

FACOLTA' DI ECONOMIA

CORSO DI LAUREA IN ECONOMIA E DIREZIONE DELLE IMPRESE

Tesi di laurea in Diritto degli intermediari e dei mercati finanziari

“L’AUTOREGOLAZIONE NELLA REALTA’ FINANZIARIA”

RELATORE
CHIAR.MO
FRANCESCO CAPRIGLIONE

CANDIDATO:
GIANLUCA FIORANELLI
MATR. N° 628441

CORRELATORE
CHIAR.MO
RAFFAELE LENER

ANNO ACCADEMICO 2010/2011

INDICE

INTRODUZIONE Pag. 7

CAPITOLO 1

Origini e fundamenta del processo di autoregolazione

1.1 L'evoluzione della normativa economico-finanziaria e tendenza al rinnovamento dei criteri ordinatori della disciplina speciale. Pag. 12

1.2. Il superamento della “statualità del diritto” Pag. 20

1.3. Il processo di delegificazione Pag. 26

1.4. Portata e prospettive dei processi di autoregolazione Pag. 34

CAPITOLO 2

Le forme dell'autoregolazione

- 2.1. Autodisciplina di settore e normazione secondaria: il ruolo e la natura giuridica delle autorità di settore Pag. 39
- 2.2. Segue: le autorità di settore e il problema della loro indipendenza Pag. 47
- 2.3. La procedura di “consultazione preventiva” Pag. 52
- 2.4. I codici di autodisciplina Pag. 58
- 2.5. Il Codice di comportamento del settore bancario e finanziario adottato dall'ABI Pag. 64
- 2.6. I “frameworks di global regulators”. Dalle guidelines di “soft law” all'enforcement del recepimento negli Stati membri Pag. 68

CAPITOLO 3

Opportunità e limiti dell'autoregolamentazione in ambito bancario e finanziario

- 3.1. la partecipazione al processo di formazione delle regole ed il cambiamento della disciplina speciale Pag. 74
- 3.2. Segue: le implicazioni nel rapporto tra potere politico e società civile Pag. 81
- 3.3. L'incidenza sull'identificazione di soluzioni alternative delle controversie in ambito bancario e finanziario Pag. 87
- 3.4. Innovazione delle tipologie contrattuali Pag. 95
- 3.5. Segue: Le implicazioni del processo di *information technology* sulla disciplina dei contratti Pag. 102

CAPITOLO 4

Le modalità applicative dell'autoregolazione nel progetto "Pattichiari"

4.1. L'obiettivo	Pag. 109
4.2. Il Consorzio	Pag. 112
4.3. Modalità di adesione	Pag. 117
4.4. La comunicazione	Pag. 119
4.5. Il sostegno dei consumatori	Pag. 121
4.6. Il Roadshow nelle città: l' <i>Experience marketing</i>	Pag. 123
4.7. La formazione del personale	Pag. 124
4.8. Le iniziative	Pag. 126
4.8.1. Risparmio	Pag. 127
4.8.2. Credito	Pag. 130
4.8.3. Servizi	Pag. 132

CONCLUSIONI	Pag. 135
BIBLIOGRAFIA	Pag. 139
ALLEGATO 1. Circolare ABI del 22/01/2006	Pag. 149

Introduzione

1. Il lavoro si incentra sull'autoregolazione del mercato finanziario, un tema che, da sempre, suscita molto interesse tra gli studiosi e gli esperti del settore finanziario.

Pur essendo un argomento relativamente recente, che ha conosciuto uno sviluppo esponenziale soprattutto negli ultimi decenni del secondo millennio, è evidente come i mercati finanziari siano soggetti, oramai, ad una continua attività di autodisciplina, mediante la quale si tenta di creare regole e principi che permettano agli operatori del sistema di svolgere nel migliore dei modi il loro mandato nei confronti dei consumatori dei servizi creditizi e finanziari.

E sono proprio gli stessi consumatori che - vittime dei recenti scandali finanziari che hanno coinvolto migliaia di famiglie nel nostro Paese (si pensi al default del debito pubblico argentino, al crac delle società Cirio e Parmalat) - hanno messo al vaglio l'intero settore dell'intermediazione, evidenziando lacune e carenze per quanto riguarda la regolamentazione.

Ed invero, il venir meno della fiducia dei risparmiatori è causa di una crisi generale del sistema finanziario, che fa emergere l'esigenza - e soprattutto, a mio avviso, la necessità - di riformulare l'intero rapporto che lega gli investitori e gli intermediari che operano nei mercati finanziari.

“Regolare”, “non regolare”, “come regolare”, “perché regolare” sono domande sempre più frequenti tra gli addetti ai lavori (e non solo) e sono causa di accese polemiche e discussioni. Da qui l’esigenza di spiegare che cos’è l’autoregolazione e da dove essa origina, incipit di un itinerario di analisi volta a divenire la realtà giuridico-economica nella quale viviamo.

L’autoregolazione (o autoregolamentazione) è una forma disciplinare del mercato finanziario (e non solo) che riconosce spazi d’intervento nella formazione delle regole a coloro che agiscono nei mercati stessi. A fondamento di tale processo vi è, dunque, la volontà di creare un nuovo paradigma dispositivo che dia centralità alle forme di organizzazione ed alle modalità operative degli intermediari.

Essa è connessa all’affermazione di un “nuovo ordine” del mercato, di una logica che, come sostiene Natalino Irti, *“qualifica il mercato non più come luogo economico, ma bensì come istituto giuridico, affidato alla benefica spontaneità degli interessi”*; attribuisce importanza al ruolo svolto dall’autonomia privata, concretizzando l’opportunità e la possibilità di un diritto di formazione spontanea, che nasce dal basso, e si fonda non più sull’autorità, ma sul consenso e sulla prassi nella creazione e nell’attuazione delle norme giuridiche.

2. L’autodisciplina ha assunto, con il corso degli anni, un ruolo cruciale, concretizzandosi in un articolato corpus normativo che, muovendosi parallelamente alle leggi ordinarie, le sviluppa, le amplia e le integra. Ed invero, ai tradizionali modi di produzione delle norme si affiancano, sempre di più, meccanismi che provengono dalla società civile, capaci di impostare regole altrettanto vincolanti di quelle prodotte dal Parlamento.

L'indagine sulle forme disciplinari che regolano il mercato finanziario deve necessariamente considerare la crisi della "statualità del diritto", il venir meno dell'esclusiva potestà dello Stato nella creazione di norme giuridiche (sulle quali si devono conformare i comportamenti dei cittadini).

Il superamento della pregressa modalità di produzione normativa ha inciso profondamente sul sistema delle fonti del nostro ordinamento, dando vita così ad un "nuovo ordine" delle medesime, nel quale ai provvedimenti normativi di origine statale (leggi ordinarie, decreti legislativi, decreti legge...) si affiancano quelli dettati dalle autorità di settore (Banca d'Italia, Consob, Isvap, Antitrust), contenuti nei codici di autodisciplina (elaborati dalle associazioni di categoria ed, infine, adottati da organismi internazionali).

La peculiarità ed il tecnicismo che contraddistingue da sempre l'attività bancaria e finanziaria evidenzia, peraltro, le modalità in cui deve spiegarsi il generale mutamento delle condizioni che governano lo svolgimento economico. Quest'ultimo necessita di forme regolamentari orientate alla flessibilità ed alla semplificazione e, dunque, indirizzate verso schemi di regolazione caratterizzati dalla particolare snellezza delle tecniche impiegate nella predisposizione delle norme.

L'obiettivo prioritario è, per vero, quello di realizzare forme di trasparenza nei rapporti negoziali e di evitare che la normativa si traduca in criteri statici, contrari ovviamente ad un settore (quello finanziario) in fieri, al centro di incessanti mutamenti e continue alterazioni.

3. In tale contesto logico va ricercato il quadro concettuale di riferimento che proverò ad analizzare e sviluppare in profondità con il presente lavoro.

Il percorso seguito tende, in primo luogo, a rivisitare le tappe fondamentali da cui origina il processo di autoregolazione; viene analizzato, quindi, il superamento della “statualità del diritto” nonché l’evoluzione disciplinare (a tale evento successiva) che ha trovato esplicazione sia a livello interno che comunitario. In particolare, ci si sofferma sul ruolo svolto dal meccanismo della delegificazione (ampiamente utilizzato in ambito bancario) ed, inoltre, sulle implicazioni del riconoscimento di un diritto di accesso ai documenti amministrativi previsto dalla legge n. 241 del 1990.

Vengono, poi, in considerazione le varie modalità di autoregolazione, divenute fondamentali nel processo di formazione dell’apparato disciplinare. Da qui la riferibilità agli interventi delle autorità di settore, alle previsioni normative dei codici di autodisciplina e della “consultazione preventiva” introdotta con la legge n. 262 del 2005 e, soprattutto, ai meccanismi di “soft law” che rivestono un ruolo sempre più significativo *in subiecta materia*.

Da ultimo, sono stati valutati gli effetti generati dal fenomeno in esame, dedicando parte della ricerca ad una iniziativa fortemente voluta dall’Associazione Bancaria Italiana (ABI): il progetto Pattichiari. Si sono, in tal modo, analizzate le concrete conseguenze dell’autoregolamentazione a livello di implementazione delle forme di trasparenza operativa; ciò nel riferimento ai numerosi dubbi e problemi che la crisi degli ultimi anni ha evidenziato.

Più in particolare, la valutazione del progetto Pattichiari, concepito come una forma di autoregolazione sviluppatasi per riscrivere il rapporto tra banche e clienti, ha consentito di puntualizzare i benefici effetti di tale iniziativa (che tuttora presenta un favorevole eco nel mercato) nonostante

la profilatura di alcuni limiti rivenienti essenzialmente dalle asimmetrie riscontrabili in materia.

CAPITOLO 1

ORIGINI E FONDAMENTA DEL PROCESSO DI AUTOREGOLAZIONE

1.1. L'evoluzione della normativa economico-finanziaria e la tendenza al rinnovamento dei criteri ordinatori della disciplina speciale

1. L'affermazione di una nuova tendenza che reputa il mercato come un vero e proprio istituto giuridico - e non più soltanto come un luogo economico¹- va collocata nell'ambito dei profondi mutamenti della realtà giuridico-economica verificatisi nel nostro Paese dagli anni Settanta in poi. Si attribuisce, pertanto, nuova linfa al ruolo del mercato, considerato quale catalizzatore della spontaneità degli interessi che si manifestano nella collettività. E proprio in questa nuova dimensione si gettano le basi per un diritto di formazione spontanea, che nasce dal basso e che si ispira a principi quali il consenso e la prassi nella creazione delle regole giuridiche.

In tale contesto si manifesta, d'altro canto, l'esigenza di comprendere il ruolo giocato dalla norma e di valutare in che modo essa abbia assistito l'evoluzione dei processi in atto, condizionandone, se nel caso, gli effetti.

¹ Cfr. IRTI N., *Codice Civile e società politica*, Bari, 1995, p. 65; ID., *Scambi senza accordo*, in *Riv. tri. dir. e proc. civ.*, 1999, I, p. 24.

Per tal via, a partire dagli anni Ottanta si ricercano formule e provvedimenti legislativi finalizzati a correggere le contraddizioni e le distorsioni di un sistema impermeabile agli impulsi generati dal mercato².

Negli ultimi decenni del Novecento, nel settore economico e finanziario si registra una progressiva riduzione della consistenza delle fonti di normazione primaria; realtà, la cui *ratio* va individuata nel riferimento alla particolare esigenza di flessibilità disciplinare, richiesta sia per la definizione dei rapporti tra i soggetti di tale ordinamento, sia per attuare una pronta conformazione degli assetti strutturali e funzionali dei medesimi alle modifiche della realtà economica.

A ciò aggiungasi che si versa in presenza di regole le quali - presupponendo un'ampia disponibilità da parte dell'Amministrazione a recepire i suggerimenti provenienti degli intermediari - lasciano intravedere capacità di semplificazione delle tecniche procedimentali. Diviene concretamente auspicabile, quindi, realizzare forme di trasparenza nei rapporti negoziali, nonché di "sburocratizzazione" cui pervenire previa l'adozione degli atti dispositivi di cui trattasi, arrivando così ad un migliore raccordo tra azione autoritativa e controllo.

Tale orientamento alla flessibilità ed alla semplificazione disciplinare, che si concreta in tecniche di regolazione caratterizzate da snellezza operativa, ha per scopo ultimo l'obiettivo di evitare che la normativa si traduca in

² A riguardo in maniera specifica GANDOLFI G., *La concorrenza nel settore bancario italiano*, Roma, Bancaria Editrice, 2002, p. 18. Mercati più dinamici e competitivi e continui fermenti organizzativi sono i fattori che caratterizzano oggi il sistema finanziario italiano, dopo un lungo periodo fortemente regolamentato e troppo spesso distante dalle logiche di mercato e di efficienza produttiva.

schemi statici, contrari ad un settore come quello finanziario, oggetto di continue alterazioni³.

In tale contesto, dunque, merita particolare attenzione il tema “dell’obiettivazione del diritto”, per tale intendendo il processo che assolve la funzione di collegare le prescrizioni legislative di un ordinamento giuridico alle esigenze culturali ed ai bisogni (peraltro fortemente variabili con il passare degli anni) che si manifestano nei soggetti che fanno parte di una società⁴. Si determinano, così, ampi vuoti legislativi nonché una costante obsolescenza delle norme prodotte dallo Stato; ed invero, i rapporti posti in essere dai singoli (in qualsiasi momento della loro vita sociale) sono talmente numerosi, articolati e, per di più, in continua evoluzione che qualsiasi apparato statale - o per negligenza o per incapacità - non può prevederli tutti, trovandosi così, di conseguenza, impossibilitato a fornire ad essi norme giuridiche cui riferirsi.

Consegue, in quest’ottica, lo specifico rilievo ascrivibile al fenomeno dell’autoregolamentazione, la cui *ratio* è quella di attribuire potere nella produzione delle regole agli organismi di natura privatistica - espressione degli intermediari che operano nel mercato - in quanto ritenuti capaci ed esperti nel comprendere le esigenze del mercato stesso.

2. Da logica dell’autoregolazione, il rapido trasformarsi dei mercati finanziari - frutto di innumerevoli fattori congiunturali quali lo sviluppo tecnologico, la globalizzazione e la crescita dei flussi monetari affidati ad investitori specializzati - evidenzia come sia assolutamente controindicato

³ In generale sull’argomento CAPRIGLIONE F., *L’ordinamento finanziario italiano*, Padova, Cedam, 2010, vol. I, p. 30.

⁴ A proposito ROMANO S., *L’ordinamento giuridico ed il sistema positivo della giurisdizione costituzionale in particolare*, Milano, Giuffrè Editore, 1961, p. 12.

ingessare la disciplina in materia di intermediazione finanziaria sotto il manto rigido della legge formale. Conformare i contenuti delle norme all'evoluzione delle prassi di mercato risulta essere il *dictat* da seguire. Solamente percorrendo tale via, infatti, si possono realizzare forme di adeguata tutela dei risparmiatori (tutela prevista a livello costituzionale) nonché un efficiente funzionamento dei mercati stessi.

Un autorevole studioso sostiene al riguardo che *“nel settore finanziario si sta cercando sempre più di affiancare ad una attività di vigilanza pubblica degli organismi di autodisciplina, cui viene lasciata libertà di definire un quadro normativo dotato delle necessarie caratteristiche di flessibilità per non ostacolare (ed anzi incentivare) le potenzialità concorrenziali dei mercati. La soluzione in questione può essere definita come una tecnica normativa mista, capace di coniugare i vantaggi della disciplina statuale, garante dei principi essenziali comuni a tutti, con i vantaggi di una disciplina elastica che sia in grado di recepire prontamente le sollecitazioni innovative del mercato”*.

A parte alcuni indiretti riferimenti normativi contenuti negli interventi legislativi degli anni Settanta, è negli anni Novanta che viene avviato a soluzione il processo di riconoscimento del fenomeno dell'autoregolazione nell'ordinamento finanziario. Grande importanza rivestono, in tal senso, sia il Decreto legislativo n. 415 del 23 luglio 1996, meglio noto come legge Eurosim, sia la Delibera della Consob n. 10943 del 30 settembre 1997, definita “Regolamento sulla prestazione dei servizi d'investimento e dei servizi accessori”.

Mediante la legge Eurosim viene concesso, per la prima volta in Italia, il potere di organizzare e gestire i mercati regolamentati di strumenti

finanziari ad imprese che presentano la forma di società per azioni; riconoscendo natura imprenditoriale a tale attività, si supera il previgente orientamento pubblicistico di organizzazione e gestione dei mercati. La menzionata delibera della Consob, d'altro canto, stabilisce che i soggetti che svolgono attività di intermediazione sul mercato finanziario debbano dotarsi di un proprio codice di condotta.

Il tema dell'autoregolamentazione degli intermediari finanziari è stato oggetto di ampio dibattito a livello europeo. Si registrano, in tal senso, numerose iniziative di autodisciplina: il "Consumer credit act" ed il "Banking act" in Inghilterra, "La chartes de services bancaires de base" in Francia sono solo alcuni degli atti di autoregolazione realizzati nei diversi paesi europei, tutti mirati alla finalità di migliorare il rapporto tra banca e cliente e di adeguare la normativa interna a *standard* internazionali ritenuti imprescindibili.

Un ruolo determinante ha giocato, a partire dalla fine degli anni Settanta del Novecento, il diritto comunitario, il quale ha recato un significativo contributo al sistema disciplinare dei rapporti bancari e finanziari, riportandone la definizione ed i contenuti al processo di integrazione economica europea e, dunque, alle indicazioni formulate dalle numerose direttive nel tempo adottate dalla comunità.

Ne consegue che il sistema delle fonti normative risulta essere indirizzato sempre più verso forme di apertura nel recepimento delle istanze provenienti dalla realtà economica e sociale⁵. Non a caso, l'articolo 2 del

⁵ Cfr. per tutti in argomento ALPA G. e CAPRIGLIONE F., *Diritto bancario comunitario*, Torino, Utet, 2002, nel quale l'analisi della direttiva n. 2000/12/CE fa da presupposto nella disamina del processo di

TUF (“Testo unico in materia di intermediazione finanziaria”) tratta proprio i rapporti con il diritto comunitario sancendo che “*il Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, la Banca d’Italia e la Consob esercitano i poteri loro attribuiti in armonia con le disposizioni comunitarie, applicano i regolamenti e le decisioni dell’Unione Europea e provvedono in merito alle raccomandazioni concernenti le materie disciplinate*”.

L’avvento della globalizzazione e del mercato libero fa da sfondo ad un nuovo scenario socio-economico mondiale: la società si autoregola, l’ambiente muta per mezzo di direttive vincolanti, rispettate in quanto fondate su nuovi meccanismi incentivanti, e non più sul tradizionale potere impositivo. Si delinea, progressivamente, un nuovo tipo di relazionalità mondiale senza precedenti: questa è mossa da ingenti interessi economici e porta alla costituzione di una nuova realtà globale⁶. Il mercato si espande, i confini si allargano, si tende “all’identità transnazionale”; si moltiplicano i movimenti di capitali tra Stato e Stato, assumono rilevanza i trasferimenti di denaro, gli scambi di moneta. Il concetto di popolo si modifica, si consentono scambi culturali, si influenza e si viene influenzati nello stesso tempo dai soggetti con cui ci si confronta quotidianamente⁷.

internazionalizzazione dei sistemi finanziari dei paesi comunitari e, dunque, nella valutazione dei principi base del diritto bancario europeo.

