente l'obiettivo e sicura individuabilità, nonché l'apposizione per iscritto, dei criteri per consentire la determinazione del tasso d'interesse ultralegale<sup>39</sup>.

Lo stesso dicasi, per restare nel campo della mancanza di chiarezza e trasparenza, delle condizioni praticate per le diverse operazioni economiche, in ordine a quanto accade per le valute, le quali sono sempre postergate o anticipate, a secondo se si tratta di accreditamenti o di addebitamenti, in favore dell'istituto bancario.

Per tacere, poi, dell'annoso problema della capitalizzazione degli interessi e, conseguentemente, dell'anatocismo.

Al riguardo, in dottrina si ritiene che: *«l'art. 120 t.u.b. contiene norme di trasparenza soprattutto nel suo 2° co. Il tema è quello dei criteri e modalità per la produzione degli interessi nelle operazioni bancarie. Il comitato interministeriale per il credito e il risparmio è incaricato di stabilire nei rapporti di conto corrente la medesima periodicità nel calcolo degli interessi creditori e debitori, nonché prevedere che gli interessi periodicamente capitalizzati in forma semplice (e non composta) non possano produrre interessi ulteriori (cioè composti), i quali ultimi dovranno avere a base di calcolo sempre ed esclusivamente il capitale iniziale. La norma in questione è stata introdotta con la legge di stabilità del 2014, ossia la l. 27 dicembre 2013, n. 147, art. 1, 629° co., entrata in vigore il 1° gennaio 2014. Di detta norma v'è stato anche un tentato mutamento con il d.l. 24 giugno 2014, n. 91, art. 31, 1°, 2° e 3° co., articolo soppresso e non convertito con la legge di conversione dell'11 agosto 2014, n.116.....(omissis)..... La disposizione normativa dell'art. 120 t.u.b., in vigore dal 1° gennaio 2014 e la modifica introdotta con la legge di conversione del d.l. n.18 del 14 febbraio*

<sup>39</sup> Conf. Cass. Civ. sez.II, 7 marzo 1992, n. 2765 in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, II, p. 390, con nota di C. Stefani.

2016, approvata il 6 aprile 2016, riabilita nella sua integrità l'art. 1283 c.c. in materia di divieto di anatocismo, ampliandone e specificandone gli effetti a tutti i rapporti bancari con la previsione generale del divieto»<sup>40</sup>.

E per tacere, infine, anche di tutte quelle clausole che mirano a scaricare sul cliente ogni rischio, limitando a vario modo la responsabilità della banca, come nel caso delle cassette di sicurezza, relativamente alle quali le N.B.U. hanno limitato ad un importo estremamente modesto il risarcimento dovuto al cliente in caso di effrazione, fino a quando non è intervenuta la nostra Corte di Cassazione, che nella formulazione di una clausola siffatta ha visto un patto limitativo del debito risarcitorio della banca affetto da nullità<sup>41</sup>. In questo contesto, d'altra parte, i rimedi inizialmente praticati al fine di riequilibrare le posizioni dei contraenti sono apparsi subito di portata estremamente modesta. In ordine al controllo amministrativo, infatti, occorre riconoscere che i poteri d'intervento della Banca d'Italia rispondevano, e forse ancora oggi rispondono, prevalentemente alla finalità di assicurare stabilità ed efficienza al sistema bancario e non certo alla finalità di tutela degli interessi della clientela. Così come, per altro verso, modesti sono stati i risultati del controllo giudiziale.

Da ciò l'esigenza, avvertita già a partire dalla metà degli anni ottanta gra-

<sup>40</sup> Conf. E. Caterini, o.u.c., p. 177, ove l'autore, in nota, richiama P. Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, 23 ss.

<sup>41</sup> Cass. Civ., sez. I, 4 aprile 2001, n. 4946, in *Danno e resp.* 2001, 915, secondo la quale: «Con riguardo al contratto bancario inerente al servizio delle cassette di sicurezza, la clausola che contempla la concessione dell'uso della cassetta per la custodia di cose di valore non eccedente un determinato ammontare, facendo carico al cliente di non inserirvi beni di valore complessivamente superiore, e che, correlativamente, neghi oltre detto ammontare la responsabilità della banca per la perdita dei beni medesimi, lasciando gravare sul cliente gli effetti pregiudizievoli ulteriori, integra un patto limitativo non dell'oggetto del contratto, ma del debito risarcitorio della banca, in quanto, a fronte dell'inadempimento di essa all'obbligo di tutelare il contenuto della cassetta (obbligo svincolato da quel valore, alla stregua della segretezza delle operazioni dell'utente), fissa un massimale all'entità del danno dovuto in dipendenza dell'inadempimento stesso. Tale clausola, pertanto, è soggetta tanto alle disposizioni dell'art. 1229, comma 1, c.c., in tema di nullità dell'esclusione o delimitazione convenzionale della responsabilità del debitore per i casi di dolo o colpa grave, quanto a quelle di cui agli art. 1469 bis seguenti stesso codice, in tema di "inefficacia" ("rectius", nullità) di clausole comportanti uno squilibrio a carico del cliente - consumatore, che si risolvano, in caso di inadempimento della banca, in una limitazione nella proposizione dell'azione risarcitoria nei confronti della stessa (art. 1469 quinquies, punto 2 c.c.).»

zie alla spinta proveniente dall'ordinamento comunitario, di un indispensabile ed urgente intervento del legislatore, volto a garantire la trasparenza delle condizioni praticate ed il riequilibrio delle posizioni contrattuali.

Intervento del legislatore culminato nel testo unico delle leggi in materia bancaria<sup>42</sup>, dal quale è emersa una disciplina pubblicistica delle imprese bancarie che dovrebbe aver segnato il tramonto della struttura oligopolistica, spingendo verso un modello di mercato concorrenziale. Significativa, al riguardo, è la pronunzia della nostra Corte di Cassazione, secondo la quale: *«In tema di contratti bancari, nel regime anteriore alla entrata in vigore della disciplina dettata dalla legge sulla trasparenza bancaria 17 febbraio 1992 n. 154, poi trasfusa nel T.U. 1 settembre 1993 n. 385, la clausola che, per la pattuizione di interessi dovuti dalla clientela in misura superiore a quella legale, si limiti a fare riferimento alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza, è priva del carattere della sufficiente univocità, e non può quindi giustificare la pretesa della banca al pagamento di interessi in misura superiore a quella legale; né rileva la presenza di accordi di cartello interbancari, diretti a fissare i tassi di interesse attivi e passivi in modo vincolante in ambito nazionale, atteso che tali accordi, se garantiscono l'obiettività del criterio di determinazione del tasso di interesse, debbono tuttavia ritenersi nulli in applicazione dell'art. 2 l. 10 ottobre 1990, n. 287 - applicabile nei confronti delle aziende ed istituti di credito ai sensi del successivo art. 20 -, che vieta le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente la concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ricomprendendo espressamente tra tali intese detto risultato perseguano o determinino attraverso attività consistenti nel fissare, direttamente o indirettamente, prezzi di acquisto o di vendita dei rispettivi prodotti. Dopo la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 25, comma 3, d. lg. n. 342 del 1999, si debbono tuttora considerare nulle, in quanto basate su un uso negoziale, le clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi bancari passivi»*<sup>43</sup>.

In questo contesto – come già detto – si inserisce l'avvio delle privatizzazioni di quasi tutte le banche a capitale pubblico, il movimento di despecia-

<sup>42</sup> D. lgs. 1° settembre 1993, n. 385.

