

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

LUGLIO / SETTEMBRE

2024

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALESSANDRA
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, PAOLA DASSISTI, ALBERTO
GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI
(SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA
MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MACER, MASSIMO
MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO,
ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA,
GIULIA TERRANOVA, VERONICA ZERBA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

Rivista | dottrina
di Diritto Bancario | e giurisprudenza
commentata

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

La trasparenza come clausola conformativa e i rimedi*

SOMMARIO: 1. La novità della trasparenza bancaria nel Testo Unico. – 2. Trasparenza delle condizioni contrattuali. – 3. Trasparenza (e correttezza) delle condotte. – 4. L’evoluzione della disciplina sulla trasparenza. – 5. Rimedi e sanzioni.

1. *La novità della trasparenza bancaria nel Testo Unico*

L’introduzione della disciplina della trasparenza nel titolo VI del Testo Unico bancario ha costituito un’innovazione di notevole impatto sistematico. Il rapporto privatistico banca / cliente diventa finalmente oggetto di regolazione nella disciplina di settore, superando la netta separazione pubblico (legge bancaria) / privato (codice civile e norme bancarie uniformi)¹.

* Il testo costituisce una rielaborazione dell’intervento al Convegno Banca d’Italia – ADDE, *A 30 anni dal Testo Unico bancario (1993-2023): The Test of Time*, Roma, 12 dicembre 2023, ed è destinato agli *Scritti in onore di Antonio Jannarelli*.

¹ Nella abrogata legge bancaria, per vero, era presente l’art. 32, comma 1, che, apparentemente, conferiva all’Autorità di vigilanza un ampio potere di “conformazione” dei contratti bancari, ma – secondo l’interpretazione prevalente – non nella dimensione della tutela *immediata* dei clienti, bensì in funzione del governo del mercato del credito. Cfr., anche per riferimenti, R. COSTI, *L’ordinamento bancario*, Bologna, 2007, 669-670; M. PORZIO, *Il controllo amministrativo sulle condizioni dei contratti bancari*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, I, 141 ss., spec. 149, ove il rilievo che i poteri attribuiti alla Banca d’Italia dalla disposizione in esame non erano previsti per lo scopo di tutelare il “contraente debole”, bensì per «fornire alle autorità di settore strumenti di governo del mercato del credito» (e.g., vietare la conclusione di determinati tipi contrattuali, imporre o vietare l’inserimento di determinate clausole e finanche dettare «un completo regolamento contrattuale tipo, direttamente, o attraverso l’approvazione di schemi contrattuali predisposti dalle aziende di credito o dalle loro associazioni di categoria»). In questo contesto, l’interesse dei “consumatori” sarebbe stato soltanto «uno degli interessi *secondari* che l’autorità [avrebbe dovuto] valutare nell’uso del potere discrezionale di cui dispone[va]», dovendosi, comunque, «escludere che l’interesse (secondario) dei consumatori [potesse], sia pure in via eccezionale, prevalere su quello del governo della liquidità e del credito». In senso conforme cfr., più di recente, A. MAISANO, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie*, Milano, 1993, 25 e 45 ss. (ove anche un’accurata ricostruzione del dibattito sviluppatosi negli anni ’70 del secolo scorso in merito ai possibili strumenti di tutela dei clienti, in sede giurisdizionale ovvero amministrativa); *La trasparenza bancaria venticinque anni dopo*, A. BARENGHI (a

L’innesto delle disposizioni sulla trasparenza nel corpo della nuova “legge bancaria” fu accolto con qualche riserva dalla dottrina, che ne colse la portata “stridente”, rispetto a un provvedimento che non si occupava dei contratti bancari². Questi ultimi, complice la laconicità e la natura ampiamente dispositiva delle regole contenute nel codice civile, erano stati fertile terreno di coltura della “autoregolamentazione” e del rinvio a usi o prassi del settore, le cui virtù magiche erano celebrate ancora alla vigilia della l. n. 154/92, quale antidoto rispetto alla «inclinazione a costruire attorno alla trasparenza bancaria un diritto speciale»³.

La scelta di politica del diritto del legislatore, peraltro, trova il suo fondamento non tanto nell’obiettivo di regolare i “contratti bancari”, quanto, piuttosto, nel disegno, assai più ambizioso, di introdurre una disciplina organica e trasversale del fenomeno della *contrattazione* d’impresa nel settore bancario e finanziario, facendo emergere, anche a livello sistematico, la stretta inerenza del contratto all’esercizio di un’attività vigilata.

Questa, in estrema sintesi, la fase genetica della trasparenza bancaria.

cura di), Napoli, 2018, 19, per la precisazione secondo cui i poteri dell’Autorità di vigilanza erano previsti «non nell’interesse della trasparenza quanto per la conformazione del mercato in chiave di stabilità e di standardizzazione oligopolistica, di cui anche l’Associazione bancaria italiana fu uno strumento». Per una diversa lettura delle disposizioni, cfr., peraltro, G. GABRIELLI, *Controllo pubblico e norme bancarie uniformi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1977, I, 257 ss.

² In questi termini: R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente “non qualificato” nel mercato finanziario*, Milano, 1996, 214, il quale, peraltro, giudicava «inevitabile» la scelta del legislatore, in ragione della centralità della disciplina della trasparenza. Così anche A. NIGRO, *La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*, in *Dir. banc. fin.*, 1994, I, 572.

³ Cfr. P. RESCIGNO, «Trasparenza» bancaria e diritto «comune» dei contratti, in *Banca borsa tit. cred.*, 1990, I, 299 e 306. Le riflessioni critiche dell’Autore erano rivolte, innanzi tutto, al progetto di riforma presentato da Gustavo Minervini nel 1986. E per una puntuale replica, cfr. A. MAISANO, *op. cit.*, 103 ss., nonché G. MINERVINI, *Presentazione*, *ivi*, XVII, ove l’orientamento favorevole all’autoregolamentazione è criticato per le sue «propensioni bucoliche». Sui limiti della «auto-organizzazione del mercato», cfr. G. OPPO, *Codice civile e diritto commerciale*, in AA.VV., *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, II, Milano, 1994, 1292, ove l’enfasi sulla «tendenza dei poteri di fatto a trasformarsi in poteri di diritto».

2. Trasparenza delle condizioni contrattuali

In un contesto celebrativo dei primi trenta anni del Testo Unico bancario, può forse avere senso prendere le mosse da una constatazione di carattere storico, volta a far emergere la dimensione del *mutamento*⁴. Nella sua versione originaria, il titolo VI era riferito (esclusivamente) alla trasparenza delle *condizioni contrattuali*. Soltanto a seguito del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 sarebbe comparso il riferimento anche alla trasparenza dei *rapporti* con i clienti, sebbene quest'ultimo profilo non fosse, in realtà, negletto nel tessuto originario del Testo Unico, attento, come si è osservato, soprattutto alla *contrattazione*, piuttosto che alla *fattispecie contrattuale*.

Il rilievo può rivelarsi di qualche utilità ai fini dello svolgimento di una trattazione dedicata sì alla *trasparenza*, ma con la precisazione che questa costituisce una *clausola conformativa*; locuzione, quest'ultima, astrattamente riferibile:

(i) al regolamento contrattuale e, dunque, al contenuto del contratto;
(ii) alle condotte delle parti, con conseguente spostamento dell'attenzione dal *testo* contrattuale al *contesto* della contrattazione con imprese abilitate allo svolgimento di un'attività riservata e clienti⁵.

Nella prima accezione (*i.e.*, quella rivolta al contenuto dei contratti), la trasparenza evoca, innanzi tutto, il problema della conoscibilità e della intelligibilità delle condizioni contrattuali, nel senso di *completa* definizione delle regole pattizie in un testo, di norma⁶, predisposto dall'intermediario e sottoposto all'accettazione del cliente, con i corollari del divieto di rinvio agli usi e della accentuazione del formalismo negoziale⁷.

⁴ Per un'efficace sintesi dell'evoluzione della disciplina della trasparenza bancaria nel ventennio successivo alla l. n. 154/92, cfr. M. DE POLI, *La contrattazione bancaria. Tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza*, Padova, 2012, 76 ss.; E. CAPOBIANCO, *Profili generali della contrattazione bancaria*, in *Contratti bancari*, E. CAPOBIANCO (a cura di), Milano, 2021, 5 ss.

⁵ Su entrambi gli aspetti segnalati nel testo cfr. G. ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, 2003, 6 ss.

⁶ In effetti, la disciplina della trasparenza trova la sua ragion d'essere nella presa d'atto del potere normativo degli intermediari, in sede di predisposizione del regolamento e di "governo" della gestione del rapporto. Cfr. A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 4.

⁷ La "chiusura" agli usi è senz'altro sintomo di quella "sfiducia nella capacità di

La trasparenza – sempre riferita alle condizioni contrattuali – può, inoltre, precludere (e rivelarsi strumentale rispetto) a forme di etero-integrazione del regolamento contrattuale. È, questo, un tema classico della riflessione civilistica, a far data dagli anni '60 del secolo scorso, che però assume peculiari connotati nel contesto della disciplina dei mercati regolati, ove dischiude la prospettiva della *conformazione* dell'operazione di autoregolamento di privati interessi, per finalità di regolazione del mercato, con il sempre aleggiante spettro della *funzionalizzazione* dell'autonomia contrattuale al perseguimento di interessi pubblici⁸.

È quanto avviene allorché il legislatore stabilisce un contenuto minimo del contratto o di singole clausole, anche con delega in bianco all'Autorità di vigilanza. Sono note, al riguardo, le discussioni in merito alla «conformazione» ovvero alla mera «connotazione» dei contratti bancari ad opera dell'Autorità di vigilanza, ai sensi dell'art. 117, comma 8, T.U.B.⁹.

Rientra in questa visione della trasparenza la *pubblicità* delle condizioni contrattuali e delle loro eventuali successive *modificazioni*,

autoregolamentazione del settore”, che era stata denunciata alla vigilia della riforma, anche insistendo sul “prezzo della trasparenza”, inesorabilmente destinato a ricadere sulla clientela, anche in considerazione delle “sanzioni civili” che la presidiano, che si traducono in costi per gli intermediari, per effetto della riduzione o sostituzione di clausole contrattuali. Cfr. P. RESCIGNO, *op. cit.*, 299, anche sulla base di richiami alla tutela della concorrenza fra le banche, ma già P. SCHLESINGER, *Problemi relativi alla c.d. «trasparenza bancaria»*, in *Corr. giur.*, 1989, 229 ss., denunciando l'anacronistico ritorno al formalismo negoziale; P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, I, Torino, 2004, 168, il quale, con riferimento al formalismo, discorre di «strumentario tecnico-giuridico privatistico, anzi vetero-privatistico».