⁶ Si veda HELD D. e MC GREW ANTHONY, *Globalismo ed antiglobalismo*, Bologna, Il Mulino, 2010. L’attuale dibattito sulla globalizzazione si caratterizza per l’estrema varietà di posizioni, riguardanti sia la definizione del concetto in questione, sia l’analisi del fenomeno e la valutazione delle sue implicazioni sociali, economiche, politiche e culturali.

⁷ Si rinvia a LA PORTA U., *Globalizzazione e diritto. Regole giuridiche e norme di legge nell’economia globale. Un saggio sulla libertà di scambio e sui suoi limiti*, Napoli, 2005.

La spontaneità del divenire, presupposto delle società globalizzate, riguarda, inoltre, anche l'ambito giuridico. Le società, infatti, evolvendosi in modo spontaneo e naturale, provano a porre in essere regole giuridiche adatte a regolamentare tale tipo di evoluzione. Lo Stato si ritrova, quindi, a confrontarsi con "nuove forme normative", con poteri disciplinari che si affermano a livello internazionale. E' il caso, per esempio, dell'Unione Europea, di cui il nostro Paese fa parte, nella quale trova crescente spazio l'intervento di organi centrali che operano al di sopra degli Stati membri con potestà di regolamentazione diretta, applicabile a tutti i paesi dell'Unione senza il filtro dei poteri statali (fermi restando le limitazioni poste dagli ordinamenti costituzionali di questi ultimi).

Nascono, così, organizzazioni di livello planetario come il Fondo Monetario Internazionale, la Banca Mondiale, l'ONU, la NATO, in grado di offrire idonee garanzie per il supporto delle esigenze di un ordinamento economico-finanziario di dimensione globale. La qualifica tecnica dei rappresentanti in seno a tali organismi e le consuetudini di rapporti tra autorità consente la realizzazione di accordi in tempi relativamente rapidi e coerenti con le richieste postulate dall'evoluzione del mercato.

Parallelamente alla nascita di tali organizzazioni internazionali, si formano agenzie che si occupano di controllo: ci si riferisce in particolare a quelle di rating, che danno vita ad una modalità di autoregolazione del mercato finanziario che appare molto significativa, specie a livello europeo.

Tali agenzie, di cui le principali sono Moody's e Standard & Poor, rappresentano istituzioni specializzate che svolgono la funzione di attribuire un determinato livello di rischio alle varie società che operano in campo finanziario: il rischio di mercato. Esse, cioè, valutano il grado di

solvibilità delle imprese e, per fare questo, utilizzano una suddivisione per categorie, elaborando una scala che distingue tra investimenti non speculativi e speculativi.

Tutto ruota attorno all'incentivazione e alla fiducia reciproca. La verifica della regolarità di queste operazioni viene effettuata dagli stessi paesi membri, perché tutti, nessuno escluso, hanno interesse al funzionamento di tale meccanismo ed alla conservazione di una reciproca fiducia. Solo così si può creare un sistema incentrato sul rispetto, sulla partecipazione attiva, su regole che originano dall'incontro di volontà degli aderenti stessi. Un sistema, peraltro, in cui la certezza della sanzione è presupposto di stabilità e trasparenza.

Tale modalità di gestione spontanea ed autonoma trova terreno fertile nell'apertura dei mercati. Si tratta, infatti, di una naturale risposta data dalla società alla necessità di regolamentare in modalità innovative il contesto internazionale. E' proprio questa la via che si sta seguendo, nella disciplina comunitaria, anche in ambito bancario: si prevede, infatti, la possibilità per le banche di fare ricorso ai propri modelli interni di valutazione dei rischi per il calcolo dei requisiti patrimoniali. Tecnica che la dottrina definisce come "enforced self-regulation", ossia autoregolazione coatta⁸.

⁸ In particolare le considerazioni di AYRES I. e BRAITHWAITE J., *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*, New York-Oxford, 1992, p. 101 ss.

1.2. Il superamento della “statualità del diritto”

La dottrina da tempo ha definito lo Stato come “*un ‘entità giuridica e politica sovrana, costituita da un territorio, da una popolazione che lo occupa e da un ordinamento giuridico attraverso cui la sovranità viene esercitata*⁹”; esso, quindi, si identifica sia con il potere che regola una nazione, sia con la struttura che supporta l’applicazione delle decisioni dello stesso. A tale criterio è riconducibile l’obbligo dei cittadini di conformarsi alle norme adottate dallo Stato.

Nei paesi evoluti, la creazione del complesso dispositivo codificato – vale a dire delle regole oggettive di comportamento su cui fondare un’ordinata convivenza – è stata a lungo prerogativa esclusiva degli organi legislativi dello Stato. Dagli anni Cinquanta ad oggi si assiste, infatti, ad una produzione spropositata di leggi, con l’evidente obiettivo di riportare in un alveo disciplinare ogni possibile rapporto posto in essere tra cittadini; donde la conseguente possibilità per gli organi giurisdizionali di intervenire in caso di mancato rispetto delle prescrizioni normative.

L’attività di regolazione è considerata, peraltro, facoltà riservata in via esclusiva allo Stato, nonché agli enti da questo autorizzati. In tal senso va letto il riferimento a provvedimenti di “emanazione statale”, che ricomprendono non soltanto le leggi promulgate dai competenti organi previsti dalla Costituzione, ma anche le prescrizioni normative elaborate da

⁹ Definizione tratta dal Dizionario della lingua italiana *Il Sabatini Coletti*.

enti pubblici territoriali che hanno ricevuto l'abilitazione da parte dello Stato.

Centrale in tale contesto è l'approfondimento delle motivazioni che hanno attribuito priorità assoluta allo Stato nel processo di formazione del diritto. Si comprende la ragione per cui Cesarini Sforza afferma che *“la superiorità statale consiste non nella negazione delle altre possibili fonti del diritto, ma bensì nell'essere lo Stato quell'ente che applica la parte più grande e più importante di questo diritto¹⁰”*.

Allo Stato soltanto è concesso di emanare norme giuridiche, essendo l'unica entità cui tale potere viene attribuito dalla Costituzione e, dunque, il solo che può fare ricorso alla forza fisica per garantirne il rispetto¹¹. Lo Stato si dota di un apparato coercitivo e sanzionatorio capace di comminare punizioni in caso di violazione delle regole; ciò permette, inoltre, di rendere “effettivi” gli interventi da esso posti in essere.

Sempre in quest'ordine di idee – a suffragio di tale visione statalista – va inquadrato il tema del rapporto tra diritto oggettivo e diritto soggettivo. Al diritto si attribuisce carattere oggettivo quando coloro che determinano i procedimenti normativi si trovano su di un piano superiore rispetto ai singoli individui e le norme da questi elaborate sono rivolte indistintamente a tutte le persone che compongono la società. Il diritto denota carattere soggettivo, invece, quando è riconducibile a fonti di autonomia privata ed identifica tutte quelle prescrizioni che non possono riguardare la generalità

¹⁰ Cfr. CESARINI SFORZA W., *Il diritto dei privati*, Milano, Giuffrè Editore, 1963, p. 10.

¹¹ A riguardo BOBBIO N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994. Peculiarità di tale sistema è, dunque, il netto distacco tra tali regole e quelle morali, etiche, religiose che innervano il tessuto sociale e che non possono avvalersi di tale fonte di effettività.

degli individui perché sono poste in essere per perseguire interessi di parte o, comunque, non sono riconosciute da tutti come regole a cui attenersi.

Pertanto, ciò che qualifica in senso giuridico un rapporto è il suo inquadramento sulla base di norme oggettive, laddove la mera riferibilità al diritto soggettivo non consente di pervenire ad analoga conclusione.

Produzione normativa imponente, migliore apparato di coordinamento dal punto di vista funzionale, nonché imposizione coattiva delle leggi sono, dunque, i tratti essenziali di quella concezione che ritiene l'ordinamento statale l'unico dotato di giuridicità. Concezione questa che, peraltro, è stata fortemente messa in dubbio con l'entrata in crisi del paradigma su cui si fonda il positivismo giuridico moderno, il quale reputa l'unità del diritto quale elemento fondamentale della sovranità statale¹².

Ed invero, a fronte del venir meno di ogni spinta dirigistica in campo bancario e finanziario, si individua, a livello generale, una incrinatura (o più esattamente: una sorta di superamento) del dogma della statualità del diritto; incrinatura attuata mediante il ricorso a forme di regolamentazione "extrastatale" già indicate, in tempi lontani, da un'insigne dottrina tra gli aspetti caratterizzanti la fisionomia del nostro diritto civile¹³. In questa prospettiva si registra un indebolimento delle fonti di diritto formale e, parallelamente, un notevole impulso alla legittimazione della facoltà normativa concessa alle autorità amministrative indipendenti, destinatarie

¹² Tra gli altri BALLEY M., *Le droit comme terra incognita: conquerrir et construire le pluralisme juridique*, in *Rev. Canadienne droit et société*, 1997, p. 1 ss., ove i problemi connessi all'impianto di un policentrismo giuridico, legato ai processi di globalizzazione, vengono analizzati alla luce delle passate esperienze dei sistemi incentrati sulla sovranità degli Stati.

¹³ Cfr. VASSALLI F., *Extrastatalità del diritto civile*, ora in *Studi giuridici*, III, 2, Milano, 1960, p.754 ss.

di una concreta delega, da parte della politica, alla regolazione di specifici settori dell'ordinamento¹⁴.

L'ipotesi di un indebolimento della statualità del diritto può dirsi frutto, dunque, sia delle spinte verificatesi a livello europeo a favore dell'autoregolazione sia, soprattutto, di una mutata concezione, formatasi nel corso degli anni, che riconosce agli operatori del mercato finanziario la possibilità di disciplinare un settore tecnico ed in continua evoluzione. Legittimando organismi diversi dallo Stato ad esercitare il potere di regolazione si assiste, quindi, all'affermazione di un principio di parità tra Stato e società civile¹⁵.

Consegue che gli elementi fondativi della struttura statale perdono la propria identità, si snatura quel "contratto sociale" con il quale il popolo aveva rinunciato alla propria libertà, accettando un potere sovrano, riconosciuto dalla collettività. L'inadeguatezza dell'apparato statale fa emergere l'esigenza di regolare autonomamente i propri interessi e soddisfare i propri bisogni. Di fondo a tale realtà vi è il tacito convincimento che lo Stato è "lento", incapace di far fronte tempestivamente alle nuove esigenze in atto, inadatto a tenere il passo ai continui mutamenti che avvengono nelle diverse sfere economiche e sociali, soprattutto in società industrializzate ed internazionalizzate come le nostre.

¹⁴ A proposito LOBUONO M., *Deregulation dei mercati finanziari e processi di autoregolamentazione*, in *Banca, impresa, società*, 1990, p. 216.

¹⁵ Cfr. CAPRIGLIONE F., *Amministrazione e autoregolazione del mercato finanziario*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 70. La tendenza ad autodisciplinarsi rappresenta, inoltre, per i soggetti che vi operano, un elemento in base al quale si può avere un migliore valutazione del mercato.

La forza impositiva dello Stato lascia il campo a disposizioni frutto di accordi, patteggiamenti, in cui si palesa l'incontro tra interessi diversi della comunità. Ne discende una logica, la cui *mission* è quella di cogliere i segnali provenienti dal mercato che svolge un ruolo catalizzatore degli interessi in campo e finisce col dar vita ad un diritto di formazione spontanea, basato su regole dotate di "effettività non coercitiva"¹⁶.

La preminenza dello Stato nell'applicazione del diritto si trasfonde, a livello concettuale, nel monopolio (teorico) della sua creazione. Lo Stato non può essere, peraltro, ritenuto il solo creatore di norme: sarebbe un grave errore, infatti, ritenere che al medesimo debba essere ricondotta l'innumerabile quantità di prescrizioni giuridiche che regolano il comportamento degli individui.

In tale ordine di idee origina e si sviluppa la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, in base alla quale in ogni società civile si realizzano rapporti di comando e di obbedienza simili a quelli che intercorrono tra lo Stato ed i suoi cittadini; rapporti che ricevono, tuttavia, la giuridicità da ordinamenti che si formano al di fuori dell'orbita statale. Parte autorevole della dottrina, rinviene nella stessa Costituzione il fondamento giuridico di tale teoria. L'articolo 2, infatti, recita che "*La repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*"; in definitiva si attribuisce valore alle formazioni sociali, "portatrici di interessi e fini

¹⁶ In generale CATANIA A., *Metamorfosi del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

propri” che non devono essere fatti coincidere necessariamente con quelli di tutta la collettività generalmente intesa¹⁷.

Questi ordinamenti possono, inoltre, essere suddivisi in originari e non originari. Originari sono quelli che si possono ritenere indipendenti, in quanto non mostrano legami o vincoli con le norme di un altro ordinamento, mentre, invece, si qualificano come non originari quelli che presentano collegamenti e relazioni di dipendenza con norme di un ordinamento superiore o sono, addirittura, frutto di quello stesso ordinamento.

Al di là di questa classificazione puramente teorica, preme sottolineare come tali ordinamenti godano di un elevato grado di autonomia ed autorità: le persone che ne fanno parte riconoscono nelle regole, elaborate in sedi diverse da quella statale, prescrizioni da rispettare ed a cui conformare i propri comportamenti; e ciò anche nella consapevolezza che si versa in presenza di normativa diversa dalla legislazione di emanazione statale.

Si addivene così alla delegittimazione del monopolio statale nella creazione delle norme; accettandosi, di conseguenza, che il processo di formazione delle regole possa essere ispirato al principio del “libero consenso”¹⁸.

¹⁷ Tra le opere in materia AMBROSINI G., *La pluralità negli ordinamenti giuridici nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, Giuffrè Editore, 1973, t. 1, p. 6.

¹⁸ Per un approfondimento si veda MANZELLA G. P., *Brevi cenni sulla regulatory negotiation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, p. 274 ss., ove detta tendenza partecipativa è raccordata alla caratterizzazione dei moderni sistemi amministrativi.

1.3. Il processo di delegificazione

Nell'ambito di un ambizioso progetto di miglioramento della qualità normativa o "better regulation", grande importanza riveste lo strumento della delegificazione, utilizzato dal legislatore per fini di semplificazione delle regole.

Secondo il Lavagna, *"il processo di delegificazione consiste nel decongestionare il Parlamento da attività superflue e comunque non consone alle funzioni che esso dovrebbe svolgere in una moderna democrazia, mediante il ricorso ad una legge, quale legge "tipica", avente per disposto il trasferimento di certe discipline dalla sede legislativa a quella regolamentare¹⁹".* Si sottolinea, dunque, il potere del legislatore di affidare determinate materie - quelle non protette da riserva assoluta di legge - alla competenza normativa dell'organo esecutivo (il Governo), con conseguente abrogazione delle norme di legge e loro sostituzione da parte di norme di rango secondario, definite regolamenti.

L'istituto della delegificazione rappresenta, di per sé, uno strumento neutro, poiché non tende a deflazionare né il numero di fonti né il numero di norme presenti nell'ordinamento. Esso consente, inoltre, lo svolgimento di un'attività diretta dal Governo in ben definiti ambiti disciplinari, attività ritenuta particolarmente rapida e flessibile, tale da consentire una riduzione del lavoro del Parlamento, spesso oberato da atti di produzione normativa di scarsa importanza e di carattere specificatamente analitico.

¹⁹ Cfr. LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1979, IV edizione, p. 368.

E' importante distinguere la delegificazione da altri fenomeni, apparentemente simili, che riguardano il settore dell'intermediazione finanziaria, quali la deregulation, la denazionalizzazione e la deburocratizzazione. La deregulation consiste nella riduzione dell'intervento pubblico nell'economia. La denazionalizzazione, invece, si verifica allorchè lo Stato, già titolare di un'impresa o di un'attività, decide di affidarla ai privati. Il fenomeno della deburocratizzazione, infine, si propone il fine ultimo di rendere più agile ed efficiente la Pubblica Amministrazione, mediante l'eliminazione di norme superflue che appesantiscono, inutilmente, i procedimenti amministrativi²⁰.

Le origini della *self regulation* si possono far risalire al periodo tra il XII ed il XIV secolo, allorchè le attività di scambio dei mercanti avvenivano nell'ambito di fiere - organizzate dagli stessi mercanti - in cui le merci venivano negoziate a termine, con pagamenti differiti, garantiti da regole imposte dalla fiera. A tale periodo storico risale, infatti, la nascita della *lex mercatoria*, un sistema di regole di tipo consuetudinario, nato in forma spontanea tra gli appartenenti a determinati settori commerciali, con il fine di regolamentare rapporti contrattuali ed extracontrattuali che presentano elementi di internazionalità.

Più in particolare, la *lex mercatoria* trae origine dallo sviluppo delle relazioni commerciali internazionali che caratterizza il basso medioevo. Le mutate condizioni sociali e la fine dell'economia curtense favoriscono uno sviluppo dei commerci interstatuali, in relazione ai quali risulta necessario trovare uno strumento giuridico più agile dello *ius civile* di derivazione

²⁰ In proposito le considerazioni di MARTINES T., *Diritto pubblico*, Milano, 1990, p. 14. La possibilità di procedere ad una delegificazione più o meno ampia dipende, ovviamente, dall'ampiezza dei poteri normativi conferiti agli organi a favore del quale si delegifera.

romanistica. Per questo motivo si dà vita ad un nuovo diritto oggettivo sovranazionale, denominato *ius mercatorum*, basato sulla reciproca accettazione delle condizioni in esso stabilite, da parte degli operatori commerciali.

A seguito degli studi di Adam Smith si supera l'ottica protezionistica che precedentemente aveva comportato il declino della *lex mercatoria*²¹. L'abbattimento dei dazi all'interno degli Stati nazionali e la creazione delle prime unioni doganali favorirono, infatti, uno sviluppo senza pari dei commerci internazionali, dando quindi adito ad un massiccio recupero delle antiche norme dello *ius mercatorum*.

Principale riferimento giuridico *in subjecta materia* si rinviene nella legge n. 400 del 1988 - che ha risistemato la materia, in precedenza disciplinata dalla legge n. 100 del 1926 la quale (promulgata quando era ancora vigente lo Statuto albertino) non prevedeva la possibilità per il Parlamento di emanare deleghe al Governo per l'esercizio della funzione legislativa.