<sup>43</sup> Cfr. Cass. Civ., sez. I, 28 marzo 2002, n. 4490, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2003, I, 386

lizzazione nell'esercizio del credito con la nascita del modello di banca universale, nonché l'individuazione di un nuovo punto di equilibrio tra l'esigenza di tutela della clientela e l'esigenza di tutela della stabilità delle imprese bancarie. Tutto ciò in un ambito di maggiore trasparenza e di comportamenti informati ad una maggiore correttezza nei confronti della clientela, risultato di una parziale riforma della disciplina di diritto privato dei servizi bancari e finanziari. Si pensi, in proposito, alle norme «derogabili solo in senso più favorevole al cliente», introdotte con l'art. 127 del T.U., con le quali sono state dettate specifiche forme di pubblicità delle condizioni contrattuali praticate, prescrizioni di forma e contenuto minimo dei contratti, forme particolari di tutela del contraente a fronte di modifiche unilaterali a lui sfavorevoli disposte durante lo svolgimento del rapporto, nonché modalità di informazioni più esaurienti sullo svolgimento del rapporto. Così come si pensi ancora all'attribuzione alla Banca d'Italia dei medesimi poteri riconosciuti negli altri settori all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, oltre che di più ampi poteri regolamentari circa la vigilanza sul rispetto della normativa e la prescrizione – a pena di nullità – di determinati contratti o titolo a contenuto predeterminato, nonché l'attribuzione al Ministro del Tesoro del potere di comminare sanzioni come la sospensione dell'attività in caso di ripetute violazioni degli obblighi di pubblicità.

In siffatto contesto, d'altronde, si pone anche l'avvio nel 1993 di un'istruttoria da parte della Banca d'Italia, al termine della quale è stato adottato il provvedimento n. 12 del 12 dicembre 1994 con il quale – una volta stabilito che alcune n.b.u. costituiscono intese restrittive della concorrenza – è stata imposta la soppressione o la modifica di quelle clausole che fissavano condizioni contrattuali in contrasto con le regole della concorrenza, tra cui quelle che attribuivano alla banca la potestà meramente facoltativa di modificare le norme che disciplinano il rapporto, attribuivano piena efficacia probatoria nei confronti del cliente alle risultanze dei libri e delle scritture contabili della banca, escludevano la responsabilità della banca per tutte le conseguenze derivanti da eventi ad essa non imputabili, escludevano l'obbligo della banca di dare al terzo garante informazione in ordine alla situazione dei

conti e dei rapporti col beneficiario del credito garantito, modificavano sfavorevolmente per il cliente norme del codice civile in ordine alla surrogazione del fideiussore ed al regresso contro il debitore principale <sup>44</sup>.

Ciò nonostante, per quanto si tratti di interventi alquanto significativi ed importanti e per quanto grandi passi avanti siano stati fatti, si può dire che ancora oggi non sono stati risolti tutti i problemi legati allo strapotere contrattuale delle aziende di credito <sup>45</sup> soprattutto per ciò che concerne i rapporti con il consumatore contraente debole <sup>46</sup>.

<sup>44</sup> In questa linea di tendenza diretta ad una maggiore tutela del cliente si inseriscono anche una serie di provvedimenti tra cui l'istituzione nel 1993 dell'*Ombudsman* bancario per la risoluzione in via extragiudiziale delle controversie di minor valore, l'elaborazione nel 1996 di un codice di comportamento del settore bancario e finanziario, nonché la modifica di altri tipi di clausole come quelle che regolano la compensazione volontaria a favore della banca o quelle che stabiliscono termini di decadenza per il cliente.

<sup>45</sup> Si pensi al riguardo semplicemente al fatto che sia tuttora vigente (sia pure con modifiche a partire dal 1995) la clausola che senza prevedere termini adeguati a favore del cliente per la restituzione delle somme consente alla banca di revocare in qualsiasi momento e condizione il fido concesso al cliente con un brevissimo preavviso (in genere di un solo giorno).

<sup>46</sup> In questo contesto rappresenta un significativo passo avanti la pronuncia giurisprudenziale secondo cui «*Deve essere inibita l'utilizzazione nei rapporti negoziali con i consumatori delle clausole, contenute in condizioni generali di contratti bancari ovvero predisposte da un'associazione di imprese del settore ai fini dell'inclusione in detti contratti, con le quali: a) si prevede che, nei contratti inerenti al servizio delle cassette di sicurezza, qualora la banca sia tenuta, per qualsiasi ragione, ad un risarcimento verso il cliente, essa non lo rimborsi che del danno comprovato ed obiettivo, escluso ogni apprezzamento del valore di affezione e tenuto conto della dichiarazione del cliente in ordine al massimale assicurato; b) si attribuisce alla banca la facoltà di revocare in qualsiasi momento la concessione di un fido, con conseguente sospensione immediata dell'utilizzo e con il diritto di pretendere l'immediato rimborso di quanto dovuto per capitale, interessi e spese; c) si prevede che per il recesso, la riduzione o la sospensione dell'apertura di credito a tempo indeterminato, debba essere dato al cliente un preavviso non inferiore a due giorni, salvo che ricorra un giustificato motivo; d) si prevede che il correntista sia tenuto a custodire con cura i moduli degli assegni ed i relativi moduli di richiesta, restando responsabile di ogni dannosa conseguenza derivante dalla perdita, dalla sottrazione o dall'uso abusivo o illecito di tali moduli, la cui perdita o sottrazione egli deve immediatamente comunicare alla banca; e) si stabilisce che: 1) al verificarsi di una delle ipotesi di cui all'art. 1186 c.c. ovvero al prodursi di eventi che incidano negativamente sulla situazione patrimoniale, finanziaria o economica del correntista, in modo tale da porre in pericolo il recupero del credito vantato dalla banca, quest'ultima ha il diritto di valersi della compensazione, ancorché i crediti, seppure in monete differenti, non siano liquidi ed esigibili, e ciò in qualunque momento e senza obbligo di preavviso e di formalità; 2) se il conto è intestato a più persone, la banca ha facoltà di valersi dei*

4. – Tradizionalmente, quando si discorre di fiducia viene subito in mente un' area molto vasta di fenomeni e di valori<sup>47</sup>. Alla *fides* di Cicerone<sup>48</sup>, che richiama un comportamento che deve corrispondere alla parola data, sono stati affiancati, infatti, valori come la lealtà, la probità e l'onestà. Valori da porre tutti a fondamento di ogni comportamento umano, prima ancora che a fondamento di ogni rapporto di tipo obbligatorio.