⁸ Al riguardo, si rinvia, anche per riferimenti bibliografici, ad A. TUCCI, «*Etero-regolamentazione del contratto e disciplina dei mercati finanziari*», in *Rass. dir. civ.*, 2023. Da ultimo, cfr. A. NERVI, *Diritto dei contratti e disciplina dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, 2023, I, 319 ss.

⁹ Cfr., fra gli altri, G. DE NOVA, *La tipizzazione amministrativa dei titoli e dei contratti prevista dall'art. 117, comma 8, del Testo Unico bancario*, in AA.VV., *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, Roma, 1999, p. 67 ss.; R. LENER, *Il controllo amministrativo sulla correttezza dei comportamenti degli intermediari*, *ivi*, 73 ss.; P. FERRO-LUZZI, *op. cit.*, 184, il quale si esprime in termini di tutela della «veridicità dell'etichetta». Nella giurisprudenza recente, cfr. Cass., 9 febbraio 2022, n. 4117. Per una concretizzazione della regola, si veda il provvedimento di Banca d'Italia del 27 novembre 2009, in tema di c.d. conto corrente semplice.

anche in funzione di un controllo *ex post* (artt. 116, 118, 121), dovendosi, allora, ritenere che, in questa accezione, il termine alluda alla «chiarezza del rapporto ottenuta mediante il complesso di informazioni offerte al contraente perché possa conoscere e valutare l'operazione economica al momento della sua conclusione, e, una volta concluso il contratto, possa controllare il comportamento della controparte»¹⁰.

In questa visione, la trasparenza attiene, fondamentalmente, al problema della “conoscibilità” del regolamento contrattuale; quest'ultimo anche funzionale alla “confrontabilità” dei prodotti (che sono poi contratti conclusi “in serie”) nel mercato e, dunque, alla concorrenza¹¹.

Esplicito, con toni finanche didascalici, al riguardo, il disposto dell'art. 124, comma 1, T.U.B., in tema di contratti di credito ai consumatori, ove la regola secondo cui il finanziatore o l'intermediario del credito devono fornire al consumatore, prima che questi sia vincolato al contratto, le informazioni necessarie «per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, al fine di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione di un contratto di credito»¹².

¹⁰ G. ALPA, *op. cit.*, 18; A. NERVI, *La trasparenza bancaria*, in *L'attività delle banche*, A. URBANI (a cura di), Milano, 2020, 43. Cfr. anche U. MAJELLO, *sub art. 117*, in *Comm. T.U.B. Belli-Contento-Patroni Griffi-Porzio-Santoro*, Bologna, 2003, 1938.

¹¹ Cfr. R. COSTI, *op. cit.*, 665 («la trasparenza delle condizioni contrattuali è uno strumento per assicurare concorrenzialità al mercato e quindi efficienza all'esercizio dell'attività bancaria»), nonché E. MINERVINI, *Trasparenza ed equilibrio delle condizioni contrattuali nel testo unico bancario*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, I, 661, precisando, altresì, che la trasparenza è un “valore mezzo”, rispetto ad altri obiettivi, quali la concorrenza del mercato e il riequilibrio delle posizioni delle parti. Quest'ultimo Autore esprime qualche riserva in merito all'opportunità di una “amministrativizzazione” del rapporto, che condurrebbe alla uniformazione contrattuale, che non gioverebbe al cliente. Vero è, peraltro, che, nel contesto previgente, una non meno pervasiva uniformazione era realizzata in virtù delle condizioni di contratto predisposte dall'associazione delle banche, con effetti certo non più favorevoli per i clienti. L'uniformazione contrattuale, d'altronde, è coerente con la logica della conformazione, propria del diritto privato regolatorio.

¹² Ancor più perentoria è l'omologa regola in tema di credito immobiliare ai consumatori, che contempla anche il problema – di cui subito *infra*, nel testo – della comprensione degli *effetti economici* dell'operazione, disponendo che «il finanziatore

In questa prospettiva, può dirsi che “trasparenza” sia sinonimo di “conoscenza effettiva” (non mera “conoscibilità”) delle condizioni contrattuali¹³, sebbene, a rigore, la conclusione di un contratto sulla base di un testo contrattuale sottoscritto non implichi l’effettività della conoscenza¹⁴.

Nella prima fase può dirsi, invece, estraneo agli obiettivi del legislatore il problema della “adeguatezza” dei prodotti bancari, rispetto alle esigenze e agli obiettivi del cliente, contrariamente a quanto previsto dal quasi coevo decreto Eurosim, n. 415/1996, poi confluito nel T.U.F. Il che sembrava trovare una giustificazione nelle diverse prospettive di impiego del risparmio, rispettivamente, nel settore bancario e in quello dell’intermediazione finanziaria¹⁵. Ma sul punto si avrà modo di tornare nel prosieguo.

o l’intermediario del credito fornisce al consumatore le informazioni personalizzate necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, valutarne le implicazioni e prendere una decisione informata in merito alla conclusione di un contratto di credito» (art. 120-*novies*, comma 2, T.U.B.). In argomento, cfr. S. TOMMASI, *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*, Napoli, 2018, 27 ss.; T.V. RUSSO, *Credito immobiliare ai consumatori*, in *Contratti bancari*, E. CAPOBIANCO (a cura di), cit., 1911 ss.

¹³ In termini ancora “formalistici”, la effettività della conoscenza si traduce, inoltre, nella “semplificazione” delle informazioni, anche in ossequio alle teorie dell’economia comportamentale. Donde il rilievo dei fogli informativi (Disposiz. Banca d’Italia, sez. II, par. 3), dei documenti di sintesi (Disposiz., II, par. 7) e degli indicatori sintetici di costo e delle informazioni europee di base (art. 116, T.U.B. e disciplina speciale del credito ai consumatori, di cui all’art. 124 T.U.B.). In argomento, cfr. M. SEMERARO e A. TUCCI, *Il credito ai consumatori*, in *Contratti bancari*, E. CAPOBIANCO (a cura di), cit., spec. 1832 ss.

¹⁴ Nonché la “volontarietà” dell’atto di autonomia privata. Per questa puntualizzazione cfr., da ultimo, F. DENOZZA, *Disciplina del contratto e «non moral goods»*, in *Riv. dir. comm.*, 2022, I, 370-373.

¹⁵ Secondo la visione “tradizionale”, nell’ordinamento del credito non è previsto un obbligo di consulenza, in capo all’intermediario, poiché il cliente non richiede, tipicamente, consulenza, ma solamente l’erogazione di un prodotto ben determinato (il denaro), nonché informazioni il più possibile sintetiche, ma corrette, sui costi dell’operazione. Le banche, d’altronde, avrebbero un incentivo naturale a effettuare la verifica del merito creditizio, dato che l’insolvenza del debitore si risolve, in linea di principio, in un danno per lo stesso finanziatore. Cfr. A. MIRONE, *L’evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 2010, 592-593; A. NIGRO, *Presente e futuro della trasparenza bancaria: spunti di riflessione*, in *Dir. banc. fin.*, 2018, I, 357, il quale pur rilevando la vis espansiva della

È, però, possibile anche una lettura più “forte” della trasparenza delle condizioni contrattuali, che valorizza la *conoscenza effettiva* e la *comprensione* delle conseguenze giuridico-economiche e si interroga sulla presenza di possibili obblighi di condotta, in tal senso, in capo all’intermediario, appunto, secondo il modello della disciplina dei servizi di investimento. Il che già implica, a ben vedere, uno slittamento semantico del termine “trasparenza”, verso la dimensione delle condotte esigibili.

Questo approccio risulta chiaramente enunciato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, nei contratti dei consumatori¹⁶, ma trova

consulenza anche nelle operazioni creditizie, sottolinea, comunque, «la diversità di posizione delle parti, intermediario e cliente, nelle operazioni di erogazione del credito e, rispettivamente, nelle operazioni di investimento: nelle prime, è l’intermediario che “affida” denaro proprio al cliente; nelle seconde è il cliente che “affida” denaro proprio all’intermediario. Quindi è diverso il senso dell’appropriatezza e adeguatezza al cliente dell’operazione o, se si preferisce, degli obblighi di assistenza del cliente posti a carico dell’intermediario, nel senso che, con riferimento alle operazioni creditizie in genere, tali obblighi a ben vedere soddisfano direttamente anche e proprio gli interessi dell’intermediario (in termini di “garanzia” della restituzione)».

¹⁶ Cfr. C. Giust. UE, 30 aprile 2014, causa C-26/13, § 71, ove – con riferimento a un contratto di mutuo in valuta estera – la statuizione secondo cui «l’obbligo di trasparenza delle clausole contrattuali posto dalla direttiva 93/13 non può [...] essere limitato unicamente al carattere comprensibile sui piani formale e grammaticale», dovendo, al contrario essere inteso «in maniera estensiva [...], di modo che il consumatore possa prevedere, in base a criteri chiari e comprensibili, le conseguenze economiche che gliene derivano». Più di recente, cfr. la sentenza di C. Giust. UE, 10 giugno 2021, cause riunite da C-776/19 a C-782/19, nella quale la Corte ha ribadito che l’obbligo di trasparenza delle clausole contrattuali «deve essere inteso nel senso che impone non solo che la clausola di cui trattasi sia intellegibile per il consumatore sui piani formale e grammaticale, ma anche che un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, sia posto in grado di comprendere il funzionamento concreto di tale clausola e di valutare così, sulla base di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di una siffatta clausola sui suoi obblighi finanziari». Muovendo da questo principio, la Corte ha statuito che «l’articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che, nell’ambito di un contratto di mutuo espresso in valuta estera, il requisito di trasparenza delle clausole di tale contratto che prevedono che la valuta estera sia la moneta di conto e che l’euro sia la moneta di pagamento e che hanno l’effetto di far gravare il rischio di cambio sul mutuatario, è soddisfatto quando il professionista ha fornito al consumatore informazioni sufficienti ed esatte che consentano a un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente

significativi riscontri, in termini generali, anche nella più recente giurisprudenza di legittimità, che – nel solco della giurisprudenza comunitaria – sottolinea come funzione precipua della moderna trasparenza bancaria sia non tanto quella di promuovere la concorrenza nel settore ovvero di contenere scelte irrazionali dei clienti, quanto, piuttosto, di assicurare la comprensione degli effetti economici e dei rischi dell'operazione. Donde la conclusione secondo cui «il contratto trasparente sia quello che lascia intuire o prevedere il livello di rischio o di spesa del contratto di durata. Trasparente è solo il contratto corredato di clausole la cui giustificazione economica risulti comprensibile, di tal ché senza tale trasparenza a risultare opaco è il costo totale del credito, donde una rilevanza di rimbalzo della trasparenza, come si è detto, sull'equilibrio economico del contratto»¹⁷.