²¹ Nel passaggio dal Medioevo all'età moderna lo sviluppo di una classe di produttori-mercanti, interessata all'espansione del proprio mercato, si accompagna al superamento della forma comunale e ad una evoluzione verso quella che sarà poi il modello "definitivo" degli Stati nazionali. Il diritto dell'economia in questa fase si trasforma da un diritto naturale a un diritto positivo costruito dallo Stato. Ne consegue che il bene comune non è più derivato dalle regole naturali dello svolgimento dei rapporti sociali, bensì è stabilito dalla volontà del sovrano/Stato. Così inserita in una struttura politica statale, che fa della protezione e dello sviluppo dei commerci uno dei suoi principali obiettivi, la classe mercantile perde la sua capacità di essere fonte di elaborazione del diritto. Tale situazione determinò, come osservato da Adam Smith, la crisi del diritto della classe mercantile in quanto la protezione prevalse sull'incentivo e sullo stimolo all'innovazione. I nuovi produttori-mercanti della borghesia sentivano il peso crescente di una regolamentazione che, pur presentandosi protettiva nei loro riguardi, non consentiva loro di perseguire quella funzione economica che pure il diritto "statale" intendeva promuovere.

Nello specifico, il regolamento di delegificazione trova la sua definizione nell'articolo 17, comma 2, della legge n. 400/1988. Si autorizza, per tal via, il Governo ad emanare regolamenti capaci di disciplinare un'intera materia, derogando, modificando o abrogando norme primarie, purché operino in materie non coperte da riserva di legge assoluta; l'abrogazione, inoltre, deve essere disposta dalla legge autorizzatrice, a decorrere dal momento dell'entrata in vigore dei regolamenti stessi.

La teoria tradizionale qualifica i regolamenti come atti formalmente amministrativi, in quanto adottati da una pubblica amministrazione, ma sostanzialmente normativi, perché idonei ad innovare stabilmente l'ordinamento giuridico. In quest'ottica, i regolamenti presentano il carattere della *generalità* (intesa come indeterminabilità degli effetti dell'atto) dell'*astrattezza* (vista come capacità di disciplinare una serie infinita di casi) e dell'*innovatività* (considerata come l'attitudine ad immettere nuove norme nel tessuto ordinamentale)²².

Da segnalare che il fenomeno della delegificazione si sviluppa, sul piano delle concretezze, nel settore amministrativo, a seguito dell'istituzione della legge n. 241 del 7 agosto 1990, intitolata "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi". Ed invero, il diritto di accesso, come declinazione del principio di trasparenza dell'azione amministrativa, diventa principio generale dell'attività amministrativa, in ragione delle sua finalità di interesse pubblico (art. 22, comma 2).

²² In tal senso si rimanda alle osservazioni di CUCURACHI A., *La delegificazione nel processo di semplificazione normativa dell'ordinamento regionale*, regione Piemonte-Giunta regionale, Direzione affari istituzionali e avvocatura-Settore attività legislativa.

Si fa presente che il primo comma dell'articolo 22 della legge n. 241 sopracitata include nell'accesso la visione e la copia di un documento; inoltre, tra i soggetti attivi inserisce anche "i portatori di interessi pubblici o diffusi". A ciò aggiungasi la precisazione secondo cui la legittimazione all'accesso è data dalla titolarità di una posizione "giuridicamente tutelata" (e non più solamente rilevante), funzionalmente collegata al documento, mentre, l'interesse qualificato alla conoscenza dell'atto deve essere "diretto, concreto e attuale".

Deve, inoltre, trattarsi di atti che devono essere semplicemente detenuti da una pubblica amministrazione e riguardare, comunque, un'attività di interesse pubblico. Il concetto di pubblica amministrazione viene, quindi, esteso a ricomprendere anche i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative; specificandosi, infine, che l'accesso è esercitabile fino a che permane l'obbligo di detenzione dei documenti da parte della pubblica amministrazione destinataria della richiesta²³.

A tal riguardo, è stato osservato in dottrina che *"l'introduzione della legge n. 241 del 1990 ha fatto registrare, attraverso l'introduzione e la regolazione del diritto d'accesso, una sorta di depotenziamento correttivo della capacità d'intervento delle Autorità indipendenti"*²⁴. Ed invero, il legislatore, nel riconoscere prevalente valenza alla centralità dell'atto amministrativo, sottrae quest'ultimo alla sfera discrezionale dell'autorità. La motivazione degli atti presenta, in tale contesto, un più intenso legame

²³ Così NAPOLITANO A., *Commento breve alla riforma della legge 241/90*, art. 22.

²⁴ Cfr. CAPRIGLIONE F., *Il rapporto tra politica ed amministrazione*, Testo della Relazione svolta il 15 marzo 2007 al "Congresso giuridico per l'aggiornamento forense", organizzato dal Consiglio Nazionale forense, Roma. A ben considerare, tuttavia, sul piano delle concretezze si nota che la portata innovativa della legge n. 241 del 1990 trova un forte limite nelle deroghe previste dagli ordinamenti speciali di ogni settore.

al principio democratico, in quanto le attività delle amministrazioni indipendenti vengono ricondotte nell'ambito di un potere sindacabile. Più in generale, può dirsi che il loro intervento vede ridimensionata la propria ratio giustificatrice al solo nesso con la conoscenza (tecnica) e con la particolare expertise settoriale che qualificano degli organismi neutrali.

Centrale in questo contesto argomentativo diviene, allora, comprendere le motivazioni che sono alla base del ricorso all'istituto della delegificazione. La *ratio* di tale processo appare legata alle caratteristiche intrinseche del nostro ordinamento giuridico e, in particolare, alla potestà normativa del Governo (ex artt. 76 e 77 della Costituzione) che, nel corso degli anni, ha contribuito all'eccessiva proliferazione della produzione legislativa.

E' in quest'ottica che matura la necessità di addivenire ad una riduzione dello *stock* normativo nel suo complesso, finalità cui la delegificazione risulta essere una soluzione ottimale, consentendo sia di ridurre "l'inflazione normativa" sia di perseguire esigenze di certezza, snellezza e chiarezza delle norme, fondamentali in una prospettiva di "better regulation".

Motivazione ulteriore, a favore dell'applicazione del principio della delegificazione in ambito finanziario, è quella che si sostanzia nella preponderante natura tecnica delle disposizioni normative necessarie per regolare il settore. Mi riferisco, più in particolare, ai settori economici in espansione, nei quali cioè le dismissioni di posizioni monopolistiche pubbliche nonché l'apertura del mercato richiedono una normativa specifica molto dettagliata; occorre, per vero, che a legiferare in materia

siano organismi qualificati e competenti, quali le Autorità amministrative indipendenti (Banca d'Italia, Consob...) ²⁵.

Proseguendo nell'indagine va fatto presente che il TUF (D. Lgs. 24 febbraio 1998 n. 58) - ritenendo che la normativa secondaria ben si presti a modificazioni ed adeguamenti in relazione ai rapidi cambiamenti che avvengono in campo economico-finanziario - attribuisce ampio potere regolamentare a Consob e Banca d'Italia. Nel dettaglio, la Consob (Commissione Nazionale per le Società e la Borsa) ha ricevuto il compito di completare il quadro normativo dettato dalla legge con disposizioni secondarie riguardanti una molteplicità di istituti e soggetti quali gli intermediari, i mercati, l'informazione societaria, le offerte pubbliche di acquisto, la sollecitazione all'investimento e le deleghe di voto ²⁶.

A rigor di logica, le riflessioni in essere impongono, tuttavia, di dover sottolineare come l'istituto della delegificazione sia costantemente oggetto di dubbi e critiche. Infatti, il trasferimento alla normazione secondaria della disciplina di ampie aree dell'intermediazione finanziaria, nel determinare una moltiplicazione delle fonti normative, ha comunque reso difficile l'accesso a talune di queste.

Non a caso la Cassazione con la sentenza n. 8604 del 16 luglio 1992, ha ritenuto in un certo senso "ambigua" la posizione occupata dai regolamenti delegati tra le fonti del diritto, in quanto si sostituiscono interamente alla legge nella disciplina di talune materie, acquistando così di fatto una

²⁵ Si rinvia PATRONI GRIFFI F., *La semplificazione normativa*, Intervento al Convegno "Il sistema amministrativo a dieci anni dalla riforma Bassanini", Università di Roma 3, Giovedì 31 gennaio 2008. Secondo l'autore, il dibattito sulle vicende della semplificazione amministrativa in Italia si incentra fondamentalmente sul sistema delineato dalle riforme Bassanini, soprattutto negli anni 1997-1999, e sulla mancata attuazione di tali riforme.

²⁶ Sull'argomento CONSOB, *Notiziario settimanale*, anno V, n. 45, 22 novembre 1999.

primarietà in senso sostanziale²⁷. Ciò crea eccessiva dipendenza, per i destinatari delle norme, da soggetti (sicuramente competenti) in grado di introdurre cambiamenti nella normativa con immediatezza ed estrema facilità. Si corre, per tal via, il rischio che le nuove regole non siano approfonditamente valutate e discusse, come accade, invece, per le leggi ordinarie nel corso del lungo *iter* parlamentare che conduce alla loro approvazione.

D'altro canto, i soggetti componenti le autorità amministrative indipendenti non vengono eletti democraticamente e, dunque, non sono soggetti periodicamente al vaglio elettorale. Vi è, pertanto, un concreto rischio che tali *authorities*, non sentendosi pienamente indipendenti dalla politica, possano prendere le loro decisioni volte a favorire gli organi da cui ripetono la propria nomina.

Il TUF cerca, comunque, di risolvere tale problematica subordinando la potestà normativa secondaria ai principi fissati dalla legge, allo scopo di salvaguardare l'efficienza e la trasparenza dei mercati finanziari, condizioni essenziali in vista del fine ultimo della tutela dei consumatori.

²⁷ In particolare si rimanda al provvedimento della Corte Suprema di Cassazione, sez. Lav., sentenza n. 8604 del 16 luglio 1992.

1.4. Portata e prospettive dei processi di autoregolazione

Alla luce di quanto precede, può dirsi che nell'ordinamento finanziario italiano si è venuto a configurare, nel corso degli anni, un sistema di regole caratterizzato da più livelli che, partendo da quello legislativo, si arricchisce di disposizioni e criteri fissati dalla normativa secondaria. Si riconosce, in tal modo, un ruolo decisivo all'autoregolamentazione degli operatori di settore, nell'intento di includere nella disciplina di settore prescrizioni più vicine alla realtà da regolamentare²⁸.

La tendenza a legittimare forme di autogoverno – presupposto cardine del fenomeno dell'autodisciplina – comporta il riconoscimento di una valenza ed efficacia alle norme che tali organizzazioni producono. Ciò induce a ritenere che una normativa così disposta abbia forza vincolante tra le parti.

Con l'introduzione dell'autodisciplina in campo finanziario si riscontra il beneficio di una maggiore flessibilità normativa, condizione necessaria per regolare un mercato dinamico ed in continua evoluzione. Si attribuisce, inoltre, per tal via, potestà normativa agli operatori del mercato, considerata la maggior competenza ed esperienza di quest'ultimi, rispetto ad un potere esterno, con riguardo alle esigenze connesse all'organizzazione del mercato.

Secondo un'autorevole dottrina, l'autoregolazione consente un'efficace tutela dei consumatori, atteso l'interesse dei partecipanti ai mercati alla

²⁸ A riguardo DESARIO V., *Caratteristiche e finalità dell'azione della Banca d'Italia nella dinamica evolutiva del diritto dei contratti bancari e finanziari*, Intervento del Direttore Generale della Banca d'Italia all'Università di Bari, Facoltà di Giurisprudenza, Bari, 20 novembre 1999.

presenza di regole che assicurino comportamenti corretti degli intermediari. Da qui l'ulteriore conseguenza che l'autoregolazione induce un effettivo miglioramento dei rapporti tra imprese e consumatori ed accresce la reputazione dei singoli operatori.

E' stato sottolineato in letteratura che *“il diritto cambia. Quanto più sleghiamo il diritto da un contesto limitato e territoriale, tanto più sarà visibile il suo carattere di tecnica disponibile alla volontà umana²⁹”*. E proprio la lettura delle norme che, a diverso titolo, s'impongono in tale nuova forma societaria potrà esserci d'aiuto per individuare i soggetti, i vettori di potere che si impongono e che affiancano il potere statale (e in alcuni casi lo sostituiscono) in un quadro nel quale sarà interessante leggerne la legittimazione sociale, non più frutto di un'istituzione democratica rappresentativa, ma bensì di un sistema tipizzato da una forte disuguaglianza interna.

Tale assunto denota la volontà della società di autodeterminarsi, di produrre regole che permettano l'esercizio delle attività commerciali – svolte senza ricorrere all'ausilio di apparati istituzionali³⁰. Siamo in presenza di un diritto spontaneo che trova affermazione ed è destinato, vieppiù, ad integrare il complesso normativo previgente.

Obiettivo ulteriore del fenomeno autodisciplinare - che si manifesta per far fronte all'inesistenza o all'inadeguatezza, in determinati campi della realtà economica-finanziaria, di regole di origine statale, non più in grado di

²⁹ Cfr. CATANIA A., *Metamorfosi del diritto*, cit., p. 59.

³⁰ A proposito BOBBIO N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., p. 61. Si assiste, dunque, ad una mutazione del diritto, che travalica i confini politici, operante per una società allargata o comunque per un insieme di persone difficilmente inseribili in limiti territoriali specifici. Ciò porta, inoltre, la comunità a “darsi da fare” in prima persona per ordinare i propri rapporti.

fornire una regolamentazione efficace ed efficiente – risulta essere quello di creare un insieme di norme che siano fonte di condotte altamente etiche e morali da parte degli operatori di settore. Si tenta, infatti, per tal via, di riformare nonché migliorare il rapporto con la clientela, esigenza insopprimibile, soprattutto alla luce dei recenti scandali finanziari abbattutisi in Italia e nel resto del mondo.

A ben considerare, il nuovo orientamento disciplinare accantona definitivamente la tendenza ad accentrare nelle mani degli organi pubblici i poteri regolamentari e di controllo del mercato e degli operatori finanziari. Si assiste, pertanto, ad un progressivo “ritiro” dello Stato dai processi di regolazione e, per certi versi, dal “mega universo” che rappresenta il mercato finanziario.

Naturalmente, l’affermazione delle forme di autodisciplina deve poter contare su adeguati livelli di maturità e di serietà tale da parte degli intermediari, che si traducano in una pronta tutela degli interessi del pubblico cui si rivolgono. Da qui la necessità di creare un clima di fiducia che costituisce il fondamento di un *agere* finanziario e creditizio, orientato a correttezza e rispetto delle controparti negoziali.

Significative al riguardo le considerazioni della dottrina che sottolinea come *“tutto ciò comporterebbe per le autorità statali una facilitazione dei propri compiti, avendo la possibilità di concentrare la propria attenzione su punti, limitati nella quantità, ma pregnanti da un punto di vista qualitativo e certamente essenziali. Infatti, il controllo pubblico si concentrerebbe sulla correttezza del comportamento e delle linee-guida*

*degli organi di autodisciplina*³¹”. In altri termini, l’autoregolazione assurge a presupposto di un ridimensionamento dell’azione dello Stato contestualmente all’affermazione dell’esigenza di una collocazione paritaria dei cittadini rispetto al medesimo³².

E in questa prospettiva matura la presa d’atto che le varie forme di autodisciplina rappresentano manifestazioni di autonomia privata, particolarmente idonee a cogliere le esigenze fondamentali della vita sociale nelle sue più varie articolazioni³³.

Ancora una volta occorre richiamare la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, in base alla quale è possibile configurare la concorrente esistenza di corpi normativi ulteriori rispetto a quelli di stretta emanazione statale.³⁴

Si delinea, così, un nuovo quadro normativo cui, secondo Grossi, “*sembra adattarsi bene l’immagine della “rete” che sostituisce la tradizionale impostazione piramidale delle fonti, ossia quella di un sistema di regole non poste l’una sopra l’altra, bensì sullo stesso piano, legate l’una all’altra da un rapporto di reciproca interconnessione*³⁵”. E’ questa una sorta di rinvio alle posizioni del “New public management” - emerso negli Stati Uniti sul finire degli anni Ottanta - che vede la costruzione di un

³¹ Si rinvia a BOCHICCHIO F., *Forme di autodisciplina degli operatori economici. L’economia tra sovranità statale ed autonomia privata*, in *Politica del diritto*, Milano, 1996, p. 300. Certamente questa non deve essere l’unica motivazione per cui lo Stato rinuncia a questo potere-dovere di disciplinare i mercati e attuarvi i controlli.

³² Cfr. CAPRIGLIONE F., *Amministrazione e autoregolazione del mercato finanziario*, in *Riv. dir. civ.*, cit., p. 70.

³³ Per un approfondimento si veda ANGELICI C. e FERRI G. B., *Studi sull’autonomia dei privati*, Torino, Utet, 1997, p. 135. Quindi, è l’autonomia privata che funziona da stimolo e permette, sempre con maggior intensità, il fenomeno autodisciplinare.

³⁴ In tal senso si rimanda a RIOLO F., *L’etica nei servizi bancari e finanziari*, in *Bancaria* n. 7-8, 1996, p. 70.

³⁵ Cfr. Grossi, 2002.

modello organizzativo di tipo orizzontale dove diversi centri gestionali, che si occupano di determinati settori, ruotano attorno ad un nucleo di controllo il quale dispone semplicemente direttive generali, lasciando ampio spazio di autonomia nelle scelte di settore³⁶.

E' opportuno precisare che l'Italia è, in ambito europeo, tra i paesi che hanno fatto più largo uso dello strumento dell'autoregolazione. Nel recepire nella legislazione interna comunitaria le direttive, il nostro Paese ha seguito una strada in parte diversa da quella seguita da altre nazioni europee, le quali hanno talora rafforzato il ruolo dell'autorità statale, caratterizzandosi, così, per un ampio ricorso alla regolazione pubblica³⁷.

³⁶ E' la costituzione di una rete, di un network che sostituisce lo schema verticistico di tipo piramidale, dove ogni decisione parte dall'alto e i vari sottoposti sono semplici esecutori.

³⁷ Sul tema WYMEERSCH E., *The implementation of the Isd end Cad in the National Legal system*, in FERRARINI G. (a cura di), *European Securities Markets. The investment services directive and beyond*, Londra, 1998, p. 3 ss.

CAPITOLO 2

LE FORME DELL'AUTOREGOLAZIONE

2.1. Autodisciplina di settore e normazione secondaria: il ruolo e la natura giuridica delle autorità di controllo

Nell'ordinamento finanziario è centrale il ruolo svolto dalla regolazione delle autorità di settore. All'intervento di tali autorità si ricollega, a partire dagli anni Ottanta del Novecento, la tendenza a superare la formula tradizionale dell'intervento pubblicistico in economia, quale era maturato negli anni Trenta dello scorso secolo. Si deve, infatti, alla presenza nel settore finanziario di autorità indipendenti deputate al controllo dell'*agere* finanziario la possibilità di supportare i mutamenti della realtà economico-finanziaria e di assecondare, quindi, il comportamento che ha profondamente innovato le modalità di esercizio dell'attività.

Ed invero, dette amministrazioni hanno dato vita ad un sistema disciplinare capace di coordinare le direttive della politica con il tecnicismo dell'attività amministrativa, in vista della formazione di regole caratterizzate da flessibilità, elasticità e snellezza operativa, canoni fondamentali per l'adeguamento della normativa all'evoluzione del mercato³⁸.

³⁸ Cfr. CAPRIGLIONE F., *L'ordinamento finanziario italiano*, cit., p. 28.