Per tale motivo, considerato anche che la fiducia assume spesso connotati

---

*suddetti diritti, sino a concorrenza dell' intero credito risultante dal saldo del conto, anche nei confronti di conti e rapporti di pertinenza di alcuni soltanto dei cointestatari; f) si stabilisce che i conti i quali risultino, anche saltuariamente, debitori vengono chiusi con periodicità trimestrale, mentre gli interessi dovuti dalla banca sono accreditati a fine d'anno, e che gli interessi riconosciuti al correntista o dallo stesso corrisposti producono, a loro volta, interessi; g) si prevede che, nel conto corrente di corrispondenza, qualora l'interesse sia indicizzato, la modifica sfavorevole al correntista, derivante dalla modifica del parametro pattuito, non sia soggetta all'obbligo di comunicazione; h) si autorizza espressamente la banca ad agire, in via principale anziché sussidiaria, e per l'intero suo credito, sui beni personali di ciascuno dei coniugi cointestatari; i) si attribuisce alla banca: 1) la facoltà di modificare le disposizioni contrattuali relative al conto corrente di corrispondenza nel caso in cui si renda necessario adeguarle a nuove disposizioni di legge ovvero a necessità organizzative; 2) la facoltà di modificare le condizioni economiche applicate ai rapporti regolati in conto corrente, subordinandone l'esercizio, nel caso di variazioni in senso sfavorevole al cliente, esclusivamente al rispetto delle prescrizioni contenute nel d. lg. n. 385 del 1993 e nelle relative disposizioni di attuazione; j) si autorizza irrevocabilmente la banca, nelle operazioni di finanziamento ipotecario, al trattamento dei dati relativi a tutti i rapporti di affidamento e finanziamento, nonché ad eventuali carte di credito, acconsentendo altresì che a tali dati accedano i soggetti economici che ne facciano richiesta; k) si prevede che le comunicazioni e gli ordini del cliente abbiano corso a suo rischio e che la banca non assuma alcuna responsabilità per ogni conseguenza derivante da esecuzione di ordini o di operazioni, che sia causata da fatto di terzi o comunque non direttamente imputabile a propri dipendenti; l) si prevede che gli estratti dei libri e delle scritture contabili della banca facciano piena prova nei confronti del cliente; m) si prevede che l'addebito in conto delle somme prelevate venga effettuato dalla banca in base alle registrazioni, effettuate automaticamente dallo sportello presso il quale è stato effettuato il prelievo e documentate dal relativo "giornale di fondo", le cui risultanze fanno piena ed esclusiva prova nei confronti del correntista, anche nel caso di eventuale rilascio di documentazione scritta contestuale a ciascun prelievo; n) si stabilisce che la banca non provvede ad inviare gli avvisi di mancata accettazione o di mancato pagamento degli effetti o degli assegni, ma si limita a restituire i titoli non appena in grado, mentre il cliente rinuncia a detti avvisi, nonché all'osservanza dei termini di cui all'art. 52 r.d. n. 1669 del 1933 e all'art. 47 r.d. n. 1736 del 1933, anche nei confronti degli eventuali portatori successivi. Non sono abusive le clausole, contenute in condizioni generali di contratti bancari, con le quali: a) si prevede che, nel rapporto di conto corrente non assistito da apertura di credito, ognuna delle parti ha il*

ed efficacia ben determinati, non si può pensare ad essa come ad un elemento privo di un significato specifico e caratterizzato unicamente da una sua estrema genericità<sup>49</sup>. Tant'è vero che, anche se nel nostro ordinamento manca una disciplina del negozio fiduciario, non è affatto casuale che il termine fiducia venga più volte richiamato sia dalla dottrina che dal legislatore a proposito di figure giuridiche quali la donazione, il mutuo, la cessione delle azioni, la girata della cambiale<sup>50</sup>, la disposizione testamentaria, le società,

---

*diritto di esigere l'immediato pagamento di tutto quanto sia comunque dovuto, nonché di recedere in qualsiasi momento, con il preavviso di un giorno, dal contratto e dalla inerente convenzione di assegno; b) si stabilisce che nel conto corrente di corrispondenza, in assenza di particolari istruzioni del correntista, le modalità di esecuzione degli incarichi assunti sono determinate dalla banca, tenendo conto della natura degli stessi e delle procedure più idonee nell'ambito della propria organizzazione; c) si attribuisce alla banca, nei rapporti volti alla negoziazione, sottoscrizione, collocamento e raccolta di ordini concernenti valori mobiliari, la facoltà di non eseguire l'ordine conferito dal cliente, dandone immediata comunicazione al cliente stesso; d) si prevede che le operazioni di finanziamento siano regolati, secondo le norme e le modalità in vigore presso la banca; e) si autorizza la banca, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1717 c.c., a farsi sostituire da terzi nell'esecuzione degli incarichi ricevuti; f) si stabilisce che gli eventuali reclami in merito alle operazioni effettuate dalla banca per conto del cliente debbano essere fatti, per lettera o telegramma, appena in possesso della comunicazione di esecuzione, a seconda che l'avviso sia stato dato per lettera o telegramma, e che, trascorso il tempo ordinariamente occorrente per la ricezione del reclamo, l'operato della banca si intende approvato». Cfr. Corte app. Roma, 24 settembre 2002, in *Foro it.* 2003, I, 332.*

<sup>47</sup> Per una ricostruzione storica del concetto di fiducia in generale conf. G. Diurni, *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, Digesto, sez. civ., VIII, Torino, 1992, p. 292.

<sup>48</sup> « *fit quod dicitur : dictorum conventorumque constantia et veritas*», conf. Cicerone, *De off.*, 1, 23.

<sup>49</sup> Sulle forme storiche di fiducia nei vari ordinamenti conf. G. Messina, *Negozi fiduciari*, Milano, 1910, p. 1 e ss.

Sulla teoria del negozio fiduciario e sulla sua costruzione giuridica conf. T. Ascarelli, *Il negozio indiretto e le società commerciali in Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 165; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2° ed., Torino, 1960, p. 324; L. Campagna, *Il problema dell'interposizione di persona*, Milano, 1962, p. 134; L. Cariota Ferrara, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, p. 2; U. Carnevali, *La simulazione*, in Bessone (a cura di) *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1996, p. 697; U. Carnevali, *Negozio giuridico fiduciario*, in *Enc. Giur.*, XX, 1990, p. 1; F. Ferrara, *negozi fiduciari*, in *Studi in onore di Scialoja*, II, Milano, 1905, p. 713; A. Gentili, *Società fiduciarie e negozio fiduciario*, Milano, 1978, p. 117; C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 345; C. Grassetti, *Deposito a scopo di garanzia e negozio fi-*

il fido bancario e la somministrazione<sup>51</sup>. Si tratta, dunque, solo di attribuire il giusto significato al concetto tecnico di fiducia e di fissare l'entità dei reciproci diritti ed obblighi acquisiti dal fiduciante e dal fiduciario.

Ciò posto tuttavia, occorre anche tenere ben presente che i concetti giuridici non rappresentano schemi fissi, ma vanno adeguati alla realtà giuridica nel suo svolgimento<sup>52</sup>. Ne consegue che, a differenza di quanto accadeva nel diritto romano, allorquando col termine fiducia si soleva indicare una particolare figura giuridica, oggi la fiducia va intesa prevalentemente come un elemento qualificante di un gruppo di figure giuridiche. A tanto si aggiunga che secondo alcuni studiosi nel nostro ordinamento non esiste neppure la figura della c.d. fiducia legale<sup>53</sup>, posto che allorquando il negozio fiduciario *duciario*, in Riv. dir. civ., 1941, p. 97; A. Graziani, *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, in Riv. dir. comm., 1933, I, p. 414; P. G. Jaeger, *Sull'intestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata*, in Giur. comm., 1979, I, p. 181; N. Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, p. 146; U. Morello, *Fiducia e trust, due esperienze a confronto*, in *Quadr.*, 1990, p. 239; S. Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile, metodo – teoria – pratica*, Milano, 1951, p. 218; G. Pugliese, *la simulazione nei negozi giuridici*, Padova, 1938, p. 35; Salv. Romano, *L'accordo fiduciario e il problema della sua rilevanza*, in *Studi in onore di Scaduto*, III, Padova, 1967, p. 33; D. Rubino, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937, p. 3; V. M. Trimarchi, *Negozio giuridico (negozio fiduciario)*, Enc. Dir., XXVIII, Milano, 1978, p. 32.