In applicazione di questo approccio, la Corte di Cassazione richiede talora finanche la “condivisione” delle formule matematiche, predisposte e utilizzate dall'intermediario per la determinazione di costi a carico del cliente, ancora una volta, con una significativa analogia, rispetto alle regole giurisprudenziali enunciate in tema di prestazione di servizi di investimento¹⁸. Il che pone, peraltro, il problema della

attento e avveduto, di comprendere il funzionamento concreto del meccanismo finanziario in discussione e di valutare quindi il rischio delle conseguenze economiche negative, potenzialmente gravi, di clausole del genere sui suoi obblighi finanziari nel corso dell'intera durata del contratto medesimo». Cfr. anche la C. Giust. UE, 3 marzo 2020, causa C-125/18.

¹⁷ In questi termini: Cass., 13 maggio 2021, n. 12889, ove anche la precisazione secondo cui «il viatico all'adozione di una nozione di trasparenza declinata in senso economico si è avuto con la sentenza della Corte di Giustizia del 21 dicembre 2016, cause riunite C- 154/15, C- 307/15, C- 308/15, ove essa ha assunto lo stesso rango di norma di ordine pubblico, la cui imperatività di fatto sostituisce all'equilibrio formale, che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'eguaglianza tra queste ultime. La trasparenza economica nella portata che ne risulta è da considerare, secondo autorevole dottrina, l'antidoto ad una opacità precontrattuale che il diritto comune rinserra nel perimetro tassativi dei vizi del consenso». Questa impostazione risulta ora “codificata” nell'art. 12 della Direttiva n. 2023/2025 sul credito ai consumatori, relativo alle “spiegazioni adeguate”, volte ad assicurare che «il consumatore possa valutare se il contratto di credito e i servizi accessori proposti siano adatti alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria»

¹⁸ Cfr. Cass., 20 giugno 2022, n. 19825, secondo cui «deve considerarsi nulla per indeterminatezza dell'oggetto la clausola che preveda la commissione di massimo scoperto indicandone semplicemente la misura percentuale, senza specificare le

possibile “astrusità” delle formule, rispetto alle capacità di comprensione di un “cliente medio”, come testimoniano, ad esempio, alcuni orientamenti ABF in tema di criteri di rimborso presenti nelle condizioni generali di assicurazione nei contratti di credito ai consumatori garantiti da cessione del quinto dello stipendio o della pensione, nei quali riecheggia un percorso argomentativo ricorrente nella giurisprudenza in tema di servizi di investimento, per quanto concerne, in particolare, la necessaria opera di “traduzione” delle formule, mediante l’illustrazione di “scenari” tipici e alternativi¹⁹.

Da ultimo, il problema evocato aleggia in tutta la sua complessità e ambiguità nella recente ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite (Cass., 7 settembre 2023, § 7), in tema di ammortamento alla francese, là dove il Giudice rimettente richiama due opposti orientamenti, riconducibili, rispettivamente, alla “trasparenza-conoscibilità” e alla “trasparenza-comprensione”. Secondo la prima visione, «il cliente potrebbe pur sempre evincere il regime di capitalizzazione grazie alla lettura delle condizioni contrattuali ed economiche pattuite, tanto più che la banca non sarebbe tenuta ad esplicitare la formula matematica finanziaria sottesa al calcolo degli interessi, tale informazione essendo implicita nel piano di ammortamento». L’opposta visione, per contro, «tende a ritenere che la scelta di una determinata modalità di capitalizzazione degli interessi, diversa da quella “semplice”,

modalità di calcolo e di quantificazione della stessa, posto che, in tal caso, il correntista non è, invero, in grado di conoscere quando e come sorgerà l’obbligo di dover corrispondere la suddetta commissione alla banca».

¹⁹ Cfr. ABF Napoli, 5 gennaio 2022, n. 317, ove si afferma che le formule presenti nelle condizioni generali di assicurazione – e riportate nel corpo della motivazione – «risultano possedere carattere iniziatico e si manifestano, pertanto, intellegibili solo da un pubblico di professionisti specifici del campo (o, comunque, solo da persone di provata e approfondita esperienza di contesto)». Donde, ad avviso del Collegio, la «necessaria opera di “traduzione” – da un linguaggio oscuro a un linguaggio invece semplice e accessibile pure alle persone comuni», mediante «l’apprestamento e proposizione di esempi e casi tipo». Nella giurisprudenza in tema di servizi di investimento un approccio analogo è riscontrabile, ad esempio, in tema di illustrazione al cliente degli “scenari probabilistici” sottesi alla negoziazione di strumenti finanziari derivati negoziati OTC, una volta “condivisa” la formula per calcolare il *mtm*. Il *leading case* è, come noto, la sentenza di Cass., Sez. Un., 12 maggio 2020, n. 8770, in *Giur. it.*, 2020, 2398. Più di recente, cfr. Cass., 26 agosto 2021, n. 23489; Cass., 10 agosto 2022, n. 24654; Cass., 19 marzo 2024, n. 7368; Cass., 20 marzo 2024, n. 7412.

costituisce per il cliente, evidentemente, un ulteriore “prezzo” del denaro mutuato, incidendo sul suo costo complessivo, e, come tale, deve essere indicata nei contratti bancari per iscritto in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile, anche per la necessità di assicurare il rispetto della trasparenza».

La giurisprudenza parrebbe riferire la contrapposizione al problema della *validità* del contratto, in termini di in/determinatezza dell’oggetto, *ex art. 1346 c.c.*

Una recente dottrina, per contro, ha tentato di comporre l’apparente contrasto, sul piano delle *condotte esigibili*, distinguendo fra trasparenza contrattuale e trasparenza precontrattuale e ritenendo che la prima sarebbe assicurata dalla condivisione del piano di ammortamento – peraltro non richiesta dalla disciplina generale della trasparenza, né da quella speciale, in tema di credito ai consumatori²⁰ –, mentre, in base alla seconda «il finanziatore deve consentire al mutuatario di valutare

²⁰ Cfr. ABF, Coll. Coord., 8 novembre 2022, n. 14376, ove – anche nel solco di C. Giust. UE 9 novembre 2016, causa C-42/15 – il rilievo secondo cui «dall’analisi della normativa primaria e secondaria non emerge alcun riferimento espresso alla necessità che il contratto e/o la tabella di ammortamento esplicitino il regime finanziario o la base di calcolo degli interessi (capitale da restituire o capitale in scadenza per ciascuna rata), cosicché non è possibile, sotto questo profilo, ravvisare alcun profilo di anti giuridicità del comportamento dell’intermediario in relazione alle informazioni fornite nel contratto». Nella decisione in questione, il Collegio ha anche disatteso la tesi secondo la quale “l’intermediario – al fine di rispettare il principio della trasparenza delle condizioni contrattuali offerte – avrebbe dovuto renderla edotta dell’esistenza “sul mercato” di altre tipologie di ammortamento in ipotesi a lei più favorevoli rispetto a quella “alla francese”. E ciò in virtù del rilievo per cui «la scelta dell’intermediario finanziario di proporre un piano di ammortamento “alla francese”, anche se notoriamente più oneroso rispetto ad altre tipologie di ammortamento, rientra nella libertà imprenditoriale dell’operatore bancario e finanziario, che – in forza dei principi di cui all’art. 41 Cost. e all’art. 1422 c.c. (libertà d’iniziativa economica in un contesto di libera concorrenza; autonomia negoziale) – deve ritenersi libero di praticare le pricing policies che ritiene più opportune in ragione del contesto di mercato in cui opera». In senso conforme si pone l’orientamento dei Collegi territoriali (cfr. ABF Milano, 16 giugno 2022, n. 9386; ABF Roma, 13 luglio 2022, n. 10500; ABF Napoli, 1° giugno 2022, n. 8566; ABF Torino, 18 maggio 2022, n. 7909; ABF Bologna, 22 giugno 2022, n. 9624; ABF Bari, 21 luglio 2022, n. 11023; ABF Palermo, 4 luglio 2022, n. 10111). Nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., 26 giugno 2020, n. 12922.

le implicazioni del contratto di credito e di comprendere quale sia più adeguato alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria»²¹.

Questo possibile mutamento di prospettiva accentua il progressivo avvicinamento del tipo di rapporto regolato nel mercato del credito a quello dei servizi di investimento, nella dimensione del “contratto adeguato” e, dunque, della valorizzazione degli obblighi di consulenza, in capo all’intermediario²². La valutazione di adeguatezza dei prodotti bancari e finanziari si colloca, in effetti, ben oltre la “classica” trasparenza delle condizioni contrattuali, mirando a scongiurare il rischio che banche e intermediari “indirizzino” i clienti verso determinati prodotti “non adatti”²³.

²¹ In questi termini: R. NATOLI, *L’ammortamento “alla francese”: una questione di trasparenza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, I, 209; ID., *I mutui con ammortamento alla francese, aspettando le Sezioni Unite*, in *Dialoghi di diritto dell’economia*, novembre 2023, 9. Sui profili di trasparenza, nel senso di *consapevolezza* del cliente, cfr. anche M. SEMERARO, *Alle Sezioni Unite l’ammortamento alla francese: molti equivoci e un fondo di verità*, *ivi*, ottobre 2023, 10. Le Sezioni Unite si sono pronunciate con la sentenza 29 maggio 2024, n. 15130, in *Foro it.*, 2024, I, 2017, statuendo che la mancata indicazione della modalità di ammortamento e del regime di capitalizzazione «composto» degli interessi debitori non comporta la nullità del contratto per indeterminatezza dell’oggetto o per violazione della trasparenza bancaria, pur se limitatamente alla fattispecie del mutuo a tasso fisso con piano di ammortamento allegato al contratto, recante l’indicazione del numero e della composizione delle rate costanti di rimborso. A queste condizioni, al cliente sarebbe “assicurata la possibilità di verificare la rispondenza dell’offerta alle proprie esigenze e alla propria situazione finanziaria e di valutarne la convenienza confrontandola con altre offerte presenti eventualmente sul mercato”. Il che costituirebbe “lo scopo della trasparenza”.