L'intento di pervenire ad un peculiare raccordo interventistico tra autorità politica e tecnica si segnala, peraltro, già a partire con la legge bancaria del 1936. Solo successivamente, tuttavia, emergerà con chiarezza il ruolo giocato dalle amministrazioni di controllo del settore finanziario quali destinatarie di una delega da parte della politica stessa alla regolamentazione di una realtà particolarmente importante, come quella bancario-finanziaria.

Ciò avverrà quando il conferimento a specifiche *authorities*, preposte ai differenti settori dell'ordinamento, della disciplina e della vigilanza sui soggetti che di questi fanno parte consentirà di predisporre le condizioni giuridiche adeguate ad assicurare il regolare svolgimento delle attività di cui trattasi³⁹, avendo la consapevolezza che i mercati, nel loro divenire, hanno bisogno di un'attività di conformazione giuridica che varia nel tempo. La funzione di tali autorità dovrà, tuttavia, essere esercitata in linea con le caratteristiche tecniche che ne qualificano l'essenza, quali la relativa separatezza dal potere politico, la posizione di terzietà nei confronti degli interessi coinvolti (negli ambiti su cui le amministrazioni stesse esplicano la loro influenza) nonché il tecnicismo che contraddistingue da sempre il loro operato.

Con le amministrazioni indipendenti si delinea, dunque, un quadro ordinatorio della funzione pubblica ben diverso da quello conosciuto in epoche passate. Si osserva, infatti, come la presenza di tali autorità - munite di autonomia e deputate allo svolgimento di compiti in altri tempi riconducibili all'azione dello Stato - segna il tramonto della sacramentale

³⁹ ... secondo criteri rispondenti ai fondamenti teorico-pratici che presiedono a quest'ultima.

formula organizzativa che aveva connotato a lungo lo Stato di diritto⁴⁰. Da qui l'esigenza di procedere ad una ridefinizione delle forme dell'intervento pubblico sul settore finanziario, a fronte della funzione svolta dalle amministrazioni in parola di "arbitro custode delle regole entro le quali il gioco della concorrenza e l'azione delle medesime deve svilupparsi"⁴¹.

Significativa la considerazione secondo cui "la presenza di una pluralità di autorità amministrative, competenti nell'esercizio della regolazione e della vigilanza sui settori dell'ordinamento, appare in linea con una visione sistemica dell'intervento dei pubblici poteri che esalta il momento della tecnica nella funzione di controllo"⁴². In quest'ottica, la previsione normativa di un obbligo di collaborazione tra le autorità di controllo conferma il convincimento che ravvisa nella nostra regolazione un sistema di vigilanza integrato, quale è richiesto dall'unità dei mercati finanziari.

Quello che è oggetto di discussione e dibattito è la natura giuridica da attribuire a tali autorità di settore, da molti studiosi collegata a precisi riferimenti costituzionali che ne giustificerebbero le modalità di esercizio, riconducendo alla nostra Carta la particolare legittimazione degli interventi di vigilanza sul settore. In tale logica si ridimensiona la possibilità di critiche in ordine a presunti eccessi di discrezionalità dell'azione

⁴⁰ In proposito le considerazioni di CAPRIGLIONE F., *Le amministrazioni di controllo del mercato finanziario*, Testo dell'Audizione tenuta il 26 gennaio 2011 presso la Prima Commissione della Camera dei Deputati nel corso dell'*Indagine conoscitiva* sulle amministrazioni indipendenti. La neutralità, che caratterizza dette amministrazioni, incide sulla sfera dei poteri dello Stato, per un verso sottraendo a quest'ultimo il governo ed il controllo di comparti che richiedono un costante riscontro di conformazione giuridica, per altro incentivando il riconoscimento di una maggiore forza dei poteri prescrittivi del medesimo.

⁴¹ Così POLO G., *Le autorità indipendenti. Un'analisi economica e una proposta di riordino*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2002, n.2, p. 369. Le considerazioni che precedono mettono in evidenza come le amministrazioni in esame incidano significativamente sul ruolo dello Stato in economia.

⁴² Cfr. MONTEDORO G., *Commento sub art. 7 TUB*, in AA. VV., *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, t. 1, Padova, 2001, p. 57 ss.

autoritativa e vengono meno i tentativi volti a condizionarne l'attività alle intemperie del potere politico.

Su un piano generale, la dottrina individua nella statuizione dell'art. 3, comma 2, della Costituzione italiana, il presupposto dell'obbligo, a carico della Repubblica, di rimuovere gli ostacoli che impediscono l'effettiva partecipazione all'organizzazione politico-economica del Paese. Conseguenza la possibilità di ascrivere rilievo al collegamento tra detta norma e gli artt. 2 e 18 Cost., nei quali si riconosce specifica centralità ai diritti dell'uomo ed alle formazioni sociali, per giungere alla conclusione di trarne indicazioni utili in vista di un'evoluzione in senso liberale dell'amministrazione.

Il ruolo istituzionale di tali autorità viene, inoltre, ricondotto anche alle disposizioni della Carta (artt. 97 e 98 Cost.), dalle quali è possibile evincere la configurabilità nel nostro ordinamento di "apparati", cui sono riservati spazi operativi da svolgere in posizione di indipendenza rispetto all'autorità politica⁴³.

L'elaborazione dottrinale precisa, infine, come il tema della competenza di tali amministrazioni s'interseca, e va esaminato, alla luce della riserva di legge di cui all'art. 41; donde il riferimento alle utilità sociali che operano come "limiti" dell'iniziativa economica e, dunque, ai "valori" sottesi a materie come la tutela del risparmio ed il corretto esercizio del credito (che rientrano nell'oggetto proprio della regolazione di settore)⁴⁴.

⁴³ Tra gli altri MASSERA S., *Autonomia e indipendenza nell'amministrazione dello Stato*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, 1988, pp. 453 e 479.

⁴⁴ Per tutti OPPO G., *Commento sub art. 41 Cost.*, in AA. VV., *Codice commentato della banca*, Giuffrè, 1990, p. 15 ss; ID., *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 309 ss, in particolare p. 310.

Nella valutazione della posizione giuridica di tali amministrazioni di controllo, la dottrina si sofferma principalmente sui contenuti del rapporto che esse intrattengono con la politica, essendo, come si è detto, destinatarie di una delega da parte di quest'ultima alla regolazione di specifici settori del nostro ordinamento. Si sottolinea, per tal via, la particolare adeguatezza dell'intervento posto in essere dalle autorità nella disciplina e nel controllo di settori di riferimento che richiedono un'elevata specializzazione nonché un adattamento flessibile e continuo della normativa; ciò tenuto conto che si tratta di attività sempre più complesse e poco conoscibili dalla collettività.

La natura amministrativa di tali *authorities* - riconosciuta dalla stessa Corte di Cassazione⁴⁵, che non ha ravvisato nella specie la possibilità di un *tertium genus* autoritativo - qualificandosi per l'indipendenza e la specificità della funzione, consente quindi di ravvisare i presupposti di una formula innovativa nella tutela dell'interesse pubblico.

Alla luce di quanto precede si comprende la particolare importanza ascrivibile all'analisi della normazione secondaria, quale fonte del diritto cui far riferimento nella rappresentazione del quadro disciplinare della materia bancaria e finanziaria. Ci si riferisce, nello specifico, ai regolamenti emanati dalla Consob, poiché questi costituiscono la fonte più importante di normazione secondaria in materia di intermediazione finanziaria: essi non possono definirsi né regolamenti di esecuzione (che notoriamente vanno ricondotti al Governo) né regolamenti di organizzazione (nonostante la loro caratteristica di prescrivere particolari strutture per i mercati regolamentati, gli intermediari e le società con azioni quotate).

⁴⁵ Cfr. Corte Suprema di Cassazione, sez. I, sentenza 20 maggio 2002, n. 7341.

Sul punto è bene ricordare l'insegnamento di Giannini, secondo cui “*si tratta di regolamenti di autonomia, in quanto espressione, appunto, di autonomia normativa di un'autorità indipendente. Si qualificano come norme “sub primarie” in vista del fatto che essi, non solo sottostanno a norme imperative di legge e a null'altro, ma trovano la loro stessa previsione in esse*⁴⁶”.

Naturalmente, in base a tale assunto, il rapporto tra il regolamento e la fonte di grado primario trova concreto radicamento nel principio di legalità ovvero in quello di competenza. Il primo esalta il criterio gerarchico nella regolazione del sistema delle fonti; per converso, nella ripartizione per competenza le serie normative si pongono come subsistemi di norme in parallelo, ciascuna caratterizzata da un'area diversa (ciò in quanto in ogni subsistema rileva una stratificazione per livelli, ripetendo così la divisione verticale Costituzione - norme primarie - norme secondarie).

Va da sé che nel caso dei regolamenti emanati dalle amministrazioni indipendenti ci si rifà al principio di competenza. Una volta determinata la sfera d'azione, la legge lascia, infatti, alla fonte secondaria la disciplina dell'intero settore⁴⁷.

Per una corretta disamina legislativa *in subiecta materia* va posto l'accento sul D. Lgs. n. 303 del 29 dicembre 2006 il quale, nel prevedere ampie forme di delegificazione a favore delle *authorities* del mercato finanziario, ne ha ampliato il potere, per un verso attenuando il rigore della regolazione

⁴⁶ A riguardo GIANNINI M. S., *Consob*, in *La posizione della Consob nell'apparato amministrativo*, Milano, 1987, p. 59.

⁴⁷ In generale CARLASSARE L., *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p.605 ss. Infine, i regolamenti emanati dalla Consob sono atti gerarchicamente atipici poiché l'esclusività delle competenze elide ogni rapporto di gerarchia. Tale caratteristica distingue tali regolamenti da quelli elaborati dalle altre autorità amministrative.

introdotto con la legge n. 262 del 28 dicembre 2005, per un altro prevedendo nuove deleghe a favore delle autorità medesime. Nel dettaglio, l'art. 3 di tale legge comporta una ridisegnazione dei poteri di Consob e Banca d'Italia, con riguardo sia alla definizione delle tipologie contrattuali che danno forma giuridica ai rapporti d'intermediazione finanziaria, sia alle modalità tecniche di esercizio "dell'offerta fuori sede"⁴⁸.

Pertanto, tali autorità finiscono col sottrarsi al vincolo dell'applicazione immediata delle prescrizioni di legge, venendo riammesse a beneficiare della possibilità di effettuare autonome valutazioni, destinate a rendere flessibile la disciplina che ad esso fa capo. Si assiste, per tal via, ad una rinnovata espansione della logica interventistica delle autorità di controllo del mercato finanziario⁴⁹.

In tale contesto merita menzione anche il disegno di legge, approvato nel febbraio 2007, intitolato "Disposizioni in materia di regolazione e di vigilanza sui mercati e di funzionamento delle autorità indipendenti preposte ai medesimi", in cui si propone l'unificazione delle forme di controllo sugli appartenenti al settore finanziario. L'obiettivo è quello di creare un modello di "vigilanza per funzioni", nella quale la molteplicità di obiettivi che l'attività di controllo si prefigge è demandata ad autorità diverse, ognuna competente per profili specifici, secondo una logica che supera la pregressa concezione di raccordare l'azione della vigilanza alla tipologia soggettiva degli operatori.

⁴⁸ Cfr. art. 3 legge 29 dicembre 2006 n. 303.

⁴⁹ In particolare le considerazioni di CAPRIGLIONE F., *Il rapporto tra politica e amministrazione*, cit., p. 13. Si registra, nuovamente, il superamento del principio secondo cui tra la regola che fissa gli ambiti del potere prescrittivo ed il canone per il relativo esercizio deve essere assegnata una netta prevalenza alla prima.

D'altronde, non può trascurarsi di considerare che il legislatore con il testo unico bancario (art. 7) e finanziario (art. 4) ha identificato nella *collaborazione* e nel *coordinamento operativo* il criterio guida per lo svolgimento di un'azione congiunta, cui si ricollega uno scambio di informazioni non coperte da "segreto d'ufficio"⁵⁰. E' questa una tendenza risalente nel tempo, essendosi affermata con una certa sistematicità a partire dalla legge n. 1 del 1991, la quale predispone momenti di raccordo operativo tra Consob e Banca d'Italia, tali da permettere ad entrambe le *authorities* di preparare d'intesa il quadro normativo entro cui svolgere le rispettive funzioni di controllo.

L'emanazione dei menzionati testi unici ha rafforzato questa collaborazione, attuando una ripartizione di competenze tra i due organismi (Banca d'Italia e Consob); sicché non si può parlare di una netta prevalenza di un organismo rispetto all'altro, stante l'opzione normativa per un modello per finalità fondato sulla cogestione da parte di entrambe le amministrazioni dei relativi poteri regolamentari.

⁵⁰ Si rinvia a CAPRIGLIONE F., *Le amministrazioni di controllo del mercato finanziario*, cit., p. 5. Tale modello fa riferimento ad una logica funzionale che presuppone un riparto di competenze disposto sulla base delle finalità della vigilanza.

2.2. Segue: le autorità di settore e il problema della loro indipendenza

Le autorità indipendenti sono sorte in Italia in assenza di un disegno organico e, dunque, a seguito di spinte eteronome verso la loro costituzione. Esse oggi sono: la Banca d'Italia, la Consob, l'Isvap, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, il Garante per la protezione dei dati personali, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici e la Commissione di garanzia per l'attuazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali⁵¹.

La spontaneità che caratterizza la loro istituzione costituisce uno dei motivi principali dell'eterogeneità dei poteri che contraddistingue la posizione di tali istituzioni. Esse sorgono in settori che richiedono elevata specializzazione e flessibilità normativa, tanto che la stessa "delega" del legislatore è stata efficacemente paragonata all'istituto del "trust"⁵².

⁵¹ Le maggiori perplessità sorgono con riferimento a quest'ultima. CARINGELLA F., *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2003, p. 1277, la iscrive in effetti tra quelle che "secondo la lettura prevalente, rientrano nella categoria delle autorità indipendenti, in contrapposizione ad altre ipotesi che presentano profili più incerti". Contra MERUSI F. e PASSARO M., voce *Le autorità indipendenti*, in *Enciclopedia del dir.*, p. 169, e CARULLO A., voce *Appalti pubblici*, in *Enciclopedia del Dir.*, p. 97, i quali rilevano come – quantunque la legge 109/1994, istitutiva di tale autorità, affermi la "piena autonomia e indipendenza di giudizio e valutazione e garantisca la separatezza dell'Esecutivo quanto a procedimento di nomina, requisiti ed incompatibilità" – "l'esiguità dei poteri affidati all'autorità per la vigilanza sui lavori pubblici rappresenti un ostacolo al suo inserimento tra le autorità indipendenti".

⁵² Così LA SPINA A. e MAJONE G., *Lo stato regolatore*, Bologna, Il mulino, 2000, p.218, secondo cui la delega risulterebbe paragonabile più all'istituto del trust che a quello dell'agenzia: il "settler-Parlamento" delegherebbe un "diritto di proprietà politica" al "trustee-autorità indipendente", il quale sarebbe vincolato all'interesse di lungo periodo (la missione specifica), ma potrebbe legittimamente compiere scelte di breve periodo divergenti da quelle desiderate dal delegante. L'equiparazione della delega al contratto d'agenzia escluderebbe a priori i problemi di legittimazione democratica, ma sarebbe

L'affermazione delle amministrazioni indipendenti, preposte alla cura di interessi pubblici, deriva fundamentalmente dall'impossibilità della legge ordinaria di raggiungere, nelle relative materie, accettabili sintesi politiche; incapacità che appare conseguenza della frammentazione del potere politico in una pluralità di centri in conflitto tra loro⁵³.

Il ricorso alle *authorities* è finalizzato a limitare i fattori di natura politica, burocratica ed economica che possono incidere su interessi collettivi particolarmente sensibili. Infatti, si osserva di frequente come le decisioni - nella vita politico-amministrativa - più che derivare liberamente dall'autorità formale, sono il frutto di una serie di elementi che si producono a livelli diversi, condizionando, di fatto, la scelta finale (si pensi, a riguardo, al grado di influenza esercitato da soggetti quali i sindacati, le imprese, le istituzioni finanziarie ...).

In questa prospettiva assume particolare rilevanza assicurare un'effettiva indipendenza nell'azione delle autorità amministrative; obiettivo, quest'ultimo, perseguibile esclusivamente attraverso il riconoscimento di specifiche caratteristiche organizzative e funzionali alle autorità medesime, sì da consentire un *agere* in posizione di terzietà e di neutralità rispetto agli interessi esterni che ne condizionano le scelte.

L'indipendenza dall'Esecutivo è sicuramente il tratto distintivo di tali *authorities*, non a caso definite per l'appunto indipendenti. Il governo, si propone, in tale veste, l'obbligo di non assumere poteri di indirizzo e di

incompatibile con la nozione di indipendenza: infatti, le autorità indipendenti sarebbero sottoposte al controllo costante e vincolante del delegante. Viceversa, il trustee diviene "possessore" del diritto ed agisce autonomamente, essendo vincolato esclusivamente all'interesse del settler, fuor di metafora all'efficienza dell'economia ed alla credibilità della policy.

⁵³ Sull'argomento BASSI F., *Introduzione*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, IX.

controllo nei loro confronti, quand'anche (come nel caso della Consob) partecipi alla nomina dei loro componenti⁵⁴.

Non a caso Giannini definisce l'indipendenza come *“l'assenza di qualsiasi rapporto organizzativo tra tali organi e qualsiasi altro organo dello Stato, che si concreta nell'inamovibilità dei loro componenti e nella non interferenza nel rapporto d'ufficio tra gli appartenenti all'organo⁵⁵”*. In questa prospettiva diviene fondamentale assegnare ad esse autonomia organizzativa, di organico, finanziaria, contabile e di bilancio, consentendo loro di operare senza subire pressioni di alcun genere e, dunque, nel presupposto che l'indipendenza sia tenuta ferma anche rispetto al Parlamento.

L'affermazione dell'indipendenza da quest'ultimo consentirebbe, infatti, di pervenire all'unificazione delle relazioni e dei rapporti posti in essere, grazie ad un'attività di indirizzo intersettoriale che fa capo al Parlamento stesso⁵⁶. Un aspetto per molti versi delicato, considerato che tali soggetti istituzionali sono stati creati proprio per evitare “la tirannia della maggioranza” in società plurali e per bilanciare l'introduzione del sistema elettorale maggioritario⁵⁷.

⁵⁴ A proposito LETTA E., *Conclusioni: le riforme necessarie*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 154, in cui si sottolinea che il Governo risulta, così, liberato da incombenze gravose e atipiche e riconsegnato alla sua funzione principale, di indirizzo strategico.

⁵⁵ Cfr. GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993.

⁵⁶ Nello specifico MACCHIATI A., *Appunti per una nuova governance delle Autorità*, in *L'indipendenza delle Autorità*, Il Mulino, 2001, p.79. Il Parlamento dovrebbe fungere da snodo nel dettare le linee d'indirizzo intersettoriale generale. Ciò avverrebbe istituzionalizzando, in un unico momento, la presentazione delle relazioni annuali e consentendo, successivamente all'illustrazione di tali relazioni, il dibattito parlamentare.