Sulla proprietà fiduciaria conf. E. Caterini, *Il principio di legalità nei rapporti reali*, Napoli, 1998, p. 136 e ss.; E. Caterini, *Il trust anglosassone e la «corruzione» della situazione proprietaria*, in *Le Corti Calabresi*, 2002, III, p. 777; C. Varrone, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968, p. 79.

<sup>50</sup> Sul punto conf. V. M. Trimarchi, *Negozio giuridico (negozio fiduciario)*, Enc. Dir., XXVIII, Milano, 1978, p. 32.

<sup>51</sup> Conf. art. 1564 cod. civ.: «In caso d'inadempimento di una delle parti relativo a singole prestazioni, l'altra può chiedere la risoluzione del contratto, se l'inadempimento ha una notevole importanza (c. 1455) ed è tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti»

<sup>52</sup> Conf. in merito S. Pugliatti, *Diritto civile, metodo – teoria – pratica*, Milano, 1951, p. 218 e ss. dove testualmente si legge: «La scienza giuridica deve costruire ed elaborare concetti (definizioni, distinzioni etc.) che, rispetto all'ordinamento giuridico a cui appartengono, mantengano quel valore teorico e pratico insieme, che caratterizza la funzione della detta scienza. La costruzione di concetti a fine esclusivamente didattici o mnemonici si ridurrebbe ad una esercitazione dell'attività didattica e della memoria; vana esercitazione se l'una e l'altra devono tendere a svelare e mantenere in vita le note di una realtà, e non già a tenere in esercizio delle facoltà individuali».

<sup>53</sup> Conf. in merito C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, Riv. dir. comm., 1936, I, p. 345.

viene disciplinato dalla legge cessa di essere tale per diventare tipico<sup>54</sup>. Da ciò il corollario secondo cui per tentare di definire il concetto di fiducia, ferma la nota e tradizionale distinzione tra la fiducia di tipo romano e quella di tipo germanico, occorre fare riferimento ai differenti tipi formatisi da figure giuridiche sorte e sviluppatesi gradualmente ed in epoche diverse. Figure giuridiche, per le quali è rimasta costante solo l'esigenza da cui sono scaturiti gli schemi, che ancora oggi rappresentano gli unici due paradigmi esistenti in ordine alla disciplina della fiducia<sup>55</sup>. Schemi nei quali, a fronte dell'elemento comune rappresentato dalla concessione di un mezzo eccedente rispetto al fine, la differenza è data dai limiti del potere giuridico conferito al fiduciario<sup>56</sup>. Nella fiducia di stampo romano il fiduciario è investito di un potere *reale* illimitato e lo scopo, per cui tale potere è conferito, opera solo per il tramite del pedissequo rapporto obbligatorio in virtù del quale il fiduciario deve fare del diritto l'uso stabilito.

Nella fiducia di stampo germanico, invece, il fiduciario acquista un diritto subordinato ad una condizione risolutiva, ragion per cui ogni abuso (uso contrario allo scopo) provoca il ritorno del bene al fiduciante<sup>57</sup>. Ciò non si-

<sup>54</sup> In tal senso testualmente S. Pugliatti, *Diritto civile, metodo – teoria – pratica*, o.u.c., p. 248, dove l'autore afferma: «*la c.d. fiducia legale nega con l'aggettivo il sostantivo; almeno nel senso che fa venire meno quei tipici problemi di costruzione che sono caratteristici del fenomeno fiducia, e rinvia ai comuni problemi di applicazione ed interpretazione della legge. La tradizione, tuttavia, potrebbe influire nel senso di determinare la fisionomia consuetudinaria, divenuta tipica, della fattispecie fiduciaria: sì che, ove questa presentasse i caratteri della fattispecie della fiducia romanistica, sarebbe plausibile l'assunzione della costruzione fiduciaria di tipo romano, come formula idonea a determinare la disciplina del fenomeno nel nostro ordinamento positivo*».

<sup>55</sup> Conf. S. Pugliatti, *Diritto civile, metodo – teoria – pratica*, o.u.c., p. 242, secondo il quale sia la moderna fiducia di tipo romano che quella di tipo germanico si sono distaccate ed allontanate dai rispettivi schemi tradizionali. Ciò sarebbe avvenuto perché mancano le fonti e perché non è facile determinare se ci sono stati (e quali sono stati i) rapporti tra la disciplina romana e quella germanica. Ragion per cui anche se non si può dire con certezza quale sia stato il procedimento costruttivo seguito si è pervenuti all'individuazione di due schemi tipici.

<sup>56</sup> Sul punto conf. L. Cariota Ferrara, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, p. 10.

<sup>57</sup> In realtà nell'attuale ordinamento giuridico, grazie all'introduzione dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di fare, è di molto attenuata detta differenza, in quanto il fiduciante ha la possibilità di rimediare ad un eventuale inadempimento da parte del fiduciario. Da ciò l'ulteriore conseguenza che porta ad attenuare anche il significato dell'affermazione iniziale in virtù della quale la

gnifica, però, che nel vigente ordinamento le parti possono avere la libertà di privilegiare una costruzione della fiducia anziché l'altra, semplicemente incidendo sul contenuto della fattispecie, ovvero sia inserendo, oppure no, un elemento accidentale quale è la condizione. Siffatta soluzione, infatti, se applicata *sic et simpliciter*, incontra almeno due ostacoli. Il primo ostacolo è rappresentato dal fatto che allo stato è inammissibile nel nostro ordinamento una proprietà risolubile e temporanea. Il secondo ostacolo è dato dal fatto che, pur ammettendo una tale forma di proprietà, rimane da risolvere il problema della ricostruzione fiduciaria con riferimento a quei negozi dove la traslazione del diritto non avviene per un interesse che è anche del fiduciario (*fiducia cum amico*). In questa seconda ipotesi la titolarità temporanea implica per il titolare il potere di servirsene nei limiti del solo proprio interesse.

Nel nostro ordinamento, dunque, l'unica costruzione utilizzabile pare essere ancora oggi quella di stampo romanistica, per la quale però «*il mezzo adoperato è più esteso (di quello che normalmente si dovrebbe adoperare per il conseguimento) dello scopo prefisso*»<sup>58</sup> e il concetto di eccedenza rimane, sempre e comunque, poco comprensibile<sup>59</sup>.

A questo punto, pertanto, non resta che individuare gli elementi essenziali che compongono lo schema della fiducia genericamente intesa. Nella gran parte delle ipotesi il principale di questi elementi è sicuramente l'alienazione di un diritto reale. Un'alienazione che ha un'efficacia ridotta, in quanto si verifica per il conseguimento di un fine ulteriore, e che, pertanto, va vista come uno strumento per realizzare solo (*un minus*) alcuni effetti, in quanto le parti mirano a raggiungere uno scopo pratico che non è quello proprio del

---

fiducia di tipo germanico non sarebbe fiducia in senso tecnico, visto che c'è una rispondenza piena tra l'intento delle parti ed i mezzi giuridici da esse adoperati.

<sup>58</sup> L'espressione è quella utilizzata da S. Pugliatti, *Diritto civile, metodo – teoria – pratica*, o.u.c., p. 251.