²² L’avvicinamento fra i due corpi normativi risulta anche ascrivibile alla disciplina “trasversale” della crisi degli intermediari finanziari, che ha reso manifesta la necessità di una maggiore consapevolezza (e, dunque, informazione, trasparenza) del cliente, anche rispetto ai profili soggettivi dell’intermediario, cui affida il risparmio. Cfr., da ultimo, A. NIGRO, *Presente e futuro della trasparenza bancaria*, cit., 360: «anche il risparmio affidato in deposito alle banche, da oggi in poi, deve – non può non – essere consapevole».

²³ Cfr. Disp. vigilanza, sez. XI, par. 2, su cui soprattutto A. NIGRO, *Presente e futuro della trasparenza bancaria*, cit., 352, anche per l’applicazione del “dovere di astensione”, rispetto a prodotti inadeguati, nel settore del credito ai consumatori, *ad instar* di quanto previsto in materia di servizi di investimento.

3. *Trasparenza (e correttezza) delle condotte*

Se riferita alle condotte delle parti, la trasparenza assume i connotati di criterio guida per la valutazione dei comportamenti, in particolare, dell'intermediario nei confronti del cliente. La dimensione della *conformazione* emerge, peraltro, anche in questo contesto, nel senso di un indirizzamento dell'attività delle imprese abilitate verso un modello virtuoso e di una dissuasione di condotte devianti²⁴, anche nella prospettiva di un "riequilibrio" delle posizioni delle parti, nel senso di contenimento del pre-potere contrattuale della banca, superando il modello "classico" del comando/divieto, per realizzare un determinato modello di mercato concorrenziale. Donde, probabilmente, la sensazione di una "frammentazione" del diritto dei contratti consegnato dal modello liberale ottocentesco²⁵.

Questo "slittamento semantico" della trasparenza è evidente, ad esempio, nella disciplina della "pubblicità" delle condizioni contrattuali, che l'art. 116 T.U.B. regola, apparentemente, nella dimensione della mera *informazione*, anche precisando che «le *informazioni* pubblicizzate non costituiscono offerta al pubblico a norma dell'art. 1336 del codice civile» (comma 4). Senonché, la *condotta* dell'intermediario, che, successivamente, applichi «tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelle pubblicizzate» è *sanzionata* con la nullità delle relative clausole e l'applicazione dei prezzi e delle condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata

²⁴ Secondo la logica della «normativa a dispetto», per riprendere l'icastica locuzione di P. FERRO-LUZZI, *op. cit.*, p. 178, proprio con riferimento alla trasparenza bancaria. E cfr. già, *de iure condendo*, P. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 304. Più di recente, nella prospettiva segnalata nel testo, cfr. A. JANNARELLI, *Il contraente risparmiatore*, in *I contratti dei risparmiatori*, F. CAPRIGLIONE (a cura di), Milano, 2013, 74.

²⁵ Cfr., quanto meno, oltre al celebre saggio di L. JOSSERAND, *Considerazioni sul contratto «regolato»*, in *Archivio giuridico*, 1934, 4; F. MESSINEO, voce «*Contratto (dir. priv.)*», in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, 795 ss.; M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 391 ss.; R. NICOLÒ, voce «*Diritto civile*», in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 904 ss. Sul punto si vedano le osservazioni critiche di P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 6. Da ultimo, cfr. F. DENOZZA, *Disciplina del contratto e «non moral goods»*, cit., 379 ss.

o il servizio viene reso, con l'ulteriore precisazione che «in mancanza di pubblicità nulla è dovuto» (art. 117, commi 6 e 7)²⁶.

Un ulteriore riscontro è offerto dall'evoluzione della disciplina del *ius variandi* (art. 118 T.U.B.), che, come noto, ha costituito uno dei primi presidi di *trasparenza* delle condizioni contrattuali.

Generalmente ammesso dalla prassi bancaria, recepita dalle norme bancarie uniformi, l'istituto sarebbe stato “codificato” dalla l. n. 154/1992, il cui art. 4, comma 2, si limitava a offrire una tutela “minima”, per il cliente, secondo l'approccio tipico della disciplina delle clausole vessatorie, così superando, quanto meno, la prassi dell'informazione mediante avvisi esposti al pubblico nei locali delle banche²⁷.

Soltanto con la novella dell'art. 118 T.U.B. ad opera del c.d. Decreto Bersani (n. 223/2006) sarebbe stato introdotto il “giustificato motivo”, considerato un «cambiamento di rotta nella direzione di un riequilibrio delle posizioni delle parti e di un rafforzamento degli strumenti di controllo»²⁸.

La dimensione della *conformazione* delle condotte degli intermediari emerge – pur se in termini problematici – nel recente dibattito – originato da una nota Comunicazione di Banca d'Italia del 15 febbraio 2023 – in merito alla configurabilità di un *obbligo*, per l'intermediario, di modificare *in melius* le condizioni contrattuali, a seguito di mutamenti degli scenari di mercato di segno opposto, rispetto a quelli che avevano giustificato la variazione *in peius* (i.e., aumento

²⁶ Cfr., sul punto, P. FERRO-LUZZI, *op. cit.*, 176-177, il quale, correttamente, contesta la riferibilità della disciplina in esame alla “pubblicità”, in senso stretto, insistendo, piuttosto, sulla presenza di un *vincolo*, per l'intermediario, rispetto alla successiva *condotta* e, in particolare, a possibili “variazioni” delle condizioni pubblicizzate, a tutela della scelta del cliente e, più in generale, della “concorrenzialità tra le banche”.

²⁷ Il successivo art. 6, peraltro, lo contemplava per i contratti di durata, con comunicazione preventiva personalizzata, ma ammettendo il ricorso alla Gazzetta ufficiale per le «variazioni generalizzate della struttura dei tassi», fermo restando il diritto di recesso del cliente, a condizioni invariate e senza costi e penalità. E per una valutazione critica, cfr. A. MAISANO, *op. cit.*, 175 ss.

²⁸ In questi termini: F. SARTORI, sub art. 118, in *Comm. t.u.b. Capriglione*, Milano, 2018, 1895, anche in relazione alla regola della “reciprocità”, per la variazione dei tassi conseguenti a decisioni di politica monetaria.

tassi di interessi, nel contesto di un'inflazione crescente, che abbia indotto la banche ad aumentare i costi dei conti correnti)²⁹.

Il breve schizzo sin qui abbozzato deve, poi, essere completato – sempre nella dimensione diacronica, volta a far emergere l'evoluzione della disciplina – con la menzione del comma 01 dell'art. 127 T.U.B., che indirizza l'esercizio dei poteri delle autorità creditizie previsti dal titolo VI non soltanto alla «*trasparenza delle condizioni contrattuali*», ma anche alla «*correttezza dei rapporti con la clientela*». Il concetto è esplicitato nelle Disposizioni di Banca d'Italia, con l'intitolazione «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti» e con l'ulteriore precisazione – che dischiude una delle finalità della *moderna vigilanza bancaria* (per questo aspetto, antitetica, rispetto a quella del “mondo di ieri”) – secondo cui:

(i) la disciplina della *trasparenza* e della *correttezza* favorisce anche la concorrenza nei mercati bancario e finanziario;

(ii) il rispetto di quella disciplina «attenua i rischi legali e di reputazione e concorre alla sana e prudente gestione dell'intermediario».

Inevitabile la sensazione di un profondo *mutamento*, che rende quasi irriconoscibili i connotati del diritto bancario “nell'oggi”, non soltanto rispetto al più risalente “diritto della banca”, ma anche rispetto al più recente “diritto bancario”, di cui si celebra il trentennale³⁰, soprattutto in ragione della esplicitazione dello stretto legame fra le finalità “nuove” della vigilanza bancaria (*trasparenza-correttezza* e concorrenza) e quella più tradizionale (la “sana e prudente gestione”), sul cui altare, in passato, erano stati sacrificati i valori della tutela effettiva dei clienti e della concorrenza fra gli intermediari, anche al fine di tutelare il valore sommo della stabilità del mercato.

²⁹ Nella menzionata comunicazione la Banca d'Italia ha precisato che l'attività di “sensibilizzazione” degli intermediari da parte dell'Autorità di vigilanza mira ad «assicurare che le variazioni contrattuali siano sempre motivate dalla necessità di ripristinare l'equilibrio effettivo degli impegni originariamente assunti dall'intermediario e dal cliente».

³⁰ Nonché dell'opera di A. MAISANO, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie*, cit., il cui sottotitolo è, appunto, *La difficile transizione dal diritto della banca al diritto bancario*.

È noto, d'altronde, che, nel settore bancario³¹, la trasparenza e la correttezza dei comportamenti e il “riequilibrio” delle posizioni contrattuali sono assurti soltanto in tempi relativamente recenti – soprattutto grazie all’impulso del diritto comunitario – al rango di interessi riconosciuti *ex professo* dal legislatore, rispetto all’azione dell’Autorità di vigilanza e, indirettamente, della stessa autorità giudiziaria³². Ne serba traccia lo stesso Testo Unico bancario, che non

³¹ Non altrettanto può dirsi per il settore del mercato finanziario in senso stretto (c.d. mercato mobiliare), la cui disciplina pone, per contro, la salvaguardia della *fiducia* degli investitori e la loro *tutela* in una posizione di vertice, rispetto alle finalità della vigilanza (art. 5 T.U.F.). Nella nostra esperienza giuridica, questa circostanza trova, probabilmente, una ragione “contingente” nel contesto in cui è stata realizzata la disciplina organica del mercato mobiliare, negli anni '90 del secolo scorso, su impulso delle direttive comunitarie. La centralità dei valori della *trasparenza* e della *fiducia*, peraltro, è alle origini della disciplina dei mercati finanziari, nei paesi a capitalismo avanzato, a cominciare, ovviamente, dagli Stati Uniti, con la legislazione federale degli anni '30 del secolo scorso. In una prospettiva storica di più lungo periodo, può dirsi che alle origini della disciplina del diritto bancario nella nostra esperienza giuridica vi è una tipologia di “fallimenti del mercato” rappresentata dalla crisi di liquidità e di stabilità delle banche. Il che spiega, appunto, storicamente, le ragioni del “ritardo” – segnalato nel testo – nella percezione dei problemi concernenti la trasparenza dei rapporti contrattuali e la correttezza dei comportamenti, rispetto a quelli che attengono alla *stabilità* e *solidità* degli intermediari, a lungo ritenuti una forma di tutela indiretta anche dei clienti, quali risparmiatori “inconsapevoli”. In argomento, per un efficace quadro di sintesi, cfr. F. BELLI, *Corso di legislazione bancaria. Legislazione bancaria italiana (1861-2010)*, Pisa, 2010, spec. 127 ss.; R. COSTI, *op. cit.*, 40 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *I fondamenti*, in *Diritto commerciale*, M. CIAN (a cura di), Torino, 2024, 43, la quale sottolinea la recente «convergenza di fondo» delle finalità perseguite dal legislatore nei diversi comparti del mercato finanziario, attorno ai tre nuclei principali della stabilità (a livello “macro” e “micro”), efficienza e competitività, trasparenza e correttezza dei comportamenti. In questa prospettiva, cfr., soprattutto, l’indagine di R. NATOLI, *Il contratto “adeguato”*, Milano, 2012, spec. 184. La “gerarchia” degli obiettivi dell’attività della vigilanza risulta, invece, ribaltata, nel settore delle assicurazioni, ai sensi dell’art. 3, cod. ass., che assegna una posizione privilegiata alla «protezione degli assicurati e degli aventi diritto alle prestazioni assicurative», rispetto alla sana e prudente gestione delle imprese di assicurazione e riassicurazione e alla stabilità del sistema. In questo contesto, la trasparenza e la correttezza dei comportamenti risultano strumentali, rispetto alla tutela degli assicurati e degli aventi diritto alle prestazioni assicurative.