⁵⁷ RODOTA S., nell'audizione alla Commissione Affari Costituzionali nel corso dell'indagine conoscitiva sulle authorities, ha escluso la possibilità che la violazione di tali indirizzi intersettoriali comporti delle

Tale tematica assume, d'altro canto, specifiche connotazioni riguardo al caso della Consob, autorità garante della tutela degli investitori, dell'efficienza, della trasparenza nonché dello sviluppo del mercato mobiliare italiano. Ciò in quanto i componenti della Commissione - composta da cinque membri, di cui un Presidente e quattro Commissari - vengono scelti dal Governo e durano in carica per un periodo relativamente breve, laddove i regolamenti sull'organizzazione e sul personale sono sottoposti a controlli statali, i rendiconti sono soggetti al controllo della Corte dei Conti ed, infine, si registra una quasi totale dipendenza finanziaria della Consob dall'apparato statale.

Nonostante l'ampia indipendenza di cui si è detto, per Cassese la Consob si presenta come *“un potere solo parzialmente indipendente, sia dal Governo che dalle regole che si applicano alle amministrazioni pubbliche. Per perfezionarne l'indipendenza occorrerebbe modificare alcuni aspetti della normativa vigente: per prima cosa, l'organo di scelta dei componenti la Commissione (si suggerisce il Presidente della Repubblica o autorevoli organizzazioni pubbliche e professionali del settore, oppure entrambi per*

sanzioni. Si documenta come l'ex Presidente del Garante per la protezione dei dati personali abbia manifestato perplessità circa il rischio di tentativi di allineamento alla maggioranza parlamentare, “laddove queste istituzioni, proprio perché raccordate a valori che superano la logica maggioritaria, non dovrebbero essere esposte a questo tipo di sollecitazione”. Dello stesso avviso LA SPINA A. e MAJONE G., *Lo Stato regolatore*, cit., p. 167. Viceversa CLARICH M., *Un approccio madisoniano*, in *L'indipendenza delle Autorità*, p. 91, sottolinea come negli Stati Uniti ed in Inghilterra sia riconosciuto il potere d'indirizzo del Congresso e che questo, a condizione di non caratterizzarsi sotto la forma di raccomandazioni penetranti, sia teoricamente non solo ammissibile, ma necessario. Tuttavia l'autore nutre dubbi sull'opportunità di un simile controllo in Italia, in quanto “il Parlamento, fino ad oggi, non è riuscito ad esercitare in modo efficace un controllo neppure nei confronti dell'Amministrazione tradizionale.

assicurare una composizione mista); la durata in carica (da allungare); ed, infine, i controlli ed i condizionamenti statali⁵⁸”.

Ferma la possibile prospettazione di opinioni divergenti nella materia in esame, non v'è dubbio che il ricorso alle autorità amministrative – soprattutto nella realtà economico-finanziaria che interessa un settore costituzionalmente garantito quale il risparmio - rimane un'esigenza insopprimibile, in quanto l'organizzazione divisa dei poteri rappresenta un correttivo essenziale della concentrazione prodotta dalla democrazia.

⁵⁸ Si rimanda a CASSESE S., *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, in *Foro italiano*, 1996, V, p.7 ss.

2.3. La procedura di “consultazione preventiva”

Nonostante l’incidenza della recente crisi finanziaria sull’attendibilità del processo di autoregolamentazione – che appare ridimensionato nelle attese e nelle prospettive - si registra, con il passare degli anni, una significativa evoluzione nelle tecniche di autodisciplina degli intermediari finanziari. La rapidità dei mutamenti operativi nonché l’accresciuta complessità dell’attività bancaria e finanziaria rappresentano le principali cause che inducono le imprese vigilate ad avvalersi di organizzazioni private per stabilire regole efficaci, coerenti con i principi dell’autonomia imprenditoriale e preordinate ad un risparmio di costi per i destinatari delle stesse⁵⁹.

In un simile contesto si sviluppa una prassi di “consultazione” dei destinatari delle norme da adottare: si tratta di procedure che prevedono la partecipazione formale degli “utilizzatori” delle norme alla formazione delle regole, favorendo il dialogo, da un lato, con i consumatori, dall’altro, con gli operatori del mercato. Tale prassi trova riconoscimento giuridico nell’art. 23 della legge 262 del 2005 ed offre un significativo apporto al processo di avvicinamento delle amministrazioni di settore ai soggetti vigilati.

⁵⁹ Cfr. ENTE PER GLI STUDI MONETARI, BANCARI E FINANZIARI LUIGI ENAUDI, *Le fonti del diritto finanziario in Europa e il ruolo dell’autoregolamentazione*, quaderni di ricerche n. 44.

L'art. 23 sopramenzionato si orienta verso uno schema procedimentale che permette di perseguire l'interesse pubblico (di cui l'autorità è portatrice) in modalità conformi alle prerogative dei soggetti che hanno partecipato all'identificazione dei contenuti della normativa⁶⁰. Aderendo, in tal modo, alle istanze delle associazioni rappresentative degli operatori e dei consumatori, viene meno la possibilità di interventi disancorati dalla realtà di riferimento; e ciò riconoscendo il ruolo e l'importanza dei destinatari ultimi delle regole giuridiche che vengono, per tal via, poste in essere.

Centrale in questo processo diviene, pertanto, il “Documento per la consultazione” pubblicato da Banca d'Italia nell'ottobre 2009, in vista della predisposizione del “Regolamento di attuazione dell'art. 23 della legge 28 dicembre 2005 , n. 262”. Tale regolamento disciplina, infatti, le modalità con cui dar vita alla nuova normativa; nello specifico la motivazione degli atti, la consultazione dei soggetti interessati, l'analisi di impatto nonché la revisione della regolamentazione.

Più in particolare, viene in considerazione il disposto dell'art. 4 nel quale è regolata la fase di consultazione, da svolgere su documenti nei quali si dia conto del processo di selezione delle tematiche e di individuazione delle opzioni regolamentari. Tale documentazione viene, poi, pubblicata sul sito *internet* della Banca d'Italia e resa nota agli organismi di categoria degli operatori e a quelli rappresentativi dei consumatori e degli utenti. Il termine per elaborare e comunicare viene fissato, di norma, in non meno di sessanta giorni. Infine, in relazione a procedure di rilevante impatto e complessità,

⁶⁰ Cfr. art. 23 legge 28 dicembre 2005 n. 262.

viene espressamente ipotizzato che la consultazione possa essere ripetuta più di una volta⁶¹.

Da menzionare, inoltre, l'art. 5 del regolamento suddetto, norma nella quale si prevede che, nei propri procedimenti normativi, la Banca d'Italia possa avvalersi di uno o più "panel" rappresentativi dell'industria e dei consumatori. Il contributo di quest'ultimi, infatti, è utile specialmente in una fase anticipata del processo di produzione normativa nonché per lo sviluppo di ipotesi regolamentari antecedenti l'avvio di una consultazione pubblica⁶².

Si realizza, per tal via, una scelta disciplinare che denota ampi margini applicativi, sicché la Banca d'Italia esprime una volontà volta a correlare il principio di consultazione con le funzioni di vigilanza, segnatamente con le attività di cooperazione e collaborazione svolte al fine di concorrere alla definizione di scelte di policy e regolamentari in sedi diverse, nazionali ed internazionali, nelle quali la banca fornisce il proprio contributo tecnico.

Significativo in questa prospettiva risulta essere il secondo comma dell'art. 23 della legge 262/2005, nel quale si afferma che *"nella definizione del contenuto degli atti di regolazione generale, le autorità tengono conto, in ogni caso, del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minor sacrificio degli interessi dei destinatari. A questo fine, esse consultano gli*

⁶¹ Si rinvia a tal proposito all'art. 4 "Regolamento di attuazione dell'art. 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262", in materia di "Procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali".

⁶² Art. 5 regolamento citato.

*organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori*⁶³”.

Il predetto principio di proporzionalità implica, infatti, che ogni misura indirizzata ad incidere su singole situazioni soggettive private debba essere idonea, vale a dire adeguata all’obiettivo da raggiungere in concreto, e necessaria, nel senso che si deve ricorrere ad essa solo se non è disponibile un’altra misura ugualmente efficace (e che non incida negativamente sulla singola situazione). Ne discende che la proporzionalità consiste nell’esercitare la “giusta misura” del potere, in modo tale da assicurare un’azione idonea ed adeguata alle circostanze di fatto e, dunque, in grado di non alterare il giusto equilibrio tra i valori, gli interessi e le situazioni giuridiche coinvolte nell’azione amministrativa.

La procedura di “consultazione preventiva” è stata adottata, recentemente, anche dal legislatore comunitario e dagli organismi internazionali. A tal riguardo, la risoluzione del Consiglio europeo di Stoccolma ed il Parlamento europeo hanno espressamente richiesto che la presentazione di una normativa europea in materia di “securities” debba essere preceduta da una tempestiva, ampia nonché sistematica consultazione con tutte le parti coinvolte. In quest’ottica, si colloca la preparazione della nuova direttiva sui servizi d’investimento (ISD), nella quale la Commissione europea ha avviato, *on line*, una consultazione aperta a tutti i soggetti interessati. Analogamente è a dirsi della formazione degli IAS (acronimo di “International Accounting Standards”), dove si registra la partecipazione

⁶³ Art. 23, comma 2, legge 262/2005.

dei privati nell'elaborazione e nella definizione dei contenuti della normativa⁶⁴.

⁶⁴ Essi sono redatti da una fondazione internazionale privata, costituita come società non-profit, attualmente con sede legale nel Delaware, ma operante principalmente dalla sede di Londra, la "IASC Foundation". Alla IASC aderiscono 19 trustees che attualmente, ovvero in passato, hanno ricoperto cariche pubbliche o private nei settori bancari e finanziari nei paesi europei, negli Stati Uniti e in alcuni paesi asiatici e del Sud America.

Le fasi del processo normativo

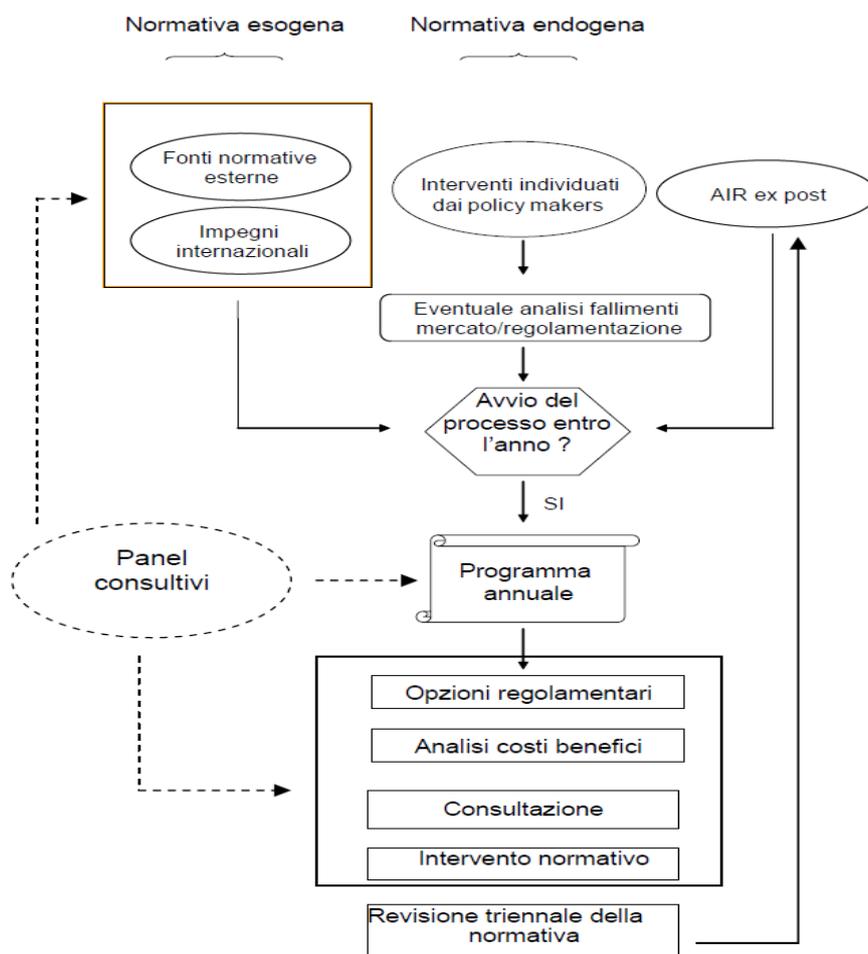


Figura n. 1- Le fasi del processo normativo secondo Banca d'Italia

2.4. I codici di autodisciplina

In Italia, recentemente, si sta registrando una vasta produzione di codici di autodisciplina ad opera di associazioni di categoria. Tali associazioni infatti - nel riferimento agli accadimenti della società civile ed alle istanze rivenienti nel proprio ambiente operativo - orientano sistematicamente le loro condotte verso l'adozione di specifici codici di comportamento.

Fermo il riconoscimento di una specifica capacità nell'elaborare regole oggettive coerenti con le esigenze rivenienti dal mercato, l'autodisciplina di categoria si qualifica come un complesso di precetti e controlli liberamente accettati dagli iscritti nell'esercizio della loro autonomia privata, al di fuori di ogni vincolo o coazione legale⁶⁵. Sul punto autorevole dottrina afferma che *“le associazioni professionali, nel dispiegare la loro funzione di portatrici di interessi particolari, riescono, attraverso l'autonoma elaborazione di codici deontologici, a colmare i vuoti normativi dell'ordinamento finanziario; onde la sperimentazione delle forme innovative di una “cultura” giuridico-economica che vede le istituzioni finanziarie sempre più partecipi nei processi di regolamentazione⁶⁶”*.

Detti codici non devono essere considerati solo come un insieme di norme alle quali sono tenuti a conformarsi coloro che vi sono soggetti, ma sono il risultato di un processo etico-giuridico che le associazioni hanno portato a

⁶⁵ Si individuano così i presupposti per ritenere valida alternativa alle delineate carenze le forme disciplinari rivenienti da raggruppamenti sociali organizzati in vista del perseguimento dell'interesse comune.

⁶⁶ Così ROPPO E., *Un fenomeno del terziario: organizzazioni professionali e “codici deontologici”*, in *Economia e diritto del terziario*, 1989, p. 188.

compimento nell'interesse di tutte le parti sociali da esse rappresentate. Il fondamento deontologico, alla base della predisposizione di regole comportamentali, si riflette, dunque, nell'affermazione di un'etica di mercato direttamente collegabile all'etica professionale, consentendo, in tal modo, di improntare regole e prassi operative a criteri quali la buona fede e la correttezza nello svolgimento del rapporto di lavoro⁶⁷.

In quest'ottica, grande impatto riveste la delibera della Consob n. 10943 del 30 settembre 1997 che, all'articolo 27, disciplina proprio detti codici di comportamento. Nello specifico, i dettami dei primi due commi sono diretti all'adozione ed al rispetto di un codice interno di autodisciplina da parte di tutti gli intermediari autorizzati, i quali possono anche rinviare ai codici utilizzati dalle associazioni di categoria che li rappresentano. Si stabilisce, inoltre, che i codici debbano definire le regole di comportamento dei componenti gli organi amministrativi e di controllo, dei dipendenti, dei promotori finanziari e dei collaboratori⁶⁸.

In seguito alla promulgazione di detto provvedimento Consob, si assiste alla creazione di numerosi codici di autoregolamentazione da parte delle associazioni di categoria (come, ad esempio, il codice di comportamento dell'associazione Intermediari Mobiliari, il cosiddetto "Codice ASSOSIM") in vista della finalità di indicare alle associate i principi generali cui devono conformarsi le condotte da tenere nel prestare i servizi alla clientela.

⁶⁷ A riguardo GIULIANI A., *Quale etica per il mercato?*, in AA. VV., *Teorie e forme della razionalità pratica*, Milano, 1993, p. 33 ss. Si configura, pertanto, un campo d'indagine nel quale il concetto di "ordine" del mercato, come risultato di una ricerca che guarda alle regole della giusta condotta, riflette essenzialmente i criteri morali che sono all'interno della comunità.

⁶⁸ Art. 27, commi 1 e 2, Delibera Consob n. 10943 del 30 settembre 1997.

In tale prospettiva merita attenzione anche il regolamento n. 11522 del 1° luglio 1998, emanato dalla Consob, il quale all'art. 58 prevede che gli intermediari autorizzati, le società di gestione del risparmio nonché le società a capitale variabile (SICAV) si dotino di un proprio codice interno di autodisciplina, rinviando, se nel caso, a quelli delle associazioni di categoria.

Gli ultimi due decenni del Novecento vedono, pertanto, la diffusione di numerosi interventi di tal genere in materia bancaria e finanziaria. Tra i principali rilevano i codici attuati dalla Società di distribuzione di valori mobiliari (ASSORETI), il Regolamento di autodisciplina dei promotori finanziari (ANASF), il Codice di autoregolamentazione degli intermediari mobiliari (ASSOSIM) nonché quello di comportamento delle Società fiduciarie (ASSOFIDUCIARIA).

Più in particolare, con l'elaborazione del Codice ASSORETI, prodotto nell'ottobre del 1993, l'Associazione nazionale delle Società di collocazione di strumenti finanziari intendeva raggiungere l'obiettivo di imprimere all'attività delle società rappresentate una connotazione tipicamente etica, oltre a fornire una regolamentazione metodica di settore⁶⁹. Gli scopi del Regolamento di autodisciplina dei promotori finanziari, invece, erano quelli di aumentare la professionalità del consulente finanziario e di incrementare le garanzie per coloro che si rivolgono ai consulenti stessi, avvalendosi dei servizi preposti⁷⁰.

⁶⁹ Cfr. Codice ASSORETI, adottato dall'assemblea dei soci il 3 aprile 1987 e successivamente modificato il 31 marzo 2004.

⁷⁰ Il Codice considera tutti gli ambiti di attività del promotore, dal rapporto con l'intermediario per il quale lavora alle relazioni con i colleghi e con l'autorità di vigilanza del mercato. Ma soprattutto il Codice

Il Codice ASSOSIM, approvato dall'Associazione Intermediari Mobiliari il 26 marzo 1998, nel rifarsi specificamente agli obblighi ed alle procedure indicate dalla delibera Consob n. 10943 del 1997, ne amplia il campo di applicazione, inserendo un'ulteriore serie di principi di correttezza e trasparenza, in base ai quali le associate devono operare⁷¹. Infine, il Codice di autodisciplina di ASSOFIDUCIARIA, approvato dal Comitato di presidenza il 18 marzo del 1998 e composto da 15 articoli, detta alle associate i criteri generali di comportamento da seguire relativamente alla prestazione dei servizi d'investimento⁷².

In materia va sottolineato il ruolo significativo svolto dall'ABI (Associazione bancaria Italiana), soprattutto mediante la redazione di due documenti: il "Codice di comportamento" e le "Condizioni generali relative al rapporto banca-cliente". Ed invero, si è in presenza di modelli di clausole contrattuali concordate tra l'ABI e le associazioni dei consumatori (che partecipano al tavolo di lavoro avviato con il protocollo d'intesa del 23 dicembre 1997) sulla base di una traccia dettagliatamente definita e discussa tra le parti. Il Codice di comportamento rappresenta, inoltre, la più risalente iniziativa di autoregolamentazione, volta al miglioramento e all'uniformazione dell'assistenza prestata alla clientela.