<sup>59</sup> In realtà tali difficoltà di comprensione non vengono meno neppure quando, nel parlare di eccedenza, si fa riferimento a rapporti di tipo quantitativo, ovvero sia quando si dice che si attribuisce al fiduciario un potere più forte rispetto a quello che sarebbe normalmente sufficiente per il conseguimento dello scopo pratico, poiché non si sa in base a quale unità di misura determinare il grado di forza o di debolezza di un diritto, di un potere o di una posizione.

negozio<sup>60</sup>. Poiché, però, questo medesimo elemento caratterizza anche l'ipotesi del negozio indiretto, occorre stare bene attenti a tenere distinti ed a non confondere il negozio fiduciario con il negozio indiretto. Lo schema del negozio indiretto è infatti, estremamente fragile posto che alle parti nella loro autonomia non è dato prescindere dalla causa. La causa rappresenta il limite insuperabile. Le parti, se è vero che possono adattare il negozio alle loro necessità pratiche per il tramite di specificazioni e determinazioni, devono pur sempre rimanere nei limiti dello schema casuale. Ragion per cui o si usa un negozio tipico per un fine indiretto, fine che si può raggiungere utilizzando clausole che non vanno oltre lo schema causale, o si usa una pluralità di negozi dove la realizzazione del fine di ciascun tipo negoziale rappresenta il risultato complessivo, o – in ultima analisi - si deve ammettere che ci si trova in presenza di un contratto a causa mista<sup>61</sup>. Da ciò l'impossibilità di utilizzare l'alienazione del diritto reale come elemento essenziale per la costruzione di uno schema della fiducia in generale.

Scartata questa ipotesi, a caratterizzare il fenomeno in maniera tale da farne escludere definitivamente l'inserimento nel genere dei negozi indiretti rimane, come unico elemento comune ad entrambe le forme di fiducia quella *cum creditore* e quella *cum amico*, solo la fiducia in senso tecnico, ovvero sia il semplice affidamento sul fatto che il fiduciario non farà uso del potere trasmessogli in contrasto con le finalità economiche<sup>62</sup>. Secondo quanto detto, dunque, la fiducia in senso tecnico ricorre non quando lo scopo pratico si

<sup>60</sup> Da siffatta ricostruzione, tuttavia, discende la conseguenza ulteriore di dover distinguere il negozio fiduciario dal negozio indiretto, una categoria che secondo alcuni sarebbe interamente esaurita da quella del negozio fiduciario. Sul punto conf. D. Rubino, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937, p. 62 e ss.

<sup>61</sup> Conf. in merito D. Rubino, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937, p. 35 e ss.; T. Ascarelli, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, Città di Castello, 1930, p. 3 e ss., idem, *Contratto misto, negozio indiretto negotium mixtum cum donatione*, Milano, 1930, p.1 e ss.; G. De Gennaro, *Sul valore dommatico del negozio indiretto*, Milano, 1939, p. 31 e ss.; R. Cicala, *L'adempimento indiretto del debito altrui: disposizione "novativa" del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968, p.3 e ss.; P. Greco, *Le società di comodo ed il negozio indiretto*, Milano, 1932, p. 1 e ss..

<sup>62</sup> Conf. in merito C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, o.u.c. , p. 354.

realizza tramite il funzionamento dei meccanismi legali, bensì quando si realizza in virtù del leale comportamento delle parti. Anche questa costruzione, però, ha bisogno di essere ben precisata, posto che il negozio fiduciario è unicamente quel negozio dove la fiducia rappresenta un elemento specifico, la causa in senso tecnico, per cui quando si parla di negozi fiduciari occorre distinguerli dai rapporti fiduciari *latu sensu*, vale a dire da quei rapporti dove la qualità personale delle parti assurge a rango di motivo determinante della conclusione del negozio<sup>63</sup>. Tanto più che non è ancora ben chiaro se esiste e (se sì) cos'è per il nostro sistema la *causa fiduciae* e, dunque, se si può parlare di uno schema negoziale unitario da identificare attraverso la causa. Nel nostro ordinamento, infatti, le difficoltà sono aggravate dal fatto che – come si è visto – lo schema di fiducia utilizzabile è esclusivamente quello di tipo romanistico dove ricorrono due negozi. Ne consegue che da un punto di vista strettamente teorico non sarebbe corretto neppure parlare di un negozio fiduciario, ma piuttosto di un collegamento negoziale. Così facendo, però, non avrebbe senso andare alla ricerca di una causa unica.

A tanto si aggiunga che nel nostro sistema positivo non è neppure ammissibile l'autonomia e l'astrattezza dell'atto di disposizione, che si verrebbero inevitabilmente a verificare allorquando si dovesse essere costretti ad ipotizzare un atto di disposizione come adempimento di un puro e semplice obbligo di dare e indipendente dal negozio produttivo dell'attribuzione patrimoniale. Ne consegue che per costruire il negozio fiduciario come categoria giuridica autonoma occorre ammettere l'esistenza di una *causa fiduciae* unica anziché di una causa *venditionis* o *donationis*, cui si possa successivamente innestare o sovrapporre una causa *fiduciae*.

Per poter parlare di causa *fiduciae*, però, non ci si può accontentare né di un'ambigua tipizzazione sociale, né della unitaria volontà delle parti. Da ciò la necessità di superare i confini entro cui costringe una limitata autonomia privata delle parti. In questo senso, allora, al fine di avvalorarne o negarne l'esistenza l'unico elemento che fornisce un qualche spunto di riflessione è dato dalla supposta presenza nel nostro ordinamento del principio del nu-

---

<sup>63</sup> Il riferimento è a rapporti tipo il mandato, il deposito e la locazione d'opere.

mero chiuso dei diritti reali che possono formare oggetto di trasferimento<sup>64</sup>. Si dice, infatti, che il trasferimento *fiduciae causa*, non è ammissibile proprio perché darebbe luogo ad una proprietà temporanea (la c.d. proprietà fiduciaria), che non rientra nel numero chiuso dei diritti reali riconosciuti dal nostro ordinamento. Né avrebbe senso, per aggirare l'ostacolo, parlare di un mero limite<sup>65</sup>, dal momento che il limite non deve comunque toccare l'essenza della proprietà né dal punto di vista strutturale né da quello funzionale.

Altrettanto insostenibile è poi l'idea di una proprietà fiduciaria come proprietà funzionale, poiché di proprietà funzionale si può parlare solo con riferimento alla proprietà pubblica, mentre di proprietà funzione si può parlare solo in rapporto «*alle particolari situazioni nelle quali la legge impone al proprietario obblighi determinati, e con riferimento a quegli obblighi, senza possibilità di evasioni o di estensioni*»<sup>66</sup>.

Posto, pertanto, che nella proprietà fiduciaria la facoltà di godimento è del tutto annullata e quella di disposizione sarebbe addirittura inesistente (tanto che non a caso si parla anche di proprietà formale per indicare la proprietà fiduciaria), occorre concludere che allo stato la proprietà fiduciaria è una figura per alcuni aspetti inconcepibile per il nostro ordinamento, se non addirittura più lontana di quanto lo sia la figura del Trust anglosassone<sup>67</sup>, a meno che non si voglia parlare di proprietà solo apparente<sup>68</sup>, con ciò deter-

<sup>64</sup> Sui diritti reali in generale conf. M. Comporti, *Diritti reali in generale*, in A. Cicu e F. Messineo, *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. VIII, t.1, Milano, 1980, p. 1 e ss.

<sup>65</sup> Poiché la caratteristica della proprietà è quella di poter subire qualsiasi limitazione si usa l'argomento per sostenere che anche la proprietà fiduciaria rappresenterebbe – a ben vedere – un mero limite. Così facendo, però, si omette di riconoscere che il limite che la norma consente è quello inteso come restrizione del contenuto senza compromissione dell'unità del diritto.