³² Per quanto possa apparire una considerazione “metagiuridica”, non sembra azzardato affermare che l’orientamento della giurisprudenza nella valutazione delle condotte degli intermediari abbia subito un’evoluzione, anche alla luce della mutata

menziona trasparenza e correttezza fra le finalità “generali” della vigilanza (art. 5), ma soltanto fra le “regole generali” del titolo VI, peraltro, a seguito di una novella del testo originario dell’art. 127 T.U.B., ad opera del d.lgs. n. 141/2010, proprio per dare attuazione a una direttiva comunitaria (*i.e.*, la Direttiva 2008/48/CE, relativa al credito ai consumatori).

Costituisce, dunque, un’acquisizione relativamente recente, nel settore bancario, l’idea secondo cui la correttezza e la trasparenza dei rapporti con i clienti integrano i principi di sana e prudente gestione degli intermediari e finanche di stabilità complessiva del sistema finanziario, incidendo sulla “fiducia” dei risparmiatori in merito al corretto funzionamento del mercato del credito e del risparmio³³. Il che

“sensibilità giuridica”, rispetto alla protezione dei clienti, in concomitanza con l’erompere della tutela accordata dal legislatore comunitario. Significativi, al riguardo, sono soprattutto i *revirements* giurisprudenziali registratisi negli anni ’90 del secolo scorso, rispetto ai problemi del c.d. anatocismo bancario e, più in generale, degli usi, nei contratti bancari. Al riguardo, è senz’altro illuminante la lettura parallela di Cass., 15 dicembre 1981, n. 6631, in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, 89, con nota di A. MARINI, *Anatocismo e usi bancari*, e di Cass., 16 marzo 1999, n. 2374, in *Giur. it.*, 1999, I, 1201, con nota di G. COTTINO, *La Cassazione muta indirizzo in tema di anatocismo* (è appena il caso di precisare che entrambe le pronunce hanno ad oggetto l’interpretazione dell’art. 1283 c.c., il cui testo è rimasto immutato dal 1942). Per uno sguardo d’insieme, in prospettiva storica, cfr. M. DE POLI, *La contrattazione bancaria. Tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza*, Padova, 2012, nonché, più di recente, *La trasparenza bancaria venticinque anni dopo*, A. BARENGHI (a cura di), cit.

³³ Cfr. l’intervento dell’allora Vice Direttore Generale della Banca d’Italia, A.M. TARANTOLA, *La trasparenza sostanziale nei rapporti tra banche e clienti: la visione della Banca d’Italia*, al *Convegno AICOM – DEXIA Crediop S.p.A. – La trasparenza: tutela formale o reale del cliente?*, Roma, 6 giugno 2011, in particolare 4 e 10, ove si osserva che «correttezza, fiducia e reputazione influenzano non solo la qualità dell’attivo degli intermediari ma anche la loro capacità di raccogliere fondi sui mercati, e quindi il rischio di liquidità» e che «la piena adesione [da parte degli intermediari] agli standard regolamentari a protezione della clientela non costituisce un mero adempimento burocratico ma un elemento strategico per il successo della banca e per la stabilità del sistema finanziario nel suo complesso» (p. 10). Donde la conclusione secondo cui «trasparenza e stabilità, in altri termini, sono due facce della stessa medaglia». Cfr., d’altronde, il Provvedimento di Banca d’Italia 29 luglio 2009 e successive modificazioni («Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari», Sez. I, 1.1: «Il rispetto delle regole e dei principi di trasparenza e correttezza nei rapporti con la clientela attenua i rischi legali e di reputazione e concorre alla sana e prudente gestione dell’intermediario»). Per uno spunto in tal

determina la necessità di procedere a un accorto bilanciamento fra interessi rilevanti.

Il tema del bilanciamento degli interessi protetti meriterebbe senz'altro un maggiore approfondimento, poiché, quanto meno a far data dall'emanazione della disciplina europea della crisi di banche e intermediari finanziari, la sensazione di una subordinazione della tutela dei clienti a valori (ritenuti) sovra-ordinati e convergenti verso la tutela *del risparmio*, in senso oggettivo e impersonale, è tornata ad affacciarsi nella riflessione degli interpreti. Il che potrebbe dischiudere uno scenario (forse, inevitabile, ancorché non troppo esaltante), secondo cui trasparenza-correttezza e concorrenza sono valori perseguibili nel contesto "fisiologico" di mercati stabili e di intermediari "solidi", ma devono cedere il passo, nei (purtroppo tutt'altro che infrequenti) periodi di crisi, allorché il profilo dell'impresa vigilata emerge in una diversa dimensione, quella, appunto, della crisi, la cui gestione comporta una "ri-pubblicizzazione" dell'impresa (quanto agli strumenti e ai soggetti deputati a gestirla), anche con sacrificio dei clienti / investitori, la cui tutela torna a essere quella indiretta o riflessa, ossia conseguente alla salvaguardia della stabilità degli intermediari e del mercato nel suo complesso³⁴.

senso cfr., peraltro, già V. DESARIO, *Salute e introduzione*, in AA.VV., *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, cit., 10, ove il rilievo secondo cui «pur mantenendosi concettualmente distinta dalle norme di vigilanza prudenziale, la disciplina in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali concorre in modo armonico al perseguimento delle finalità di efficienza, competitività e sana gestione degli intermediari sottoposti a vigilanza, enunciate dall'art. 5 del Testo unico». Sul tema cfr., tra gli altri, F. CAPRIGLIONE, *Operazioni bancarie e tipologia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 39; F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, I, 150 ss.

³⁴ Cfr. A. NIGRO, *Presente e futuro della trasparenza bancaria*, cit., 360, ove si sottolinea la conseguente «mutazione genetica della posizione stessa della Banca d'Italia», posto che «con l'inserimento, fra le finalità della vigilanza, della tutela della trasparenza, si completa il processo di "trasformazione" della Banca d'Italia in autentica autorità indipendente, come autorità il cui compito è anche quello di assicurare, da una posizione neutrale, un giusto equilibrio nelle posizioni rispettive dei protagonisti delle vicende bancarie». Nel prosieguo, peraltro, l'Autore osserva che la disciplina delle crisi delle banche ha fatto emergere l'inadeguatezza della Banca d'Italia, rispetto alla gestione della trasparenza (il riferimento è alle note vicende delle banche venete, nelle quali la Vigilanza avrebbe privilegiato i profili di rafforzamento

4. *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza*

Un primo aspetto, che sembra emergere dalle considerazioni sin qui svolte, è la modesta portata euristica – se non proprio la inopportunità – di una distinzione fra “trasparenza” e “correttezza”, pure predicabile, a livello meramente semantico e in base alle categorie tradizionali del diritto civile, che però rischiano talora di assumere i connotati dei “falsi amici”, ove poste al vertice di un ragionamento dogmatico, volto a desumere regole da concetti. Nel diritto dei mercati finanziari (in senso ampio), la trasparenza non è una semplice clausola generale, ma si concretizza in disposizioni analitiche³⁵. Il che pone, tra l'altro, il problema del rapporto fra l'osservanza delle regole di trasparenza (la “*compliance*”, in una prospettiva anche aziendalistico-burocratica) e la trasparenza (e la correttezza) dei comportamenti, valutati nel prisma della “tradizionale” buona fede civilistica³⁶.

della stabilità degli intermediari). Donde la proposta di sottrarre alla Banca d'Italia la tutela della trasparenza. Una diversa prospettiva dischiude, peraltro, la considerazione dei rapporti fra l'*impresa bancaria* (o finanziaria) e i clienti / investitori, nel contesto della regolamentazione del mercato regolato, nel senso che le situazioni soggettive dei clienti / investitori altro non sono se non *alcuni* degli interessi giuridicamente rilevanti. La tutela accordata a questi soggetti (e, di riflesso, l'individuazione della situazione soggettiva), dunque, deve essere ricostruita alla luce della disciplina complessiva del mercato regolato e dei preminenti interessi da questa protetti e perseguiti. Sull'argomento, si vedano i contributi pubblicati in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli*, in *Dir. banc. fin.*, 2016, I, 799 ss., e, in particolare, C. ANGELICI, *Introduzione*, *ivi*, spec. 759; M. STELLA RICHTER JR., *A proposito di bank government, corporate governance e Single Supervisory Mechanism governance*, *ivi*, spec. 777 ss.; G. GUIZZI, *Interesse sociale e governance bancaria*, *ivi*, 799; G. FERRI JR., *La posizione dei soci di società bancaria*, *ivi*, 806 ss. Punto di riferimento di questa impostazione è la riflessione di G. FERRI, *La posizione dell'azionista nelle società esercenti un'attività bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1975, I, 3.

³⁵ Sintomatica di questo non condivisibile approccio è la *vulgata* sulla distinzione fra regole di condotta e regole di fattispecie, nella prestazione dei servizi di investimento, a seguito delle note “sentenze gemelle” di Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, entrambe in *Foro it.*, 2008, I, c. 784. In argomento, si rinvia a quanto osservato in A. TUCCI, «*Etero-regolamentazione*» del contratto e disciplina dei mercati finanziari, *cit.*, nota 29 e testo corrispondente, nonché alla trattazione di R. NATOLI, *Il contratto “adeguato”*, *cit.*, p. 78 ss.