Orbene, i codici analizzati (in analogia agli altri adottati nel settore finanziario) costituiscono un modello generale di comportamento, forniscono un contributo non irrilevante al corretto funzionamento dei mercati (a condizione che i principi e le regole fissate trovino concreta

pone al centro dell'attenzione il cliente e i suoi interessi, entrambi alla base delle deontologia professionale del promotore, al di sopra di qualsiasi altro interesse.

⁷¹ Per un approfondimento si rimanda al dettato del Codice ASSOSIM, elaborato ai sensi del D. Lgs. 231/2001.

⁷² Cfr. Codice di autodisciplina ASSOFIDUCIARIA.

applicazione), diventando canoni essenziali della cultura aziendale e conducendo le relazioni tra imprese e consumatori su livelli qualitativi soddisfacenti e condivisi⁷³.

D'altro canto, la capacità degli appartenenti all'ordinamento finanziario di autoimporsi le regole costituisce, di per sé, fattore meritevole di apprezzamento nella costruzione di una nuova visione del mercato, fondata sulla creazione di un rapporto di fiducia stabile tra operatori e clienti. Le norme di cui trattasi devono presentare, peraltro, un elevato grado di eticità (valore troppo spesso scomparso dal lessico bancario-finanziario), essendo preordinati a ridurre le conseguenze negative derivanti da comportamenti illeciti e immorali⁷⁴.

Sul punto è opportuno ricordare il pensiero di Gabrovec Mei, secondo cui *“sociale ed economico vanno integrati, e uno dei modi attraverso cui è possibile farlo è appunto l'autodisciplina, che permette di incorporare il sociale nella stessa strategia d'impresa, facendo sì che il consumatore diventi parte attiva della produzione e non resti più solo un suo strumento⁷⁵”*.

In tale contesto, menzione specifica merita la direttiva comunitaria sul commercio elettronico, la quale (all'articolo 8 paragrafo 2) recita testualmente che *“gli Stati membri e la Commissione incoraggiano le*

⁷³ In generale sull'argomento DESARIO V., *La tutela del consumatore: il ruolo dell'autoregolamentazione*, in *Bancaria*, n. 3, 1996. Risultati positivi sono possibili soltanto se la convinta adesione delle imprese si tradurrà nella corretta “assistenza al cliente”, efficace strumento di confronto competitivo.

⁷⁴ In particolare le considerazioni di RUSCONI G., *L'etica dell'impresa nell'ambito degli studi economico-aziendali*, in *Rivista italiana di ragioneria e di economia aziendale*, 1996, p. 465. Dette conseguenze sono rappresentate dal prezzo da pagare come effetto di questi comportamenti, che può essere molto alto non solo per chi li mette in pratica, ma anche per l'intero settore di appartenenza.

⁷⁵ Cfr. GABROVEC MEI O., *Business ethics e codici etici*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 1990, p. 767.

associazioni e le organizzazioni professionali ad elaborare codici a livello comunitario, che precisino le informazioni che possono essere fornite a fini di comunicazioni commerciali⁷⁶”.

Si spiega la ragione per cui in ambito europeo – anche se il fenomeno dell'autoregolazione degli intermediari bancari e finanziari è continuamente oggetto di critiche e discussioni - si rinviene una proliferazione di codici di autodisciplina da parte dei paesi membri. Le Associazioni bancarie del Benelux, per esempio, hanno ampiamente sviluppato codici di autoregolamentazione, allo scopo di rispondere alle attese sociali di una migliore protezione dei consumatori: il “Private Investment Transaction Regulation” (sorto per combattere l’insider trading), o il “Mortgage Finance Code of conduct” (concernente le regole di condotta per il credito ipotecario) ne sono chiare testimonianze; nel Regno Unito, invece, due codici, “Banking Code” e “Mortgage Code”, appaiono orientati a regolare fundamentalmente l’attività bancaria al dettaglio.

⁷⁶ Per un approfondimento si rinvia all’art. 8, par. 2, direttiva 2000/31/CE.

2.5. Segue: il Codice di comportamento del settore bancario e finanziario adottato dall'ABI⁷⁷

Nel processo di autoregolamentazione di settore, particolare importanza riveste il Codice di comportamento⁷⁸ adottato nel 1996 per il settore bancario e finanziario su iniziativa dell'ABI, codice volto a migliorare le relazioni fiduciarie tra banche e clienti. Esso detta criteri di condotta ai quali le banche aderenti devono attenersi nei rapporti con la clientela e nell'esecuzione di alcune tra le principali attività quali la raccolta del risparmio, la concessione del credito, la fornitura di servizi di incasso e di pagamento nonché la prestazione dei servizi d'investimento.

L'Associazione Bancaria Italiana, con tale iniziativa, ha voluto completare il processo volto alla realizzazione di un sistema di qualità per il mondo bancario, iniziato con la redazione del documento "Linee guida per lo sviluppo e l'adozione di un sistema di qualità per il settore bancario secondo la ISO 9004/2. L'intento principale dell'ABI è stato, dunque, quello di sensibilizzare gli intermediari alla qualità dei prodotti e dei servizi, facilitando la comunicazione e migliorando la trasparenza nella relazione con la collettività.

Allo scopo di garantire coerenza dei principi enunciati all'evoluzione della normativa, delle prassi operative e delle modalità di offerta dei prodotti, il Codice è sottoposto a revisione ogni due anni e, comunque, ogni qualvolta

⁷⁷ L'intero paragrafo è basato sulla Circolare ABI del 22 gennaio 1996, la quale è riportata in allegato.

⁷⁸ Il Codice, approvato dal Comitato Esecutivo dell'ABI il 13 dicembre 1995, è stato diffuso con la Circolare ABI, serie legale n. 6 del 22 gennaio 1996.

l'Associazione lo ritenga opportuno. E' previsto, inoltre, l'obbligo di consegnare una copia del Codice stesso a chiunque ne faccia richiesta.

E' opportuno, tuttavia, ricordare che questa iniziativa non è originaria del nostro Paese. Ed invero, le caratteristiche del Codice in questione sono state importate da una pluralità di Stati; ciò con l'ovvio beneficio di costruire uno strumento fondato su elementi già testati in altre realtà nazionali.

Il Codice di comportamento del settore bancario e finanziario è strutturato in cinque parti:

- 1) I principi generali;
- 2) La normativa di riferimento;
- 3) La relazione con il cliente;
- 4) L'attività dell'aderente;
- 5) Il reclamo del cliente.

Nella prima parte viene fatta menzione di una serie di principi generali che costituiscono il fondamento della disciplina ivi adottata. Si individuano norme di carattere generale relative a valori quali la trasparenza, la diligenza e la professionalità (per esempio: il dovere degli operatori di assistere i clienti dal momento in cui inizia il rapporto fino alla conclusione dello stesso) e norme volte alla tutela della *privacy*, oltre che della trasparenza extracontrattuale (dove la possibilità per i clienti di essere informati sulle condizioni economiche dei prodotti/servizi offerti).

Nella seconda parte, invece, si riporta la normativa di riferimento che gli operatori sono comunque obbligati a rispettare, indipendentemente dalla loro adesione al Codice. Ci si riferisce, concretamente, al D. Lgs. n. 385 del

1° settembre 1993 (TUB) per la parte relativa alla “Trasparenza delle condizioni contrattuali”, alla legge n. 1 del 2 gennaio 1991 definita “Disciplina delle attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull’organizzazione dei mercati mobiliari” ed, infine, alla legge n. 197 del 5 luglio 1991 recante “Provvedimenti urgenti per limitare l’uso del contante e dei titoli al portatore e prevenire l’utilizzazione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio”.

Il Codice interiorizza molti dei concetti delle suddette leggi, proponendosi di costruire un nuovo tipo di rapporto tra operatori e clienti (che, vista la natura particolarmente complessa dei prodotti e servizi offerti, va costruito su un elevato livello di fiducia).

La terza parte del Codice tratta il tema della relazione banca-cliente e fornisce (insieme alle successive sezioni) l’insieme delle regole di condotta che permettono l’effettiva operatività dello strumento autodisciplinare. Si definiscono, per tal via, le varie fasi in cui si realizza il rapporto con il cliente e per ciascuna di esse vengono indicate le regole deontologiche che devono guidare l’aderente nel rapporto con il cliente. Nello specifico, si garantisce l’utilizzo di contratti con porta grafica di facile lettura, si assicura alla clientela la possibilità di identificare ogni interlocutore che agisca in nome e per conto dell’aderente, si valutano concretamente eventuali suggerimenti e proposte formulate da parte del cliente, da ultimo fornendo informazioni su opportunità ed alternative commerciali offerte.

La quarta parte – nella quale è presa in considerazione l’attività creditizia e finanziaria svolta dagli intermediari - disciplina i singoli servizi offerti alla clientela. Si individuano, a tal proposito, tre settori operativi in cui può essere fatta rientrare l’attività degli aderenti: la raccolta e gestione del

risparmio, la concessione del credito e la fornitura di servizi di incasso e di pagamento. Particolare attenzione merita, in tale contesto, l'attività in titoli mobiliari, la cui regolamentazione va in una triplice direzione (investe rispettivamente amministratori, dipendenti e promotori finanziari⁷⁹ delle società d'intermediazione) - e nella quale si fa riferimento al modo in cui si trattano le informazioni.

L'ultima fase, "il reclamo del cliente", impone all'aderente di dotarsi di mezzi e procedure per il trattamento dei reclami posti in essere; si specifica, inoltre, che nella fase precontrattuale è previsto l'obbligo di informare il cliente dell'esistenza stessa della procedura del reclamo. Il Codice prevede, a riguardo, l'adozione di procedimenti interni per il trattamento "celere e corretto" dei reclami del cliente, l'indicazione alla clientela delle modalità da seguire per l'attivazione del procedimento stesso, la valutazione di eventuali interventi organizzativi e regolamentari per evitare il ripetersi del reclamo.

Di seguito si allega il testo completo del Codice di comportamento del settore bancario e finanziario, elaborato dall'ABI nel 1996.

⁷⁹ Anche se per i promotori finanziari le regole deontologiche che guidano questa figura sono dettate, in modo ampio, nel codice ANASF (Associazione Nazionale Attività e Servizi Finanziari).

2.6. I “frameworks di global regulators”. Dalle guidelines di “soft law” all’enforcement del recepimento negli Stati membri.

Gunther Teubner scrive che *“alcuni settori di attività, nelle società moderne, hanno un grande fabbisogno di norme, per la cui soddisfazione essi, spesso, non si rivolgono ai pubblici poteri, perché esso viene adeguatamente soddisfatto al loro interno⁸⁰”*. A livello globale, il fenomeno è ancora più evidente e più complesso che all’interno degli Stati nazionali. Questo perché il contesto globale è meno affollato di funzioni e poteri amministrativi e, quindi, vi è più spazio per l’affermazione spontanea di regimi regolatori disancorati dalla logica della statualità.

Mentre nei singoli Stati l’assunzione di funzioni pubbliche da parte dei privati tende a presentarsi come una sorta di riflusso dei poteri statali, un aspetto della più generale tendenza alla privatizzazione e alla liberalizzazione, a livello globale essa si presenta, piuttosto, come una risposta a situazioni nuove, determinate dalle esigenze del commercio internazionale, dallo sviluppo tecnologico e dall’evoluzione di determinati mercati, in particolar modo quello finanziario. Per tal via, si è dato vita ad organismi internazionali che, mediante un’innovativa formula disciplinare, consentono l’incontro e la conciliazione tra le variegate esigenze che convergono nella composizione degli interessi in campo.

⁸⁰ Cfr. TEUBNER G., *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale*, in *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando Editore, 2005, p. 59 ss.

Si è in presenza, quindi, di una nuova formula ordinatoria, mirante alla predisposizione di regole “valide in ogni parte del mondo”, una formula che si afferma senza disporre di alcuna forza cogente, bensì fondando la propria capacità applicativa sulle prerogative sottese all’efficacia tipica degli accordi internazionali⁸¹.

Da tempo la dottrina affronta il tema concernente la natura giuridica da attribuire a detti networks di “global regulators” del mercato finanziario. Variegate ed opposte tesi ora desumono dalla riferibilità ad “un potere meno visibile, meno trasparente e meno formalizzato⁸²” la difficoltà di controllarne l’esercizio, ora riconducono alla soggettività dei regolatori internazionali, membri di tali network, il fondamento giuridico delle regole così assunte⁸³.

Ed invero - nonostante la carenza di obbligatorietà che contraddistingue gli input formulati dai nominati organismi internazionali renda debole, sul piano delle concretezze, i precetti da questi ultimi disposti - è indiscutibile che la loro applicazione determina le condizioni per un *enforcement* dei precetti normativi che provengono da tali network, per un pronto recepimento dei relativi contenuti nella normativa interna degli Stati. Si riscontra, in tal modo, a livello sistematico generale, una flessibilità del sistema delle fonti. Da qui l’apertura ad una nuova era disciplinare, alla determinazione di *guidelines*, formulate in base a principi consolidati nelle

⁸¹ Cfr. MONTEDORO G., *Economia della crisi, trasformazioni dello Stato, governo dei giudici*, in *Rivista trimestrale di diritto dell’economia*, 2009, I, p. 66, reperibile in www.rtde.luiss.it.

⁸² Così BATTINI M., *Introduzione a AA. VV., La regolazione globale dei mercati finanziari*, quaderno n. 3, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, 2007, p. 7, il quale con tale locuzione richiama la tesi che valuta criticamente l’accountability dei processi normativi in parola.

⁸³ Cfr. SLAUGHTER K., *The real new world order*, in *Foreign aff.* 76, 1997, p. 183; ID., *A new world order*, Princeton, 2004.

prassi internazionali (proporzionalità, gradualità, adeguatezza ...) cui devono attenersi i singoli aderenti in sede di fissazione delle normative nazionali⁸⁴.

L'assenza di una formale, diretta vincolatività giuridica di tali "standards" e "practices" (ove non recepiti in strumenti normativi domestici) fa sì che a questa tecnica di produzione di regole ben si adotti la definizione di "soft law". Le caratteristiche dei provvedimenti raggruppati in tale categoria sono l'assenza di obblighi giuridici a carico delle parti (dove l'esclusione di responsabilità per gli eventuali trasgressori delle disposizioni di cui trattasi), l'impossibilità di far valere in sede giurisdizionale il rispetto dell'accordo e, infine, la peculiare sanzionabilità delle violazioni di tali accordi affidata al mercato⁸⁵.

Dette caratteristiche non consentono, tuttavia, di negare alla *soft law* rilevanza giuridica, soprattutto in relazione alla sua esigenza di originario nucleo di principi che, in progressione di tempo, possono evolvere in vere e proprie regole ovvero essere recepite in trattati internazionali o in ordinamenti nazionali⁸⁶.

Pertanto, *la soft law*, nell'identificare una innovativa modalità nel processo di formazione delle regole tradizionali, si propone come ulteriore strumento

⁸⁴ Tra le opere in materia CAPRIGLIONE F., *Misure anticrisi tra regole di mercato e sviluppo sostenibile*, Torino, Giappichelli Editore, 2010, p. 49. Si individuano i podromi di un ordine giuridico futuro "non territorializzato", ma non per questo privo della possibilità di esprimere regole da far valere a livello globale.

⁸⁵ Per un approfondimento si veda LEMMA V., *Soft law e regolazione finanziaria*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, n. 11, p. 600 ss.

⁸⁶ Sul tema CAPRIGLIONE F., *L'ordinamento finanziario italiano*, cit. La *soft law* appare, quindi, specificatamente idonea a garantire un innalzamento del livello qualitativo di un mercato già efficiente, poiché volta a soddisfare esigenze residuali del settore in maniera tecnicamente appropriata, con tempi spediti e previo coinvolgimento dei destinatari.

di governo del fenomeno economico-finanziario, quale s'individua nell'odierna realtà globalizzata⁸⁷. Essa si contrappone, quindi, alle tradizionali tecniche di formazione delle norme, emanate secondo determinate procedure da autorità istituzionalmente legittimate all'esercizio di tale funzione.

Detta modalità di regolazione, nonostante la sua natura informale, ha ricoperto, comunque, un ruolo rilevante nella creazione di un ordinamento finanziario internazionale: gli *standard* normativi elaborati, infatti, sono stati recepiti puntualmente dagli ordinamenti nazionali nonché attuati attraverso politiche domestiche nei singoli Stati aderenti⁸⁸.

L'esperienza ha mostrato la varietà dei meccanismi di autoregolamentazione globali, i diversi modi nei quali essi interagiscono con la normativa speciale di origine statale, i problemi di responsabilità e controllo che essi pongono. Nondimeno, possono essere individuate alcune raccomandazioni sia in ordine all'azione del Governo e delle amministrazioni italiane a livello internazionale e comunitario (nelle diverse sedi in cui essa si esplica: partecipazioni ad organizzazioni private o ibride, finanziamento di esse, definizione di accordi internazionali che recepiscano standard privati), sia in ordine all'esercizio dei poteri normativi ed amministrativi che i medesimi sono legittimati ad esercitare.

⁸⁷ Si rinvia a HANDL G., *A hard look at soft law*, in *Proceedings of the American society of international law*, 1988.

⁸⁸ A riguardo ENTE PER GLI STUDI MONETARI, BANCARI E FINANZIARI LUIGI ENAUDI, *Le fonti del diritto finanziario in Europa e il ruolo dell'autoregolamentazione*, quaderni di ricerche n. 44. La soft law viene correttamente considerata come legge nel "limbo", perché non è diretta ai cittadini o alle imprese, ma alle autorità competenti degli Stati che hanno, all'interno dei singoli ordinamenti, la capacità legislativa in senso proprio.

Per prima cosa va fatto presente che i *global regulators* sono spesso sorti su iniziativa di imprese e loro associazioni, se non addirittura di Stati sovrani. Non va sottaciuto il rischio che essi svolgano le loro funzioni nell'interesse esclusivo dell'industria regolata ovvero delle imprese operanti nel settore, interesse che non sempre coincide con quello generale. Occorre, dunque, favorire l'adozione di codici di comportamento che disciplinano anche i rapporti con le industrie regolate.

Inoltre, la tutela dell'interesse pubblico implica continuo controllo e riesame di tali forme di autoregolazione; da qui l'esigenza di superare i limiti del ruolo ascrivibile ai giudici ed agli organi di controllo statali *in subiecta materia*, favorendo la costituzione, all'interno di queste organizzazioni, di organi di controllo e riesame indipendenti (ai quali gli interessati possono rivolgersi).

Infine, oltre ai meccanismi pubblicistici di controllo e responsabilità, si può fare affidamento anche sui meccanismi di mercato. I regimi regolatori internazionali, infatti, non sempre sono monopolistici: spesso possono operare in concorrenza tra di loro e ciò può favorire prassi e regolazioni più virtuose per l'interesse generale. Pertanto, quando è possibile, diviene necessario promuovere la concorrenza tra i diversi regimi regolatori globali e porre le condizioni affinché pubbliche amministrazioni, utenti e consumatori possano scegliere consapevolmente, disponendo di informazioni adeguate.