<sup>66</sup> Conf. testualmente S. Pugliatti, *Diritto civile, metodo – teoria – pratica*, o.u.c., p. 274.

<sup>67</sup> In tal senso conf. S. Pugliatti, *Diritto civile, metodo – teoria – pratica*, o.u.c., p. 275.

<sup>68</sup> Per un'analisi della figura del Trust nei paesi di common law ed in quelli di civil law, conf. E. Caterini, *Il trust anglosassone e la «corruzione» della situazione proprietaria*, in *Le Corti Calabresi*, 2002, III, p. 777, ove si sostiene che «*la costituzione del trust trasferisce la proprietà legale dei beni conferiti nel patrimonio del trustee, producendo la scissione del diritto proprietario (legale – di Common law – ed equo – di Equity Law -)*. È quest'ultimo effetto che desta attenzione per la sua incidenza sul principio di tipicità dei rapporti reali e per l'introduzione di una conformazione proprietaria non conosciuta nei sistemi giuridici continentali.»

minando, però, una sorta di unificazione causale degli effetti reali con gli effetti obbligatori. A corollario di tanto si consideri, però, che neppure esiste nel nostro ordinamento alcuna situazione particolare che può essere qualificata come proprietà fiduciaria, non fosse altro che perché – come si è visto – nel momento in cui viene previsto dalla legge il negozio cessa di essere fiduciario. Ne consegue che la combinazione tra due negozi (quello ad effetti reali e quello ad effetti obbligatori) aggira ma non risolve la questione. La situazione reale, fatta eccezione per i soggetti, non ha nulla in comune con quella obbligatoria e, per di più, entrambe appaiono come negozi astratti. Da ciò l'inammissibilità nel nostro ordinamento di una figura che risulta essere niente altro che la combinazione di due negozi astratti.

Con riferimento alla fiducia, dunque, il solo negozio ammissibile nel nostro ordinamento è quel negozio che ha una struttura unitaria ed è fondato sulla causa *fiduciae*<sup>69</sup>. A questo punto, però, occorre cercare di indagare se nello specifico è ammissibile nel nostro ordinamento anche un rapporto di-

<sup>69</sup> Ciò, però, se da un lato risolve il problema relativo all'arbitrarietà della combinazione di due negozi astratti, dall'altro pare lasciare inalterata la questione relativa all'inammissibilità della proprietà fiduciaria. Infatti, secondo S. Pugliatti, *Diritto civile, metodo – teoria – pratica*, o.u.c., p. 279: «non solo sembra che il tentativo non abbia avuto esito felice, per le difficoltà insormontabili che si sono additate; quanto piuttosto sembra il tentativo medesimo poco felice. Infatti, esso si concreta nella scissione del nucleo del fenomeno fiduciario, che può invece comprendersi ed apprezzarsi solo come fenomeno unitario. Tale fenomeno, come si è visto, è caratterizzato dall'elemento teleologico considerato in tutta la sua estensione e nella sua precisa configurazione. Non dalla presenza di un generico elemento fiduciario, bensì dall'incidenza dell'elemento fiducia, e persino come elemento preponderante, nel nucleo dello schema causale. Conclusione questa a cui ci ha condotto la rivalutazione delle due principali tendenze dottrinali, che gravitano verso il medesimo centro, alla luce delle recenti dottrine sulla causa. Quelle tendenze, infatti, asseriscono più o meno esplicitamente l'esigenza dell'unitarietà del fenomeno, con riferimento alla volontà delle parti o all'intento concepito sotto il profilo soggettivo; ovvero con riferimento all'intento concepito oggettivamente, e degradato a semplice coscienza dell'incongruenza tra mezzo e fine. A noi dunque in base alla nostra concezione della causa negoziale, è stato possibile trovare il terreno adatto per la conciliazione delle due tendenze, pervenendo alla determinazione della causa *fiduciae*, quale mezzo di identificazione del negozio fiduciario come schema unitario... (omissis)... in questo modo il ciclo può dirsi chiuso, e dopo averlo percorso interamente, possiamo in formula rapida sintetizzare i risultati dell'analisi: la scissione, a parte la sua arbitrarietà, apre la via alla inammissibile combinazione, non si sa come attuata, di due negozi astratti; la considerazione unitaria conduce necessariamente allo scoglio della proprietà fiduciaria. Negozio astratto e proprietà fiduciaria sono, come figure generali, del tutto estranei al nostro ordinamento positivo».

retto tra credito e fiducia, posto che, anticipando quanto si andrà a dire più specificamente di qui a breve, è opportuno, se non addirittura indispensabile, che la fiducia possa assurgere ad elemento caratterizzante della concessione del credito nell'ambito di una finanza c.d. etica.

Non a caso la fiducia in senso tecnico è già presente nei rapporti bancari. Si pensi (p.e.) a quanto accade con il fido, o affidamento, il quale altro non è se non l'impegno che assume la banca di mettere una somma a disposizione del cliente, di assumere o di garantire per suo conto un'obbligazione. Il fido, infatti, è una promessa in base alla quale la banca si impegna ad erogare un certo credito al cliente e le condizioni di questa promessa riguardano le modalità secondo le quali il beneficiario può utilizzare il credito messo a sua disposizione. Altrettanto illuminante in tal senso è, peraltro, anche l'esperienza che viene offerta dalla c.d. banca etica. Ancor prima di passare ad analizzare detta esperienza, tuttavia, per continuare a ragionare in termini generali pare che l'unico valido punto di riferimento in proposito sia offerto dall'esempio fornito dei rapporti tra fiducia e mandato. Riferimento che è reso necessario dal fatto che quando si parla di fiducia in senso generale, senza precisare le figure giuridiche nelle quali tale fenomeno si innesta, anche l'altro termine del rapporto può essere utilizzato in maniera generica. Quando, invece, la fiducia entra a far parte di uno schema di cui si vuole tentare di delineare la fisionomia è necessario che anche l'altro termine del rapporto assuma caratteri di specificità e di omogeneità con il primo <sup>70</sup>. Orbene, nell'ipotesi della concessione di credito, concessione che nell'ambito di una finanza etica deve essere collegata alla valutazione del merito della domanda piuttosto che alle garanzie offerte dal richiedente, non si può ragionevolmente dubitare dell'accostamento prima proposto. A maggior ragione se si pensa che occorre pur sempre tenere ben distinti i negozi fiduciari dai negozi che danno vita a rapporti fiduciari. Sia nella prospettata figura di concessione del credito che nel mandato, infatti, l'obbligo (del mandatario in un caso e del debitore/richiedente nell'altro) si può legare alla fonte (il contratto) e, ancor di più, al rapporto (effetto del contratto), sì da poter definire fiduciario tanto il negozio quanto il rapporto. Tuttavia, così come avviene nel rapporto tra negozio fiduciario e

<sup>70</sup> In tal senso S. Pugliatti, *Diritto civile, metodo – teoria – pratica*, o.u.c., p. 282.

mandato anche nel caso del rapporto tra negozio fiduciario e concessione del credito il carattere fiduciario si potrà determinare solo al momento dell'esecuzione. Infatti, il mandatario, ovvero il debitore, non agendo formalmente in nome del mandante, ovvero del creditore, può anche non compiere l'atto che si è obbligato a compiere. È evidente, quindi, che la posizione fiduciaria si ricollega più facilmente ad un momento del rapporto anziché al negozio. Cosa che è tanto più vera quanto più si pensa che anche per ciò che concerne il mandato <sup>71</sup>, la posizione fiduciaria non sempre è effetto necessario del contratto ma del concreto dispiegarsi del rapporto. Anzi, ancora più precisamente, si può dire che la posizione fiduciaria è – nell'ipotesi anzidetta – un riverbero della rappresentanza indiretta.