³⁶ Cfr., da ultimo, G. DI CHIO, *Trasparenza bancaria e operazioni del fruitore di servizi bancari, di investimento, finanziari ed assicurativi: un quadro di insieme*, in

Anche per effetto delle “spinte” comunitarie, la disciplina della trasparenza ha progressivamente enfatizzato la dimensione della correttezza dei comportamenti e della conformazione delle condotte delle parti, con un avvicinamento al modello sotteso alla disciplina dei servizi di investimento.

Non è un caso che il progressivo “avvicinamento” fra i due corpi normativi – anche a livello di formante giurisprudenziale – sia coinciso con la proliferazione di prodotti “complessi”, che hanno reso evidente la non sempre marcata linea di demarcazione fra i diversi segmenti del mercato finanziario, suggerendo soluzioni “sincretiche” (applicazione cumulativa delle diverse discipline) ovvero (anche) “sintetiche” (valutazione della complessiva operazione economica realizzata dalle parti, secondo l’incerto e mobile paradigma della meritevolezza degli interessi).

Significativa, al riguardo, la vicenda del *leasing* con indicizzazione dei canoni, esaminata da Cass., Sez Un., 23 febbraio 2023, n. 5657, nella duplice prospettiva della meritevolezza degli interessi e della possibile applicazione cumulativa anche della disciplina dei servizi di investimento, in virtù del medio logico – dalla Corte, però, disatteso – dei c.d. derivati impliciti³⁷.

L’incidenza del diritto comunitario sull’evoluzione della disciplina della trasparenza ha condotto, inoltre, alla proliferazione di statuti particolari per i clienti consumatori e per tipologie di operazioni, con conseguente frammentazione della parte generale contenuta nel titolo sesto³⁸, anche per quanto riguarda i principi informativi, in termini di accentuazione della componente *consulenziale*, come evidente, ad esempio, in tema di credito immobiliare ai consumatori, ai sensi dell’art. 120-*septies*, comma, lett. *b*), ove è disposto che il finanziatore

Banca imp. soc., 2019, 430.

³⁷ Sul punto si rinvia, anche per riferimenti, ad A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi e derivati impliciti*, in *Foro it.*, 2023, I, 1099. Successivamente alla pronuncia delle Sezioni Unite, cfr. – per il richiamo alla causa concreta – Cass., 30 ottobre 2023, n. 30063.

³⁸ Cfr. A. NIGRO, *Presente e futuro della trasparenza bancaria*, cit., 355, per il rilievo della tendenza alla “segmentazione della clientela”. Significativa, al riguardo, è la disciplina “speciale” del *ius variandi* nei servizi di pagamento (art. 126-*sexies*), che reca significative difformità, rispetto a quella “generale”, per quanto concerne il procedimento di modifica delle condizioni contrattuali e il requisito del giustificato motivo, apparentemente circoscritto ai rapporti con consumatori (comma 4-*bis*).

e l'intermediario del credito «basano la loro attività sulle informazioni rilevanti riguardanti la situazione del consumatore, su ogni bisogno particolare che questi ha comunicato, su ipotesi ragionevoli con riguardo ai rischi cui è esposta la situazione del consumatore per la durata del contratto di credito».

A livello sostanziale, l'accentuazione della dimensione conformativa ha importanti riflessi sul sistema dei rimedi, per quanto riguarda, in particolare, la nullità di protezione e, in quel contesto, l'uso della buona fede, quale tecnica di modulazione e di temperamento dei diversi interessi protetti³⁹.

Quanto sin qui osservato consente di pervenire a un'ulteriore conclusione.

Le regole di trasparenza e di correttezza presenti nel Testo Unico, nella loro attuale configurazione – anche quale risultante dal diritto giurisprudenziale –, non possono essere lette, semplicemente, come una evoluzione dell'applicazione ai rapporti bancari delle regole generali di buona fede e correttezza nei rapporti obbligatori⁴⁰. Il che non significa, evidentemente, la disapplicazione, nei rapporti bancari e finanziari, delle regole generali di correttezza precontrattuale e in costanza di rapporto, che si rivelano, per contro, imprescindibili, in sede di valutazione delle condotte degli intermediari abilitati, come reso evidente, ad esempio dal contenzioso in materia di mancata concessione

³⁹ Significativa, al riguardo, la vicenda del c.d. contratto mono-firma, in ambito bancario e finanziario, appunto per il ricorso alla buona fede, quale tecnica di bilanciamento degli interessi, anche a dispetto di specifiche disposizioni di legge. Cfr. le note sentenze di Cass., Sez. Un., 18 gennaio 2018, n. 898, in *Riv. dir. comm.*, 2018, II, 327, con nota di A. TUCCI, *La forma dimidiata nei contratti bancari e di investimento*, e di Cass., Sez. Un., 18 gennaio 2018, n. 898; Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Riv. dir. comm.*, 2020, II, 123, con nota di A. TUCCI, *Nullità di protezione e buona fede*. Un approccio analogo, sul piano metodologico, è riscontrabile nelle note pronunce della Corte di Cassazione in tema di nullità delle fidejussioni “a valle” di intese nulle (Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994 in *Foro it.*, 2022, I, 499) ovvero di superamento del “limite di finanziabilità” nel mutuo fondiario (Cass., Sez. Un., 16 novembre 2022, n. 33719). In argomento, si rinvia ad A. TUCCI, *La tutela giurisdizionale effettiva del consumatore e il giudicato implicito*, in *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea*, D. LONGO (a cura di), Bari, 2023, 69 ss.

⁴⁰ Cfr., sul punto, R. NATOLI, *Il contratto “adeguato”*, cit., 78 ss.

di finanziamenti ovvero di concessione a condizioni difformi, rispetto a quelle prospettate nella fase precontrattuale⁴¹.

Non può confondersi, in altri termini, quell'evoluzione – anche nella sensibilità degli interpreti e dei giudici, *in primis* – che ha accompagnato il diritto dei contratti bancari dal 1942 agli anni '90 (dal recesso *ad libitum*, alla fideiussione *omnibus*, all'anatocismo, *etc.*) con la precisa scelta di politica del diritto, cui si deve l'attuale disciplina della trasparenza bancaria, che è, innanzi tutto, uno strumento di regolazione del mercato.

Al riguardo è stato correttamente osservato che la disciplina attuale della trasparenza bancaria (e finanziaria) non mira soltanto a rimuovere o attenuare le asimmetrie informative fra intermediari e clienti – secondo il modello del “*market for lemons*” di Akerlof e, dunque, in una prospettiva di tutela del mercato, rispetto al pericolo di un suo “decadimento” per la sfiducia dei clienti⁴² –, essendo, piuttosto, parte

⁴¹ Nella giurisprudenza ABF, ad esempio, la controversia fra cliente e intermediario si incentra sovente sull'allegazione, da parte del cliente, di una “classica” fattispecie di lesione dell'affidamento, rispetto alla condotta dell'intermediario nella fase delle trattative, secondo il modello codificato nell'art. 1337 c.c. A questo genere di allegazioni si affiancano, peraltro, doglianze incentrate sul richiamo alla disciplina speciale della trasparenza bancaria, anche in una dimensione “conformativa” delle condotte degli intermediari, in particolare, ai sensi del combinato disposto degli artt. 116, comma 1, e 117, comma 7, lett. *b*), T.U.B. Cfr., ad es., la fattispecie esaminata da ABF Bari, 9 gennaio 2024, n. 341 (finanziamento concesso a condizioni differenti rispetto a quelle prospettate), e, in precedenza, da ABF Torino, 9 marzo 2023, n. 2317, e da ABF Bari, 13 gennaio 2022, n. 922.

⁴² Cfr., in questa prospettiva, N. SALANITRO, *Evoluzione dei rapporti tra disciplina dell'impresa e disciplina dei contratti nel settore creditizio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1992, I, 597 ss., e il quadro di sintesi che si legge in A. MIRONE, *op. cit.*, 558 ss., il quale rileva, criticamente, che «la formula della trasparenza bancaria continua ad essere utilizzata in termini di “trasparenza delle relazioni contrattuali”, senza osservare che essa potrebbe anche determinare una più complessiva trasparenza del mercato». In altri termini, la “trasparenza bancaria” sarebbe comunemente percepita come una formula positiva (ma cfr. *supra*, nota 23), rispetto alla quale «si porrebbe solamente un problema di affinamento dei meccanismi regolamentari e di miglioramento delle informazioni offerte al mercato, mentre a ben vedere essa pone – come in realtà tutti gli interventi eteronomi (incluse le intese fra imprese: v. art. 4, l. 287/90) che limitano l'autonomia strategica nella determinazione dei profili riguardanti i prezzi e le caratteristiche del prodotto – il problema di verificare, in concreto, gli effetti delle singole regole sulle dinamiche di mercato». L'A. sottolinea anche il rischio che l'eccessiva uniformazione contrattuale incida negativamente sulla

di una precisa strategia regolatoria, che mira a incidere non (soltanto) sulle scelte di chi riceve la informazioni, quanto (soprattutto) sulla condotta e sulla organizzazione dell'impresa tenuta agli obblighi informativi, al fine, dunque, di modificare le condotte delle imprese che operano nei mercati regolati⁴³.

Donde la sopra ricordata inerenza delle regole di trasparenza e di correttezza alla sana e prudente gestione delle banche, secondo un'impostazione accolta anche dall'Autorità di vigilanza, e, più in generale, il diffuso rilievo secondo cui il contratto nei mercati regolati non può essere compreso isolando il profilo dell'atto da quello dell'attività in cui si colloca⁴⁴.

diversificazione qualitativa dell'offerta. Vero è, peraltro, che, in un mercato scarsamente concorrenziale, l'uniformazione imposta dal legislatore può risultare preferibile, rispetto a quella "concordata" dalle imprese. Più di recente, cfr. I. MERCANTI, *Public e private enforcement nella vigilanza sulla trasparenza bancaria*, in *La trasparenza bancaria venticinque anni dopo*, A. BARENGHI (a cura di), cit., 100. Il tema dei rapporti fra disciplina della trasparenza e dinamiche del mercato è stato approfondito, soprattutto, nella letteratura giuridica nordamericana. Cfr., quanto meno, i "classici" saggi di F.H. EASTERBROOK e D.R. FISCHER, *Mandatory Disclosure and the Protection of Investors*, in *Virginia Law Review*, 70, 1984, 669 ss.; J.C. COFFEE JR., *Market Failure and the Economic Case for a Mandatory Disclosure System*, *ivi*, 717 ss.

⁴³ Per il rilievo, cfr. F. DENOZZA, *I formanti ideologici del diritto privato bancario*, relazione al convegno di studi *Il diritto bancario nell'oggi. La tutela del cliente tra i diversi formanti*, U. MINNECI e A. TINA (a cura di), Milano, 19 ottobre 2023.