Da qui la condivisione del pensiero di un'autorevole dottrina, che ha sul punto ribadito: *“l'adesione volontaria dei Paesi maggiormente industrializzati a board finalizzati a coordinare “at the industrial level the work of national financial authorities and international standard setting”*,

come si legge, ad esempio, nel “*Financial Stability Board Charter*”, assicura dunque il più ampio impegno dei medesimi nel recepimento degli “*International Financial Standards*” (determinati, per l'appunto, in dette sedi), consentendo così di includere le decisioni ivi assunte tra le fonti normative nel nuovo ordine finanziario internazionale” (così Sandro Amorosino in “Regolazioni pubbliche mercati imprese”)⁸⁹.

Può dirsi, pertanto, favorevolmente avviata la disposizione di un sistema dispositivo caratterizzato dalla specifica valenza tecnocratica dei global regulatory network, nonché dalla peculiare rapidità e snellezza con cui i medesimi procedono all'individuazione delle problematiche comuni e all'identificazione di possibili nuove vie di sviluppo⁹⁰.

⁸⁹ Così AMOROSINO S., *Regolazioni pubbliche mercati imprese*, Giappichelli Editore, 2008, p. 105 ss.

⁹⁰ Ciò in ragione della peculiare capacità dei nominati network di ricercare e rinvenire soluzioni globali (stante la possibilità, consentita ai medesimi, di relazionarsi con la totalità dei paesi industrializzati).

CAPITOLO 3

OPPORTUNITA' E LIMITI DELL'AUTOREGOLAMENTAZIONE IN AMBITO BANCARIO E FINANZIARIO

3.1. La partecipazione al processo di formazione delle regole ed il cambiamento della disciplina speciale

Già da qualche anno in letteratura è stata evidenziata la fase di transito, che si riscontra in Italia, da “un’amministrazione fondata essenzialmente sul principio di autorità ad un’amministrazione che, nella sua azione, si ispira al principio del consenso⁹¹”. Tale realtà - modellata sull’esempio di processi evolutivi verificatisi in altri ordinamenti⁹² - ha recato un cambiamento qualitativo dell’azione amministrativa, atteso il diverso rapporto, che ora si rinviene, tra Pubblica Amministrazione (di seguito P.A.) e soggetti destinatari del suo intervento.

Pur essendo risalente nel tempo il riconoscimento di una necessaria trasparenza dei rapporti tra P.A. e cittadini, solo di recente, tuttavia, si è pervenuti ad una compiuta innovazione della relazione tra cittadini e potere politico. Nel presupposto che debba essere conferita sicurezza alle istanze

⁹¹ Cfr., MANZELLA G. P., *Brevi cenni sulla Regulatory negotiation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, p. 274, ove detta tendenza partecipativa è raccordata alla più recente caratterizzazione dei moderni sistemi amministrativi.

⁹² Per riferimenti sull’argomento D’ALBERTI M., *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, p. 92 ss.

etiche, economiche e sociali dei privati, fermo restando il principio della regolazione legislativa del procedimento amministrativo, si è riconosciuto ai medesimi un diverso ruolo nello svolgimento di quest'ultimo⁹³. E' ora consentito ai cittadini un più diretto "accesso" ai documenti amministrativi; donde una più completa circolazione delle informazioni, destinata a dare concretezza al principio di pubblicità che trova estrinsecazione nella previsione normativa dell'art. 1 della già citata legge n. 241 del 1990.

Ciò, prescindendo dal conseguimento di un maggior grado di trasparenza dell'azione amministrativa, implica un deciso coinvolgimento dei soggetti che partecipano al procedimento; sicché l'atto assunto a conclusione dello stesso finisce con l'essere, in maniera inequivoca, rappresentativo degli interessi che in esso trovano espressione. L'amministrazione diviene in tal modo portatrice di istanze razionali dei soggetti, le cui scelte etiche, economiche e sociali, attraverso la tensione propria dell'*iter* procedimentale, trovano adeguato riconoscimento a livello di sistema.

A fronte di tali innovazioni, che mutano il rapporto cittadini-amministrazione, si evidenziano diversi e più ampi margini di discrezionalità nella seconda, cui spetta ora il compito di utilizzare tecniche regolamentari nuove nel conseguimento degli obiettivi ad essa imposti dal diverso ruolo assunto nell'ordinamento. Per vero, il venir meno della "fede nella incondizionata forza regolatrice del diritto scritto"⁹⁴ fa da catalizzatore nell'affermazione di un modello di P.A. che, in vista della più adeguata tutela delle garanzie del privato, orienta la propria azione in

⁹³ A riguardo CASSESE S., *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo*, in AA. VV., *La trasparenza amministrativa a due anni dalla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Atti del convegno di studi organizzato dall'Università di Siena e dal Monte dei Paschi, supp. a *Mondo economico*, n. 9, 1993, p. 7.

⁹⁴ In tal senso si rimanda a PUTTNER G., *Lo Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, p. 31.

sostituzione della legge, talora poco idonea a soddisfare gli interessi generali, avendo lo Stato ridotto l'imposizione autoritativa di scelte politiche.

L'autorità amministrativa, chiamata a decidere sulle strumentazioni e sulle tecniche più idonee al perseguimento del pubblico interesse, vede esaltata dal criterio della collaborazione con la società civile la sua funzione istituzionale di esperta dell'interesse pubblico; si da assumere una collocazione che, per certi versi, si presenta come paritaria rispetto a quella del legislatore. La discrezionalità amministrativa appare sempre più un qualcosa di strutturale, "un modo di essere prima che un criterio dell'attività"⁹⁵.

D'altra parte, la pratica affermatasi, in epoca recente, di emanare leggi di principio che rimettono all'Amministrazione l'apprezzamento interpretativo circa la concreta realizzazione dei relativi orientamenti, giustifica una più ampia autonomia (da parte dell'autorità) nelle scelte tra interessi concorrenti (e, dunque, i più ampi margini di valutazione tra le diverse soluzioni che rispondono alle esigenze generali).

Si individua, quindi, una nuova realtà nella quale quello che potrebbe apparire un eccesso di discrezionalità amministrativa fa da presupposto al recepimento di criteri equitativi ed all'apprezzamento di opportunità tecniche, certamente coerenti, a livello di razionalizzazione del sistema, con il raggiungimento degli interessi che si intendono perseguire.

⁹⁵ Cfr. BERTI F., *La responsabilità pubblica*, Padova, 1994, p. 152, ove si giunge alla conclusione "che esiste una costituzione amministrativa, la quale s'impone anche al legislatore politico, e che questa costituzione ha il suo aspetto materiale nell'organizzazione dei poteri e degli uffici ed il suo aspetto formale nel riconoscimento dei diritti individuali esposti all'azione amministrativa.

E' evidente come sia possibile ricercare, per tal via, nuovi equilibri tra esigenze diverse: da quella del conseguimento di più elevati livelli di trasparenza nella valutazione degli interessi avuti di mira, alla censura di modi arbitrari e/o di forme autoritarie nell'interpretazione dell'esistente. Il corretto funzionamento dei mercati non può essere valutato in maniera avulsa dal riferimento a coloro che nei medesimi operano (il cui interesse non può essere sacrificato *tout court* dai meccanismi di mercato); l'attività di regolazione, pertanto, ove rifletta il criterio ordinatorio sopra indicato, riesce ad esprimere un potere disciplinare che tiene conto "dell'effettività del contraddittorio di tutte le parti che concorrono su un determinato mercato"⁹⁶.

Alla luce di quanto precede, può accettarsi la tesi, richiamata in precedenza, secondo cui l'ingresso nel nostro diritto amministrativo della logica partecipativa determina la sostituzione del primato del consenso a quello dell'autorità. Va da sé che, in tale contesto, la P.A. non è più configurabile espressione, come per il passato, di una posizione di "supremazia generale", laddove la sua discrezionalità (spesso correlata dal legislatore a precostituiti "parametri di natura essenzialmente tecnica") finisce col non incidere più unilateralmente sulla sfera giuridica dei soggetti cui è rivolta l'azione amministrativa⁹⁷.

⁹⁶ Cfr. MERUSI F., 2002.

⁹⁷ In proposito le considerazioni di BASSI A., *Autorità e consenso*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, p. 750, ove si individuano le linee di tendenza per un diritto amministrativo paritario attraverso la verifica dell'utilizzazione a fini partecipativi del procedimento amministrativo, attesa la codificazione di una serie di principi in tal senso contenuta nella legge 7 agosto 1990, n. 241 (p. 748). Inoltre, un significativo contributo all'approfondimento di tale tematica è venuto da un'indagine, in chiave comparata, sulla discrezionalità amministrativa e sui suoi contenuti. La dimostrazione che quest'ultima ora coincide con la ponderazione degli interessi ora con la vera e propria interpretazione consente di pervenire ad una attenuazione del potere discrezionale, essendo la discrezionalità tecnica nella sostanza riconducibile al

In questa prospettiva, deve ritenersi senz'altro riconducibile al processo di avvicinamento tra amministrazioni ed appartenenti all'ordinamento finanziario il fenomeno della c.d. autoregolamentazione settoriale; a fondamento di questo si rinvengono cause molteplici che, rendendo difficile l'affermazione di criteri interpretativi univoci, lasciano aperta la strada a valutazioni diverse. Da qui la non definitività delle soluzioni prospettate.

A fronte di interventi di autoregolamentazione settoriale che si realizzano attraverso integrazioni e modifiche della disciplina contrattuale, è dato rinvenire ulteriori esplicazioni del fenomeno in esame che contribuiscono all'inquadramento di detta tecnica di produzione normativa.

L'analisi deve essere volta alla verifica delle modalità con cui i fondamenti deontologici a base dell'intermediazione finanziaria danno vita a "forme di sorveglianza e vigilanza" che concorrano all'affermazione di un sistema di mercato; in particolare, interessante campo d'indagine si individua nell'accertamento delle modalità con le quali la correttezza comportamentale minimizza il pericolo di danni a carico della clientela, assicurando trasparenza di rapporti e servizi efficienti. Viene, quindi, in considerazione la possibilità di forme di autoregolazione non più limitate al solo settore delle relazioni investitori, emittenti ed intermediari, ma rivolte

dettato normativo. Sicchè la discrezionalità finisce con l'essere intesa come potere (non discrezionale) di valutazione del fatto; onde la sua sindacabilità da parte del giudice.

Tale costruzione – nel ribadire la possibilità di un sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo (che eventualmente potrà rifare la valutazione sulla base di una cognizione autonoma del fatto) – ha come conseguenza una maggiore attenzione della P.A. nei confronti dei destinatari dei suoi provvedimenti, attesa la più accentuata sottoposizione a modifica in sede giurisdizionale cui questi ultimi vanno incontro.

all'organizzazione dei mercati, nonché alla fissazione di procedure di regolamento⁹⁸.

In tale contesto è ipotizzabile che gli appartenenti all'ordinamento finanziario - abbandonando una posizione di sostanziale indifferenza ed inattività per quel che riguarda l'ottimizzazione delle strutture e delle modalità di funzionamento del mercato – riescano a realizzare una concreta osmosi con l'apparato amministrativo di controllo, recando così un qualificato contributo al governo del settore. Del resto da tempo la dottrina si era espressa a favore di interventi di tal genere, ritenendo che la loro presenza fosse essenziale al graduale rinnovamento del nostro sistema⁹⁹.

E' evidente come si versi in presenza di un processo innovativo che, senza incidere sulla filosofia su cui è fondato il “mercato regolato”, tiene conto della possibilità di modificarne l'essenza attraverso l'azione responsabile degli intermediari. Questi ultimi – intervenendo nella creazione delle forme disciplinari che consentono condizioni di reale affidabilità (da parte dei risparmiatori-investitori) – potranno contribuire, in maniera determinante, alla soddisfazione del bisogno di fiducia del pubblico; donde l'affermazione della tendenza a ridurre la distinzione degli operatori rispetto agli organi di controllo, in un contesto che si caratterizza per la convergenza e l'incontro tra portatori di interessi diversi.

Risulta evidente come, pur restando formalmente inalterata la differenziazione di ruoli tra autorità di vertice ed appartenenti al sistema, il concorso di questi ultimi nelle scelte normative consentirà una regolamentazione più adeguata alle esigenze del settore e, dunque, in grado

⁹⁸ Cfr. CAPRIGLIONE F., *Amministrazione e autoregolazione del mercato finanziario*, cit., p. 28.

⁹⁹ Sul tema ANDREATTA G., *Le poche cose da fare*, in AA. VV., *Le banche e il capitale di rischio: speranze o illusioni?*, Bologna, 1984, p. 217.

di evitare situazioni che possano alterare i meccanismi allocativi del mercato finanziario. Decisiva, al riguardo, deve ritenersi la capacità, che in tal modo si determina, di mediare tra interessi generali ed interessi collettivi (della categoria), onde la predeterminazione di regole che riflettano la consapevolezza della stretta interrelazione tra i vari segmenti del mercato, nonché della fungibilità degli strumenti adoperati.

In conclusione, quindi, solo una crescita economica improntata a principi che raccordino le istanze del mercato a quelle provenienti dalla società civile – e, più in generale, ad una cultura della solidarietà (nella quale dovrebbe compendiarsi l'istanza politica) – consente un cambiamento dell'organizzazione pubblica, coerente con un equilibrato rapporto tra processo economico, ordine giuridico e sviluppo sociale.

3.2. Segue: le implicazioni nel rapporto tra potere politico e società civile

Ogni società organizzata politicamente, a prescindere dalle diverse configurazioni strutturali e dai rapporti tra governanti e governati, è rappresentata dal potere, ossia da un'autorità legale che si configura come il principio essenziale dell'unità sociale e che coordina l'attività dei singoli al conseguimento del bene comune⁹⁹.

Inoltre, presso i popoli moderni, organizzati nella forma di Stato nazionale, il potere dello Stato rappresenta la Nazione. In concreto, quindi, lo Stato sono gli uomini al potere e, poiché la società vede garantita la sua unità di corpo politico dello Stato, ne segue che il potere rappresenta la società come un tutto.

La rappresentanza politica costituisce uno dei temi più controversi della teoria dello Stato. Fondata sull'elezione - considerata come il miglior modo di designazione dei governanti (rispetto alla nomina, alla cooptazione, all'eredità ...) che debbano essere posti in collegamento con i governati al fine che la loro azione risulti tendenzialmente conforme alle effettive esigenze della collettività - la rappresentanza si configura come il ponte democratico tra società e potere¹⁰⁰.

⁹⁹ E' quanto accade a partire dalla prima delle società, la più naturale: nella famiglia il capofamiglia, nell'esercizio della patria potestà, la rappresenta. Nelle società patriarcali questo potere si dilata, e il capofamiglia più anziano passa a rappresentare tutti gli altri gruppi familiari costituiti attorno a lui.

¹⁰⁰ In generale sull'argomento HOFFMAN H., *Rappresentanza-rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, Milano, Giuffrè Editore, 2007.

Negli organismi rappresentativi della società civile di fronte al potere politico si dovrebbe riprodurre l'immagine della società realmente esistente; ciò con la conseguenza di fare della rappresentanza quasi uno specchio di questa realtà. Mediante la rappresentanza si garantisce la partecipazione del popolo al governo: si realizza una forma di autogoverno, un sistema dove è la collettività tutta a decidere le proprie regole, ad autodisciplinarsi per tutelare valori, principi, identificati come prioritari e indissolubilmente caratterizzanti tale comunità¹⁰¹.

Il potere spetta al popolo, e costui riconosce valide solo le norme che sono frutto di una deliberazione collettiva. Non è più sufficiente avere un ordine, un potere comunque costituito che permetta il rispetto di regole, che garantisca l'effettività di un ordinamento giuridico; un regime autoritario-impositivo non è più tollerato. Il gruppo vuole autoregolamentarsi, per evitare imprevedibili coazioni e limitazioni che possano negare i principi fondamentali collettivamente riconosciuti. Si registra, sempre di più, l'esigenza di realizzare forme di governo basate sul coinvolgimento sociale più che su imposizioni autoritarie. Ciò attraverso norme che conferiscono poteri, che autorizzano l'esercizio di determinate attività e che garantiscono la pretesa all'ottenimento di determinati benefici, di vantaggi economici e non solo.

Diritto non sarà più soltanto quello derivante da decisioni del potere politico, scaturente dallo Stato, ma quello effettivamente presente nella

¹⁰¹ Cfr. BOBBIO N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit. La società moderna diviene il risultato di conquiste sociali importantissime, rappresenta il passaggio da un sistema autoritario, di regime, ad un sistema democratico.

società, quello riconosciuto come tale dagli individui, che non saranno semplici destinatari dello stesso ma partecipi nella sua costituzione.

In tale nuovo tipo di società, dunque, il singolo individuo prende parte al procedimento di formazione delle norme, non è un semplice spettatore della creazione politica, limitandosi nella scelta dei componenti soggettivi del potere. Il diritto nasce dal basso per diversi motivi. L'accordo diviene l'elemento principe su cui ruota l'intera comunità, esso rispecchia non solo i rapporti tra le varie organizzazioni internazionali, tra le società mondiali, tra gli Stati di tutto il mondo, ma anche i rapporti tra i privati.

A tal riguardo afferma Pietro Barcellona che *“come alla base della civiltà sta il divieto dell'incesto, alla base del diritto moderno c'è una sola norma che possiamo dire fondativa della stessa modernità, il divieto di interferire nella sfera altrui senza il consenso dell'interessato. Il fondamento dell'obbligazione diventa il consenso; l'obbligazione moderna, non solo quella privata, ma anche quella pubblica (verso lo Stato), è fondata sul consenso. L'individuo libero non ha legami sociali, ha solo rapporti giuridici che derivano dal contratto liberamente stipulato¹⁰²”*.

Secondo la concezione classica dell'ordinamento giuridico, i dispositivi materiali che informano i singoli sulle norme istituite (le c.d. fonti “ufficiali”) sono i Codici¹⁰³, la Gazzetta Ufficiale, Decreti, Circolari ministeriali, un'elencazione puramente teorica di elementi formali.

¹⁰² Così BARCELLONA P., *Il declino dello Stato-Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Bari, Dedalo, 1998.

¹⁰³ ... penale, civile, processuale, etc.

Nella realtà attuale altro interessa la struttura sociale, altri elementi hanno la capacità di imporsi, attraverso forme legittimanti diverse: prassi, regolamenti, accordi, deleghe, negoziazioni.

In tale nuovo contesto, si abbandona la pregressa connessione tra giuridicità ed effettività, derivante da un'imposizione coattiva. Una cosa è l'effettività, un'altra la giuridicità della norma¹⁰⁴. E' necessario spostare l'ottica all'interno della comunità, indagare sul comportamento dei singoli rispetto alle regole presenti, distinguendo quelle percepite come obbligatorie dalle altre seguite spontaneamente. Diviene obbligatoria non soltanto la norma che fonda la sua effettività sull'uso della forza, ma anche quella che s'impone con mezzi differenti, disciplinando le relazioni tra gli individui; anch'essa, nella realtà odierna, costituisce diritto¹⁰⁵.