Da qui l'ulteriore conseguenza secondo cui nella rappresentanza indiretta la garanzia viene dall'obbligo di agire per conseguire il risultato voluto dal mandante. In tal modo, tuttavia, si potrà obiettare che il problema viene affrontato da una sola prospettiva, vale a dire quella della fiducia *cum amico*. Invece così non è. Solo apparentemente, infatti, il riferimento al mandato è da escludere per le ipotesi di fiducia *cum creditore*. Tant'è vero che, sebbene la distinzione tra mandato senza rappresentanza e negozio fiduciario sia suggerita dal ricorrere, o meno, della c.d. interposizione reale di persona, a ben vedere detta interposizione è rinvenibile tanto nel caso in cui l'intermediario non rivesta alcuna qualità particolare, quanto nel caso in cui l'intermediario svolga una attività che presuppone in lui la qualità di proprietario o di titolare di un diritto di credito <sup>72</sup>. Ne consegue che non ha ragione di sussistere la distinzione tra mandato senza rappresentanza, nel primo caso, e negozio fi-

<sup>71</sup> Si pensi al riguardo a quando il mandato non ha per oggetto acquisti per il mandante, ovvero a quando l'acquisto del mandante non è legato necessariamente ad un atto di trasferimento da parte del mandatario (art. 1706 cod. civ.).

<sup>72</sup> Nell'una e nell'altra ipotesi l'intermediario fa da tramite per un acquisto di diritti destinati ad altri: «Nell'una categoria di atti l'interposizione avviene al primo momento, e ad essa segue l'esecuzione dell'incarico da parte dell'interposto, nell'altra l'interposizione si ha al momento dell'esecuzione della disposizione, mentre precede l'investitura del diritto nell'alienante. Nel primo caso il negozio comincia dal contraente, il quale mette la persona interposta nella possibilità di compiere l'atto per cui richiede la sua intromissione». Così testualmente F. Ferrara, *Della simulazione nei negozi giuridici*, Roma, 1922, p. 230 e ss..

duciario, nel secondo caso, giacché l'interposto è «*investito di una posizione reale del tutto analoga a quella determinata dal negozio fiduciario*» e «*il regolamento giuridico dei due istituti si mantiene identico*»<sup>73</sup>. Infatti, anche se nella seconda ipotesi traspare maggiormente la fiducia riposta in colui che, titolare di diritti in nome proprio, deve usare dei diritti ricevuti non nel proprio interesse ma secondo la destinazione ricevuta, si tratta di differenze che non sono talmente rilevanti da giustificare una specifica distinzione<sup>74</sup>. Tanto più che in entrambe le ipotesi ci sono almeno due elementi di identità:

- 1) l'acquisto si verifica sempre in capo all'intermediario che agisce in nome proprio, e pertanto il destinatario finale deve poter fare affidamento sulla sua lealtà<sup>75</sup>;
- 2) in entrambe le ipotesi il compito di modificare la situazione reale dell'intermediario è affidato all'obbligo di (ri)trasferire, obbligo che trova la sua fonte nel medesimo contratto con cui l'intermediario ha ricevuto l'incarico.

A tanto si aggiunga che se, di contro, fosse possibile giustificare la distinzione in premessa, si dovrebbe ritenere che la figura del mandato ad alienare in nome proprio del mandante non potrebbe trovare ragione di esistere nel nostro ordinamento vigente.

L'unico punto di differenza, dunque, è dato dal fatto che nell'ipotesi del mandato la fiducia ha un carattere generico, mentre nell'ipotesi del negozio fiduciario la fiducia, che è l'elemento essenziale e caratterizzante della *causa fiduciae*, ha carattere specifico. Così facendo, però, si deve convenire con quanti ritengono che si realizza nella sostanza una chiara ed estesa parificazione tra la figura della rappresentanza diretta e quella della rappresentanza indiretta. Parificazione che avvalorata l'idea secondo cui con il semplice affidamento generico nel soggetto e con il ricorso ai vigenti meccanismi si può garantire il conseguimento degli scopi della fiducia. Da ciò il seguente duplice corollario:

<sup>73</sup> Conf. testualmente F. Ferrara, *Della simulazione nei negozi giuridici*, o.u.c., p. 230 e ss..

<sup>74</sup> Conf. in tal senso S. Pugliatti, *Diritto civile, metodo – teoria – pratica*, o.u.c., p. 290.

<sup>75</sup> Questo è anche il motivo per cui è dato includere il mandato tra i negozi di fiducia in senso tecnico.

- a) nell'ordinamento vigente è possibile discorrere di negozi di fiducia più che di negozi fiduciari;
- b) in questo contesto ben si giustifica l'inserimento di una particolare ipotesi di concessione di credito, dotata di uno schema unitario e di una propria causa *fiduciae*<sup>76</sup>, dove la fiducia in senso tecnico si configura come un'aspettativa su cosa si può ottenere in un sistema di relazioni al di fuori di vincoli di ordine legale.

5. – Come detto, pertanto, una corretta informazione<sup>77</sup> è fondamentale per uno sviluppo senza effetti distorsivi del mercato, tanto più se si pensa che la comunicazione assume di giorno in giorno sempre più importanza in un mercato globalizzato ed in una società attenta a selezionare notizie ed informazioni. Non a caso, a parere del Comitato di Basilea, il consiglio di amministrazione di ciascuna banca dovrebbe approvare le politiche di informativa pubblica preventivamente definite in ordine agli obiettivi, alle strategie ed alla situazione economico-finanziaria, ponendo, tra l'altro, in essere anche dei procedimenti idonei a valutare se le informazioni fornite sono frequenti ed adeguate. In ordine alle caratteristiche dell'informazione, bisogna subito precisare che essa può essere fondamentale o supplementare. È fondamentale quando fornisce le notizie reputabili essenziali per il corretto funzionamento della disciplina di mercato, oltre che di vitale importanza per ogni istituto; questo tipo di notizie dovrebbero essere pubblicate da tutte le banche. È sup-

<sup>76</sup> In questo senso si badi bene che il rapporto depositante/azienda di credito è caratterizzato già all'origine come rapporto di tipo fiduciario, posto che l'attività bancaria si basa su un elemento fondamentale: «rappresentato dalla fiducia della gente e particolarmente dalla fiducia della clientela. Quest'ultima si rivolge alle banche, specialmente in veste di creditrice delle stesse, perché si fida delle banche, cioè perché pensa che esse saranno sempre in grado di onorare i loro impegni. Questo rapporto fiduciario riguarda tutti i clienti di tutte le banche ed è caratterizzato da una sorta di indifferenza nei confronti dell'una o dell'altra. In questo senso se, per un motivo o per l'altro, venisse meno la fiducia in una banca, è molto probabile che l'ondata di sfiducia si trasmetterebbe più o meno velocemente e più o meno intensamente anche alle altre banche con danni per tutti». Conf. testualmente R. Ruozzi, *Economia e gestione della banca*, Milano, 2002, p. 2.