⁴⁴ Pur se in una diversa prospettiva, il rilievo è, peraltro, ben più risalente. Cfr. B. LIBONATI, *Contratto bancario e attività bancaria*, Milano, 1965, spec. 47 e 112; P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1969 (rist. 2001), 205. Sul punto, cfr. già G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1950, 535 (con riferimento al contratto di assicurazione); T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962, 157, il cui spunto è ripreso – con specifico riferimento all'attività bancaria – da P. VITALE, *Attività intermediale nella circolazione del bene «denaro»*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, 64. Per un inquadramento generale del problema, cfr. A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo*, N. LIPARI (a cura di), Padova, 2003, 3 ss. Da ultimo, cfr. F. SARTORI, *Vigilanza di tutela e trasparenza*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 3° suppl. al n. 1, 2022, 3 ss.

5. Rimedi e sanzioni

In questa prospettiva si comprende la presenza di sanzioni privatistiche per il caso di condotte inadeguate, che si inquadrano armonicamente in una strategia volta a conformare e indirizzare le condotte degli intermediari, superando la logica della mera *disclosure*⁴⁵.

L'inosservanza, da parte degli intermediari, degli obblighi di condotta in sede di instaurazione ed esecuzione del rapporto incide sulla gestione della fase patologica, non soltanto, come ovvio, legittimando l'autotutela del cliente, ma anche inibendola all'intermediario, come accade nella disciplina del credito immobiliare ai consumatori, ove è previsto un divieto di risoluzione del contratto o di esercizio del *ius variandi*, da parte del finanziatore, per non corretta valutazione del merito creditizio o per informazioni incomplete da parte del consumatore che non versi in dolo (art. 120-*undecies*, comma 3, T.U.B.). E ciò in quanto l'obbligo di valutazione del merito creditizio «persegue altresì l'obiettivo di responsabilizzare il creditore e di evitare che quest'ultimo eroghi un credito a consumatori insolvibili»⁴⁶.

Questa regola è ora codificata nell'art. 18 della Direttiva 2023/2225 del 18 ottobre 2023, in materia di credito ai consumatori, il cui primo comma precisa, innanzi tutto, che la valutazione del merito creditizio

⁴⁵ Cfr. A. JANNARELLI, *Il contraente risparmiatore*, cit., 73 ss.; F. DENOZZA *I formanti ideologici del diritto privato bancario*, cit.

⁴⁶ Cfr. C. Giust. UE, 10 giugno 2021, causa C-303/20, richiamando le sentenze del 18 dicembre 2014, *CA Consumer Finance*, causa C-449/13, EU:C:2014:2464, pt. 43; del 6 giugno 2019, *Schyns*, causa C-58/18, EU:C:2019:467, pt. 40, e del 5 marzo 2020, *OPR-Finance*, causa C-679/18, EU:C:2020:167, pt. 20). Nella giurisprudenza dell'ABF, con particolare riferimento al 120-*novies* T.U.B. (credito immobiliare ai consumatori) si è osservato che la condotta dell'intermediario contraria alle richiamate disposizioni, per quanto non possa comportare di per sé la nullità del contratto di finanziamento, «si rivela sindacabile sotto il profilo della buona fede, del dovere di correttezza e trasparenza delle informazioni e di corretta esecuzione delle operazioni»; di conseguenza la modifica unilaterale da parte dell'intermediario del tasso d'interesse relativo ad un contratto di mutuo comunicata al cliente in prossimità della data programmata per la stipula e l'eventuale omesso invio preventivo del PIES «non inficiano la validità della relativa clausola contrattuale, ma integrano ipotesi di responsabilità precontrattuale che da diritto al cliente al risarcimento del danno che deve essere provato ai sensi dell'art. 2697, cod. civ.» (ABF, Coll. Coord., 21 marzo 2019, n. 8049).

«è effettuata nell'interesse del consumatore, per evitare pratiche irresponsabili in materia di concessioni di prestiti e sovraindebitamento». Il successivo sesto comma dispone che «gli Stati membri assicurano che il creditore eroghi il credito al consumatore solo quando i risultati della valutazione del merito creditizio indicano che gli obblighi derivanti dal contratto di credito saranno verosimilmente adempiuti».

Ai sensi del settimo comma, infine, «gli Stati membri assicurano che il creditore che concluda un contratto di credito con un consumatore non risolva né modifichi in un secondo tempo il contratto di credito a danno del consumatore a motivo del fatto che la valutazione del merito creditizio non era stata effettuata correttamente. Il presente paragrafo non si applica se è comprovato che il consumatore ha intenzionalmente omesso di fornire o ha falsificato le informazioni di cui al paragrafo 3 fornite al creditore».

La visione del diritto privato regolatorio si manifesta appieno sul terreno dei rimedi, – che non trova, peraltro, organica disciplina⁴⁷ – anche in virtù della coesistenza dei tradizionali strumenti di autotutela (c.d. *private enforcement*), affidati all'iniziativa del singolo, con gli strumenti di etero-tutela, attribuiti alle autorità di vigilanza (c.d. *public enforcement*).

In questo contesto si coglie, probabilmente, anche la ragione del progressivo ampliamento delle funzioni delle Autorità di vigilanza, non soltanto in termini di tutela del mercato, ma anche dei soggetti che vi operano, con conseguente “privatizzazione” delle Autorità, nel senso che queste risultano investite (anche) di poteri che realizzano una tutela di situazioni soggettive, in concorrenza (o in alternativa) con l'iniziativa del singolo, dinanzi all'autorità giudiziaria (art. 128-ter)⁴⁸.

Questo “arricchimento” delle funzioni delle Autorità amministrative si traduce soltanto indirettamente in un rafforzamento delle situazioni

⁴⁷ Cfr., sul punto, A. NIGRO, *Presente e futuro della trasparenza bancaria*, cit., 356, il quale osserva criticamente che il sistema ignora quasi del tutto i rimedi privatistici per la violazione degli obblighi di trasparenza e, in particolare, il profilo della responsabilità degli intermediari, che trova soltanto nel T.U.F. una scarsa disciplina (art. 23, comma 6).

⁴⁸ Cfr. M. PERASSI, *Ruolo della Banca d'Italia e dell'autorità giudiziaria nel preservare l'integrità del sistema economico finanziario*, in *Banca imp. soc.*, 2014, 357 ss.; M. PASSALACQUA, sub art. 128-ter, in *Comm. t.u.b. Capriglione*, cit., 2437.

soggettive o, quanto meno, non in termini sovrapponibili a quelli propri della tutela giurisdizionale dei diritti, poiché l’Autorità si trova a dover contemperare una pluralità di interessi, nell’esercizio di quella che resta pur sempre una *funzione* da esercitare nel rispetto e nel contemperamento delle finalità generali della vigilanza, sancite dal legislatore, e, dunque, con un insopprimibile margine di discrezionalità.

Non sembra, dunque, corretto ravvisare nella tutela degli interessi del singolo cliente la *funzione normativa* dei poteri accordati all’Autorità di vigilanza, appunto in ragione della pluralità di interessi che questa deve prendere in considerazione, contrariamente al privato, che agisce sempre per la tutela della propria sfera giuridica, ancorché gli *effetti* della sua iniziativa possano poi concorrere a realizzare anche interessi pubblicistici, secondo un modello che trova il suo archetipo nella disciplina dei mercati finanziari e in quella della concorrenza⁴⁹.

Vero è, peraltro, che nel contesto della regolazione del mercato mediante istituti e categorie del diritto civile l’interesse protetto dal

⁴⁹ Per la distinzione richiamata nel testo, cfr. M. BARCELLONA, *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul «concetto» di danno aquiliano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, II, 213 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass., 31 agosto 2021, n. 23655, spec. § 2.6.4 e § 2.6.7., nel solco delle pronunce di C. Stato, 22 settembre 2014, n. 4773, in *dejure.it*, e di Cass., 28 maggio 2014, n. 11904, in *dejure.it*. Pur se con riferimento a una fattispecie particolare, si vedano, inoltre, le più risalenti (ma tuttora attuali) riflessioni di A. DE MARTINI, *Condizioni generali di contratto imposte o approvate dall’autorità e disciplina delle clausole vessatorie nei contratti per adesione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1952, II, spec. 372-374. Alla luce di quanto osservato nel testo, non sembra fondata la critica di F. SARTORI, *Vigilanza di tutela e trasparenza*, cit., 32, il quale, con riferimento al potere della Banca d’Italia di imporre agli intermediari la «restituzione» delle somme illegittimamente percepite, ex art. 128-ter T.U.B., nega la possibilità di distinguere, sul piano funzionale e delle finalità, gli strumenti di *public* e di *private enforcement*, contrariamente a quanto sostenuto in A. TUCCI, *Strumenti amministrativi e mezzi di tutela civilistica*, in questa *Rivista*, suppl. al n. 1, 2020, 93, anche alla luce del disposto dell’art. 127 T.U.B., che, a sua volta, rinvia alle finalità della vigilanza, ex art. 5, imponendo all’Autorità un contemperamento fra una pluralità di interessi, anche potenzialmente confliggenti. Nella giurisprudenza di legittimità in materia bancaria, questa impostazione ricorre, da ultimo, nella nota sentenza delle Sezioni Unite in tema di nullità delle fidejussioni “a valle” di intese restrittive della concorrenza. Cfr. Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, spec. § 2.13. In questo passaggio motivazionale si è vista la conferma dell’idea secondo cui «i rimedi civili vanno pensati come tecniche di controllo del mercato, strumenti di indirizzo sociale alternativi e complementari al diritto pubblico» (F. SARTORI, *Vigilanza di tutela e trasparenza*, cit., 16).

legislatore è, in realtà, di più ampio respiro, poiché attiene alla realizzazione di un determinato «ordine giuridico del mercato» ed evidenzia, dunque, una connotazione anche pubblicistica, che integra e completa il sistema della vigilanza⁵⁰.

Significativa è, ad esempio, la disciplina contenuta nell'art. 126-*septiesdecies*, in tema di obblighi informativi e responsabilità nel trasferimento dei servizi di pagamento, ove emerge chiaramente la dimensione “dissuasiva” e “conformativa” delle condotte degli intermediari, anche nella prospettiva promozionale di un mercato concorrenziale⁵¹.

In questo contesto, non può certo destare stupore l'affermazione – dogmaticamente, forse, discutibile, almeno rispetto alla sistematica codicistica – secondo cui anche la nullità costituisce un *rimedio*, se contemplata nella sua dimensione “dinamica”, della realizzazione dell'ordinamento giuridico, su impulso di parte o in virtù di un rilievo officioso, e si rivela, pertanto, strumento di politica legislativa e di «attuazione dell'interesse» protetto, con una «spiccata tendenza ad aggirare la fattispecie»⁵².

⁵⁰ Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, 229.

⁵¹ Cfr. F. SARTORI, *Portabilità dei servizi di pagamento: ambito oggettivo di applicazione e penali di legge*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, I, 700 ss., spec. 701, ove il condivisibile rilievo secondo cui «l'obiettivo principale che qui si favorisce non è tanto la reintegrazione del patrimonio del cliente leso dal ritardo, bensì la deterrenza rispetto a comportamenti disfunzionali per il mercato, quale naturale conseguenza di una misura afflittiva tesa a spiegare effetti coercitivi». Nel prosieguo l'A. collega l'efficacia di questa misura sanzionatoria agli strumenti di *enforcement* di cui è dotata la Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 128-*ter*.

⁵² Cfr. S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 171; V. SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi civili*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, I, 1049; P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Il Giusto Processo Civile*, 2011, 4. Per una diversa ricostruzione, cfr., peraltro, D. MESSINETTI, *La sistematica rimediaria*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 15 ss. Emblematica di questo uso giurisprudenziale della nullità quale rimedio è la menzionata sentenza di Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in tema di fideiussioni “a valle”, soprattutto per la consapevole “manipolazione” della nullità parziale, in una prospettiva anche di regolazione del mercato e di temperamento dei diversi interessi (cfr., in particolare, i §§ 2.13.2 e 2.17.2 della motivazione). Cfr., da ultimo, F. DI GIROLAMO, *La tutela del credito fra attività bancaria e diritto della concorrenza: le fideiussioni omnibus rilasciate a valle di un'intesa vietata*, in *Banca imp. soc.*, 2023, spec. 121 ss.; F. SARTORI, *Profili attuali delle nullità nel diritto dell'impresa. Note di indirizzo*, in questa *Rivista*, suppl. al n. 2, 2023, V ss.

Nella dimensione euro-unitaria, la nullità non è mera reazione dell'ordinamento alla difformità dell'atto, rispetto al paradigma legislativo, ma è, piuttosto, strumento per conformare e modellare il contratto e la contrattazione in funzione di protezione del regolamento di interessi perseguito dall'ordinamento.

Proprio con riferimento alla disciplina contenuta nell'art. 127 T.U.B., la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di statuire che «il potere del giudice, in questi ambiti, rafforza l'intensità della tutela accordata alla parte che, in ragione della propria posizione di strutturale minor difesa, potrebbe non essere in grado di cogliere le opportunità di tutela ad essa accordata»⁵³, anche in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle nullità consumeristiche, animata dalla preoccupazione che il regolamento pattizio consacrato nella clausola abusiva possa vincolare il consumatore, in ragione della logica degli istituti (o, meglio, dei dogmi) del diritto processuale domestico, così vanificando la regola sostanziale della “non vincolatività”⁵⁴.

In quest'ottica, il rilievo officioso delle nullità di protezione si rivela «essenziale al perseguimento di interessi pur sempre generali sottesi alla tutela di una data classe di contraenti (consumatori, risparmiatori, investitori); interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti – quali il corretto funzionamento del mercato, ex art. 41 Cost., e l'uguaglianza non solo formale tra contraenti in posizione asimmetrica –, con l'unico limite di riservare il rilievo officioso delle nullità di protezione al solo interesse del contraente debole, ovvero del soggetto legittimato a proporre l'azione di nullità, in tal modo evitando che la controparte possa, se vi abbia interesse, sollecitare i poteri officiosi del giudice per un interesse suo proprio, destinato a rimanere fuori dall'orbita della tutela».

A quest'ultimo riguardo, almeno un fugace cenno merita la recente vicenda del “superamento del giudicato implicito” nei rapporti con i consumatori⁵⁵, per le sue evidenti ricadute in ambito bancario, in

⁵³ Cfr. Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, § 3.10.

⁵⁴ Cfr., in particolare, il richiamo alla sentenza *Pannon* del 4 giugno 2009, in causa C-243/08, spec. § 31, ove si sottolinea «la natura e l'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva riconosce ai consumatori»; donde il potere-dovere del giudice di rilevare d'ufficio la natura abusiva di clausole contrattuali.

⁵⁵ Cfr. C. Giust. UE, 17 maggio 2022, cause riunite C-693/19 e C-831/19, nonché

termini, appunto, di bilanciamento fra l'interesse alla liquidità delle banche – di cui è espressione l'antico “privilegio” di cui all'attuale art. 50 T.U.B. – e l'interesse alla trasparenza e alla correttezza dei comportamenti, in termini di *tutela effettiva* del cliente-consumatore, sebbene questa prospettiva appaia troppo angusta e meritevole di ripensamento, rispetto a tutto il sistema delle nullità di protezione, che considera i rapporti fra intermediari e qualsiasi tipologia di cliente⁵⁶.

Anche in questo caso, sembra evidente la funzione *conformativa* del sistema dei rimedi, nel senso che le nullità di protezione mirano, al contempo, a proteggere uno dei contraenti e a conformare la condotta dell'altro (il professionista / intermediario), onde indirizzarla verso un modello di comportamento virtuoso, la cui inosservanza è “sanzionata” con l'applicazione di una disciplina, indubbiamente, penalizzante (appunto: una sanzione civile o una disciplina “a dispetto”), che si presta anche a un uso “opportunistico”, da parte del soggetto protetto, pur se entro gli argini della buona fede⁵⁷.

Il tema dei rimedi si riconnette, evidentemente, a quello delle istituzioni preposte alla “gestione” delle situazioni conflittuali, attività che costituisce, al contempo, un'applicazione della trasparenza,

le coeve pronunce nelle cause C-600/19, C-869/19 e C-725-19.

⁵⁶ Sul punto si rinvia a quanto osservato in A. TUCCI, *La tutela giurisdizionale effettiva del consumatore e il giudicato implicito*, cit., 86 ss. In argomento, cfr. anche L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, in questa *Rivista*, 2023, I, 57 ss. A seguito della pronuncia di Cass., Sez. Un., 6 aprile 2023, n. 9479, A. CARRATTA, *Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi. A proposito della sentenza n. 9479 del 2023*, in *Rivista dell'Esecuzione Forzata*, 2023, spec. 363 ss.; A. CRIVELLI, *Le Sezioni Unite e il titolo nei confronti del consumatore. Ovvero come il diritto eurounitario trasforma il diritto processuale esecutivo*, *ivi*, 383 ss.

⁵⁷ Sono queste, in estrema sintesi, le conclusioni cui perviene la ricordata sentenza di Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, § 22.2, ove si sottolinea che «l'uso selettivo del rilievo della nullità del contratto quadro non contrasta, in via generale, con lo statuto normativo delle nullità di protezione ma la sua operatività deve essere modulata e conformata dal principio di buona fede». In altri termini, l'uso “selettivo” del “rimedio” della nullità è del tutto fisiologico, nella logica della disciplina di settore, purché non conduca a un eccessivo vantaggio, in danno dell'intermediario. Donde la possibile “eccezione di buona fede”, che può paralizzare, in tutto o in parte, l'azione di nullità, sulla base dell'effettivo “pregiudizio” sofferto dall'investitore, alla luce del risultato complessivo dell'operatività in strumenti finanziari regolata dal contratto nullo.

soprattutto in termini di *riequilibrio* dei rapporti⁵⁸, e un frammento della vigilanza, anche per la necessaria opera di “concretizzazione” delle disposizioni di rango primario e secondario, sovente formulate mediante il ricorso a clausole generali o, comunque, a concetti soltanto parzialmente determinati. Questo aspetto è particolarmente evidente per i sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in ambito bancario e finanziario, che completano e attuano la regolazione del mercato e la conformazione dell’autonomia privata⁵⁹, anche nella prospettiva della armonizzazione massima a livello comunitario, nel cui contesto la tutela giudiziaria può essere percepita come un fattore disgregante, in ragione del diverso approccio dei giudici degli Stati membri nell’interpretazione di regole e principi contenuti in fonti di rango comunitario⁶⁰.

Le considerazioni sin qui svolte sembrano confermare la sensazione che la disciplina della trasparenza concorra – assieme a quella concernente la vigilanza e la crisi –, a delineare lo “statuto speciale” delle imprese che operano nei mercati regolati del credito e del

⁵⁸ Significativa, al riguardo, è la disciplina dei procedimenti dinanzi all’ABF e all’ACF, per quanto concerne, in particolare, i poteri delle parti, in termini di iniziativa e domande esperibili, obblighi di condotta endo-procedimentali, ripartizione delle spese. Cfr., sul punto, la decisione dell’ABF, Coll. Coord., 29 giugno 2017, n. 7716.

⁵⁹ Cfr. le «Disposizioni ABF» adottate dalla Banca d’Italia («Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari»), sez. I, § 1, ove le precisazioni secondo cui le decisioni dell’ABF «integrano il più ampio quadro informativo di cui la Banca d’Italia dispone nello svolgimento della propria funzione regolatrice e di controllo». Sembra evidente la ricaduta «conformativa» delle condotte degli intermediari, ad opera di decisioni pur formalmente non vincolanti. Sul piano della «concretizzazione» delle regole, basti evocare l’ampia casistica ABF in tema di «giustificato motivo» per l’esercizio del *ius variandi*, ex art. 118 T.U.B. (cfr., in particolare, ABF, Coll. coord., 12 dicembre 2018, n. 26498, in *arbitrobancariofinanziario.it*). Sui sistemi stragiudiziali di risoluzione di controversie in ambito finanziario cfr., in luogo di molti, l’ampia analisi di E. MINERVINI, *Gli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria e finanziaria*, in *Contratti bancari*, E. CAPOBIANCO (a cura di), 933 ss.

⁶⁰ Cfr. H. MICKLITZ, *The Transformation of Enforcement in European Private Law: Preliminary Considerations*, in *European Review of Private Law*, 2015, 491 ss.; A. JANNARELLI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali business to business nella filiera alimentare: considerazioni introduttive*, in *Liber amicorum Guido Alpa*, F. CAPRIGLIONE (a cura di), Milano, 2019, 456. Significativa è, in particolare, la dir. 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori.

risparmio, evidenziando la stretta correlazione fra contratto (*i.e.*, “prodotto”) e attività (e organizzazione) d’impresa⁶¹.

⁶¹ Cfr. A. NIGRO, *Presente e futuro della trasparenza bancaria*, cit., 361.