<sup>77</sup> Sul ruolo dell'informazione, vista quale presupposto imprescindibile della chiarezza e della trasparenza nei rapporti di credito, conf. Conf. E Caterini, *La Trasparenza Bancaria*, in *I Contratti Bancari* (a cura di) E. Capobianco, Milano, 2016, p. 135 ss.,

plementare, invece, quando fornisce dati che, anche se non vitali, sono comunque di particolare importanza per una corretta disciplina di mercato e per il regolare funzionamento di particolari istituti.

Sul punto, a conferma di quanto già detto, è utile menzionare quella parte di dottrina, secondo cui: «*Le norme sulla trasparenza bancaria verso il consumatore ripropongono le vicende delle fasi ante e post-negoziati già indagate dalla disciplina sulla trasparenza delle operazioni e servizi bancari e finanziari prevista nel capo I. Infatti, si ripropone la disciplina sulla pubblicità, sugli obblighi precontrattuali, sul merito creditizio e sulle banche d'informazioni, sul contenuto del contratto, sul recesso, sullo sconfinamento e sui poteri dell'intermediario. Tutte norme (artt. 120 quinquies/novies/decies, 123, 125 t.u.b) contenenti frammenti e specificazioni della disciplina sulla trasparenza "diretta" o "indiretta"»<sup>78</sup>.*

In ogni caso, l'informazione non può assolutamente essere né opzionale né secondaria. Per tale motivo, dovranno essere pubblicati solo quei dati ritenuti rilevanti, ovvero sia quei dati senza i quali i giudizi o le decisioni dei soggetti che si basano su di essi potrebbero subire variazioni<sup>79</sup>. In altri termini, per quanto concerne il rischio di credito, una corretta informazione non può prescindere da temi spesso pochi esplorati come l'informativa su strategie, obiettivi e pratiche di *credit risk management*, sistemi di *scoring* e *rating* interno, ovvero, infine, garanzie e limiti. Non a caso da un'indagine di qualche anno fa, effettuata da *Trema Management Consulting* e pubblicata nel luglio del 2001, è emerso che l'informativa sul *Market Risk* è diminuita nei bilanci del 2000, mentre quella sull'*operational risk* è vero che è in aumento, ma è in aumento perché si tratta di un tema del tutto inesplorato in precedenza; manca, dunque, un corretto termine di

<sup>78</sup> Conf. E. Caterini, o.u.c., p. 197, ove l'autore richiama in nota, G. Chiappetta, *Persona e informazioni aziendali riservate*, cit., p. 94 ss.

<sup>79</sup> In merito, c'è chi ritiene che «*Un'informazione è considerata rilevante se la sua omissione o errata indicazione può modificare o influenzare il giudizio o le decisioni dei soggetti che si basano su di essa. Per valutare se l'informativa fornita è soddisfacente si può fare riferimento al test del "ragionevole investitore", ossia se, alla luce di circostanze particolari, un ragionevole investitore considererebbe importante tale informazione.*» Conf. testualmente F. Metelli, *Basilea 2 che cosa cambia*, Milano, 2003, p.56.

paragone in merito <sup>80</sup>. A tanto si aggiunga che tali pubblicazioni devono avvenire con una certa frequenza. Ciò significa che la pubblicazione deve essere semestrale e in ogni caso dovrebbe essere annualmente sottoposta ad una verifica adeguata almeno in occasione della redazione del bilancio <sup>81</sup>. Nell'eventualità in cui non si rispettino tali prescrizioni, l'autorità di vigilanza è chiamata ad intervenire e l'intensità del suo intervento deve dipendere dalla natura, dalla durata e dalle implicazioni derivanti dall'inadempimento. Le modalità di siffatto intervento, infatti, variano dalla *moral suasion*, al dialogo con il *management*, ovvero ai richiami ed alle sanzioni pecuniarie. Premesso, pertanto, che è fuor di dubbio che disporre di informazioni corrette e puntuali è essenziale per il fruitore, non sembra che vi possano essere dubbi neppure sul fatto che un corretto sistema di informazioni, in un contesto quale è quello attuale, rappresenti un evidente vantaggio anche (e forse soprattutto) per la banca e, in generale, per l'intermediario finanziario. Ciò, tanto più se si pensa che, così facendo, derivano benefici sia in termini di allocazione del capitale, sia in ordine al *pricing* dei prodotti, sia, infine, nella gestione delle pratiche di fido, in quanto gli istituti disporrebbero già in anticipo di tutti i dati che gli servono. Ovviamente, però, non basta disporre delle informazioni, in quanto bisogna anche saperle analizzare e, soprattutto, saper gestire la clientela secondo classi di merito creditizio statisticamente definite. Tanto più il sistema utilizzato è preciso nella segmentazione della clientela, tanto più sarà basso il costo conseguenza di un eventuale affidamento nei confronti di soggetti a rischio, ovvero viceversa, in caso di soggetti pienamente affidabili, il costo conseguenza di un allontanamento ingiustificato.

<sup>80</sup> In relazione ai risultati della ricerca condotta conf. F. Metelli, cit. p. 60.

<sup>81</sup> Al riguardo, è pienamente condivisibile l'opinione dell'autore appena citato allorquando ritiene che «Per taluni dati soggetti a rapida obsolescenza, come quelli concernenti l'esposizione al rischio, specie per le banche attive a livello internazionale, è desiderabile una pubblicazione con cadenza trimestrale. Ciò vale in particolare nell'area del rischio di mercato (concernente l'attività speculativa di breve periodo nei mercati finanziari), dove le posizioni possono mutare rapidamente, ed è auspicabile che ogni cambiamento generale significativo sia reso noto il più presto possibile.». Conf testualmente F. Metelli, cit. p.56.

*Abstract*

Il sistema creditizio italiano presenta notevoli dissonanze rispetto ai principi costituzionali sanciti dall'art. 47 della Costituzione, principalmente a causa di una professionalità inadeguata e della mancanza di una preparazione organizzativa volta a riformare il rapporto tra banche e mercato. Per garantire la stabilità del sistema, è necessaria una rilettura teleologica di tale articolo, evidenziando l'importanza di una politica del credito che superi il semplice controllo statale e si allinei agli obiettivi socio-economici dello Stato. La funzione creditizia deve essere considerata di pubblico interesse, influenzando in modo significativo il mercato monetario. È fondamentale, dunque, una programmazione efficace che enfatizzi la centralità dell'uomo e la necessità di soddisfare i bisogni collettivi. A questo proposito, la comunicazione e l'informazione si rivelano cruciali per evitare distorsioni nel mercato, richiedendo una trasparenza adeguata da parte delle istituzioni bancarie. In sintesi, il profitto non deve essere l'unico criterio guida, poiché un approccio più umano e programmato è essenziale per lo sviluppo economico sostenibile.

The Italian credit system exhibits significant dissonances from the constitutional principles enshrined in Article 47 of the Constitution, primarily due to inadequate professionalism and a lack of organizational preparedness aimed at reforming the relationship between banks and the market. To ensure the stability of the system, a teleological reinterpretation of this article is necessary, highlighting the importance of a credit policy that transcends mere state control and aligns with the socio-economic objectives of the State. The credit function must be regarded as a matter of public interest, significantly influencing the monetary market. It is therefore essential to implement effective planning that emphasizes the centrality of the individual and the necessity of meeting collective needs. In this regard, communication and information are crucial to avoid distortions in the market, necessitating adequate transparency from banking institutions. In summary, profit must not be the sole guiding principle, as a more humane and planned approach is essential for sustainable economic development.