L'arcaica concezione di obbligatorietà, di tipo coercitivo, è espressione del potere statale, dell'utilizzo della forza tramite organi predisposti, che, nella pratica, hanno perso efficacia. La crisi della legalità, infatti, origina proprio dalla perdita della rigida applicazione delle sanzioni; tale prevedibile conseguenza, peraltro, va scemando parallelamente all'utilizzo di forme impositive differenti, le stesse utilizzate dalle organizzazioni private, dai poteri alternativi di fatto presenti¹⁰⁶.

Lo Stato perde la propria sovranità e si slega dalla coercizione fisica: riconosce allo stesso tempo poteri sovranazionali che ne fanno a meno, che si avvalgono della *governance* per dare effettività alle decisioni¹⁰⁷. La

¹⁰⁴ Giuridico è il contenuto di un insieme di norme imposte alla società, percepite dagli individui come obbligatorie.

¹⁰⁵ In tal senso si rimanda a CATANIA A., *Metamorfosi del diritto*, cit., p.35.

¹⁰⁶ Cfr. ROSA M. e VERGA M., *La storia moderna 1450-1870*, Milano, Mondadori, 2003.

¹⁰⁷ Gli altri poteri che consecutivamente s'impongono non possono utilizzare tale mezzo impositivo, monopolio dello Stato, e divengono i fondatori di tale nuova metodologia.

società è attraversata da diversi vettori di poteri, statali, sovranazionali, privati (in forme organizzative) che utilizzano tutti la stessa tecnica. Giuridica non sarà solo la norma che deriva da un determinato soggetto (lo Stato), ma anche quella che riuscirà “ad imporsi” spontaneamente o con tecniche diverse. L’ordinamento giuridico sarà costituito dall’insieme di queste norme. Pertanto, tale nuovo tessuto regolamentare, frutto di un gioco di forze rappresentativo dei rapporti tra i nuovi poteri sociali, utilizza l’ordinamento giuridico vigente per legittimarsi, per ottenere riconoscimento, per imporre obbligatorietà ai propri contenuti.

I nuovi poteri che s’inseriscono con forza nella struttura societaria, affiancandosi allo Stato, sostituendolo in determinati settori, impiegano il lessico giuridico per validare ed implementare le regole. Il linguaggio giuridico diviene, dunque, il “codice comunicativo¹⁰⁸” attraverso il quale diffondere le regole poste in diversa maniera dal basso e che ottengono effettività mediante metodi differenti da quelli caratterizzanti le regole giuridiche tradizionalmente intese.

La realtà sociale ritrova al suo interno la vecchia dicotomia potere-libertà, ma non è più facilmente identificabile con determinati soggetti (padrone, signore, re, dittatore, imperatore ...) e il semplicistico atteggiamento riduttivo di far coincidere il potere politico con lo Stato è oramai poco credibile.

¹⁰⁸ Sull’argomento MONTANARI B., *Profili di teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1995. “ Un ente, in quanto tale, per esistere ed operare deve darsi un criterio di comunicazione che lo renda riconoscibile all’esterno. La sua rilevanza giuridica, proprio dal punto di vista della sostanza sociologico-materiale che gli è propria, non può prescindere, quindi, da un sistema di riconoscimento e di comunicazione.

Lo Stato c'è, ha un ruolo importante, ma non è il solo a tenere le redini della società, e il diritto rispecchia tale realtà¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Un passo del testo di BARCELLONA P., *IL declino dello Stato*, cit., è illuminante in tal senso: *“La norma non è più la legge, intesa nel senso classico, come direttiva di un comportamento alla quale il singolo può rispondere adeguandosi o trasgredendola; la norma non è più comando di realizzare un obiettivo o un fine, ma è divenuta una regola del gioco, di un gioco giocabile da tutti.*”

3.3. L'incidenza sull'identificazione di soluzioni alternative delle controversie in ambito bancario e finanziario.

1. L'identificazione di soluzioni alternative delle controversie in ambito bancario e finanziario permette una efficace tutela dei clienti, senza il bisogno per quest'ultimi di dover ricorrere all'ausilio dei tribunali che, come noto, presentano tempi lunghi di attesa nonché ingenti costi da sostenere. Configurandosi, per tal via, una nuova arma per il rispetto della trasparenza ovvero il risarcimento del danno, si amplia, pertanto, lo specchio delle possibilità concesse ai consumatori di poter far valere il rispetto dei propri diritti.

Con riferimento, quindi, all'utilizzo di meccanismi decisionali che conducono a forme di "giudicato" poste in essere al di fuori del fenomeno giurisdizionale, necessita richiamare l'attività svolta dall'*Arbitro bancario finanziario* (di seguiti A.B.F.), previsto dall'art. 29 della legge n. 262 del 2005 ed introdotto dall'art. 128 *bis* TUB.

L'istituzione di tale organismo ha dato vita ad una sorta di *giustizia privata*, in quanto l'attivazione del meccanismo di risoluzione delle controversie è condizionato dalla volontarietà dei soggetti precedenti. Si è in presenza, dunque, di decisioni non riconducibili all'*agere giudiziale* preordinato all'accertamento del diritto), bensì ad un'azione di natura *giustiziale* (volta a dare giustizia) tipicamente propria della P.A.¹¹⁰. Del resto, come è stato sottolineato in dottrina, da tempo si assiste ad un superamento della rigida

¹¹⁰ Cfr. CAPRIGLIONE F., *Il rapporto tra politica ed amministrazione*, cit., p.12.

divisione delle funzioni dello Stato, atteso il riscontro di fattispecie nelle quali “il giudice amministra” e “l’amministrazione si fa giudice¹¹¹”. Sicché, appare indubbio che l’attività di cui trattasi, pur denotando carattere di *sussidiarietà* rispetto a quella giurisdizionale, non può essere considerata sostitutiva della medesima.

In tale contesto logico si giustifica la caratterizzazione dell’A.B.F., che denota una formula ordinatoria improntata ad uno stretto collegamento con l’Organo di vigilanza bancaria (il quale nomina la maggioranza dei componenti dei collegi giudicanti e fornisce la “segreteria tecnica” per l’istruzione dei procedimenti). Si spiega, altresì, la dichiarazione della Banca d’Italia di volersi avvalere di siffatto organo decidente ai fini di un più compiuto esercizio dei propri compiti istituzionali, per tal via asseverando la menzionata qualificazione giuridica ascrivibile alla funzione decisionale dell’A.B.F. e, più in generale, la propria interazione con quest’ultima.

Rileva, inoltre, la mancanza, nell’*iter* procedimentale dell’Arbitro, di un contraddittorio processuale in ordine alla formazione della prova (tipica dei sistemi accusatori); mancanza che non è sostituita dai poteri d’ufficio dell’organo giudicante¹¹². Analogamente è a dirsi con riguardo ai tratti caratterizzanti la posizione di componente del collegio giudicante: sarebbe fuor luogo ipotizzare, nella fattispecie, la riferibilità al sistema di garanzie

¹¹¹ In tal senso si rimanda alle considerazioni di MONTEDORO G., Intervento alla tavola rotonda nel convegno di Lecce “*Giustizia amministrativa e sviluppo economico*”.

¹¹² Come, invece, accadrebbe ove quest’ultimo fosse in grado di mettersi liberamente alla ricerca della prova.

che la nostra Carta costituzionale riconosce agli appartenenti dell'ordinamento giurisdizionale¹¹³.

2. la piattaforma normativa in materia di trasparenza generata dalle fonti primarie e secondarie, dagli interventi di autoregolamentazione e in genere da tutti i progetti a tutela del consumatore di prodotti bancari, dispone le basi per la concretizzazione di un modello di consumatore informato e consapevole. Questi è, dunque, in grado di muoversi tra le insidie e le opportunità proposte dal mercato bancario, che sa operare le scelte a lui più convenienti e che, di conseguenza, può individuare la presenza di comportamenti illeciti, condotte vietate, o anche semplici errori in cui le banche possono in buona fede incappare, provocando al cliente stesso condizioni svantaggiose ingiustificate.

Un cliente informato sa riconoscere una situazione a lui sfavorevole e, di conseguenza, sa adoperarsi in maniera tale che la condizione di danno sofferta venga al più presto rimossa.

Per agevolare la clientela bancaria, dal 15 aprile 1993 è entrato in vigore il "Regolamento dell'ufficio reclami degli enti creditizi e dell'Ombudsman bancario" in seguito ad una iniziativa dell'ABI; organismo cui hanno aderito gran parte degli istituti di credito italiani, ai quali, dal 1° gennaio 2002, si sono uniti anche gli intermediari finanziari con conseguenti vantaggi in termini di tutela per i consumatori.

A livello comunitario sono rintracciabili le fonti normative da cui prende spunto il regolamento sopramenzionato. Tra questi si annovera la direttiva 102/87/CE sul credito al consumo, nella quale furono stabiliti criteri

¹¹³ Cfr. CAPRIGLIONE F., *Il rapporto tra politica e amministrazione*, cit., p. 12.

ordinatori affinché gli Stati membri promuovessero la “creazione di appropriati organismi atti a ricevere i reclami in merito ai contratti di credito oppure alle condizioni di credito e a fornire ai consumatori informazioni e consigli al riguardo¹¹⁴”.

Ancora, sempre a livello europeo, è da segnalare la raccomandazione della Commissione concernente la trasparenza delle condizioni bancarie applicabili alle transazioni finanziarie transfrontaliere, raccomandazione che auspicava l’istituzione di organismi indipendenti deputati alla risoluzione dei reclami degli utenti¹¹⁵.

Infine, sempre con una raccomandazione della Commissione del 30 marzo 1998 sono stati fissati i principi a cui devono conformarsi gli organismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di credito al consumo. Nello specifico, ci si riferisce: a) all’indipendenza dell’organismo decidente; b) alla trasparenza delle procedure e dell’attività svolta dagli organismi decisori; c) al rispetto del principio del contraddittorio; d) all’efficacia della procedura, in termini di snellezza e ridotta onerosità della stessa; e) alla legalità della stessa; f) alla libertà di adesione alle procedure extragiudiziali fino all’insorgere delle controversie; g) alla possibilità degli utenti di farsi rappresentare¹¹⁶.

Questa breve parentesi comunitaria introduce l’esame del regolamento di cui sopra, il quale ha dato vita sia all’Ombudsman, sia all’Ufficio reclami delle singole banche (al quale la clientela può ricorrere una volta che il

¹¹⁴ Cfr. art. 12, comma 1, lettera c, direttiva 87/102/CE.

¹¹⁵ Raccomandazione della Commissione del 14 febbraio 1990, concernente la trasparenza delle condizioni bancarie applicabili alle transazioni transfrontaliere, n. 90/109/CE, sesto principio.

¹¹⁶ Raccomandazione della Commissione del 30 marzo 1998, n. 98/257/CE, riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo.

tentativo di risolvere i problemi con i responsabili delle filiali degli intermediari si sia concluso senza soddisfazione per l'utente).

Il cliente, sia privato che imprenditore o società, potrà compilare quindi l'apposito modulo messo a disposizione dalle banche ed inviarlo con lettera raccomandata all'Ufficio reclami della banca con la descrizione dell'accaduto, con i propri dati identificativi e quelli del relativo rapporto di conto nonché con le richieste avanzate e l'elenco dei documenti allegati.

Dal momento della ricezione, l'Ufficio reclami ha sessanta giorni per rispondere. Se si tratta di decisione favorevole per il cliente, la risposta deve contenere anche i tempi ed i modi per provvedere alla sistemazione; al contrario, in caso di mancato accoglimento del reclamo, al cliente è concesso il ricorso all'Ombudsman bancario, il quale si deve esprimere in merito.

Questa istituzione (l'Ombudsman) nel nord Europa svolge da due secoli il ruolo di difensore civico: la sua denominazione alquanto curiosa¹¹⁷ è da imputare all'origine svedese. Analizzando l'etimologia della parola si giunge ad un significato letterale ben preciso: Ombudsman significa infatti "rappresentante dell'uomo" (dallo svedese "*ombud*": rappresentare e "*man*": uomo), da cui, traslando ed amplificando il significato letterale, è facile ricondurre il concetto di Ombudsman quale rappresentante del cittadino, ossia portavoce dei diritti dei cittadini.

Tale organizzazione è finanziata totalmente da parte delle banche aderenti ed è composta da cinque membri, così individuati:

¹¹⁷ Al punto tale che alcuni siti internet riportano forum con l'obiettivo di reinventargli un nome. Si veda, a titolo esemplificativo, www.radio24.ilsole24ore.com, sezione *Opinioni a confronto*, e specificatamente l'iniziativa: "Che nome daresti all'Ombudsman?".

- Presidente nominato dalla Banca d'Italia;
- due membri nominati dal Presidente dell'ABI;
- uno nominato dal Presidente dell'ABI, su designazione del Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti ovvero da almeno tre associazioni di categoria scelte dal Consiglio stesso tra quelle iscritte nell'elenco di cui all'art. 5 della legge n. 281 del 30 luglio 1998¹¹⁸;
- uno nominato dal Presidente dell'ABI su designazione di almeno due associazioni di categoria di clienti, scelte tra Confindustria, Confcommercio, Confagricoltura, Confartigianato.

Mentre il Presidente dura in carica cinque anni, gli altri componenti del collegio rimangono in carica per tre anni; tutti, infine, sono rieleggibili una sola volta.

L'Istituzione Ombudsman comporta un notevole contributo alla riduzione della conflittualità tra banche clientela e favorisce il contenimento dei processi pendenti. Essa consente, nel contempo, di evitare i costi ed i tempi dell'accertamento giudiziario che quasi sempre – soprattutto nel caso dei clienti meno facoltosi – superano i possibili vantaggi derivanti dal riconoscimento processuale dei propri diritti¹¹⁹.

A differenza del ricorso all'Ufficio reclami della banca - facoltà di cui può beneficiare qualsiasi persona - il ricorso all'Ombudsman era proponibile soltanto dal consumatore, inteso come privato cittadino al di fuori dell'attività professionale. Pertanto, solo il privato poteva ricorrere a tale

¹¹⁸ Entrante in vigore il 1° gennaio 2006, in cui si rileva una partecipazione attiva delle associazioni dei consumatori, ma soprattutto si aumenta il carattere proprio dell'indipendenza richiesta dall'organo in questione.

¹¹⁹ Essendo, d'altra parte, il ricorso all'Ombudsman gratuito, salvo ovviamente le spese per corrispondenza.

istituzione, sempre che non aveva ancora esperito vie legali o arbitrali, alle quali può comunque aderire in seguito se non soddisfatto da quanto stabilito dall'Ombudsman stesso.

Attualmente, con l'entrata in vigore della riforma del 1° gennaio 2006, si è ampliato l'ambito d'azione dell'istituto, in quanto ora possono ricorrere (oltre ai consumatori) anche le imprese, i commercianti, i professionisti e le società¹²⁰. Altra novità s'individua nell'innalzamento della soglia massima per la quale si richiede l'intervento dell'Ombudsman, precedentemente attestato a dieci mila euro, ora innalzato fino a cinquanta mila euro (naturalmente solo per i ricorsi presentati dopo il 1° gennaio 2006).

La decisione dell'Ombudsman bancario può essere favorevole al cliente ovvero alla banca¹²¹. Nel primo caso, verrà assegnata alla banca o alla società finanziaria un termine di tempo entro il quale dovrà eseguire quanto deciso. Nell'ipotesi in cui la banca non si sia tempestivamente conformata, si stabilisce un termine ultimo per provvedere, decorso il quale (in base all'art. 10 del regolamento sopraindicato) si rende nota l'inadempienza, dandone pubblicità a mezzo stampa, a spese della banca o dell'intermediario inadempiente. Se, al contrario, la decisione è sfavorevole al cliente rimane comunque fermo il diritto per quest'ultimo di rivolgersi all'autorità giudiziaria o ad un collegio arbitrale.

Per la grande diffusione che si è avuta della figura dei difensori civici, è stato istituito nel 1978 "L'international Ombudsman institute" (IOI), che

¹²⁰ Con l'unico limite di non presentare lo stesso ricorso già giudicato inammissibile.

¹²¹ Inoltre l'Ombudsman durante l'istruttoria, ove ritenga la documentazione carente, ha facoltà di chiedere ulteriori dati e notizie al consumatore ed alla banca con l'obbligo di deliberare entro centoventi giorni. A tal proposito, il regolamento del 1993 prevedeva come termine massimo novanta giorni. Tale termine è stato successivamente portato a centoventi giorni con la delibera organizzativa assunta dall'Ombudsman del 23 settembre 2003.

rappresenta più di novanta paesi del mondo e presenta come obiettivo principale quello di coordinare gli Ombudsman bancari nazionali. Oltre all'IOI, è stato creato "L'istituto europeo dell'Ombudsman" (EOI), anch'esso con funzioni di indirizzo tra i vari difensori civici bancari europei¹²².

¹²² Oltre a questi due istituti di rilevanza internazionale, per comporre lo scenario internazionale dei difensori civici occorre menzionare anche la "Federazione Iberoamericana dell'Ombudsman" e "L'Asian Ombudsman Association".

3.4. Innovazione delle tipologie contrattuali

L'ambito giuridico nel quale l'autoregolamentazione trova facile modalità di esplicazione è quello contrattuale, tenuto conto della facilità di introdurre norme di condotta nella disciplina dei rapporti negoziali. Quivi la regola comportamentale, predisposta dalle organizzazioni di categoria, assolve alla funzione di conciliare, attraverso opportune modifiche dello statuto contrattuale, le differenti posizioni in campo. Essa pur incidendo sull'autonomia delle parti, è portatrice di contenuti riferibili all'opera dei gruppi sociali ovvero di organizzazioni rappresentative di categorie che svolgono attività economica; per cui assicura ampia tutela agli interessi collettivi, garantendo nel contempo il rispetto delle prerogative e dei diritti che attengono alla sfera dei terzi¹²³.

Più in particolare, la presenza di regole di comportamento nelle negoziazioni intersoggettive si risolve, sul piano delle concretezze, nell'impiego di "condizioni generali di contratto", disciplinate dall'art. 1341 c.c.¹²⁴. Rilevano, al riguardo, la predeterminazione unilaterale delle forme di autodisciplina (attesa la loro provenienza da associazioni professionali), la generalità di tale normativa (predisposta per una serie indeterminata di rapporti negoziali) ed il suo carattere contrattuale (non derivato da fonti legislative).

¹²³ Cfr. CAPRIGLIONE F., *Amministrazione e autoregolazione del mercato finanziario*, in *Dir. riv. civ.*, cit., p. 26.

¹²⁴ In tal senso LOBUONO M., *Le regole di comportamento degli intermediari mobiliari tra istanze professionali e disciplina del mercato: l'esperienza inglese e francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 112 ss.

Per converso, l'inclusione di tali regole tra le disposizioni convenzionali è presupposto per il riconoscimento della loro efficacia, in conformità, del resto, all'orientamento dottrinario che ricollega al contratto l'accettazione dei relativi contenuti¹²⁵.

L'introduzione, quindi, di prassi standardizzate di contrattazione, conseguente al fenomeno della produzione di massa di beni o servizi, ha dato luogo a fattispecie negoziali nelle quali appare modificato il tradizionale meccanismo dell'incontro di volontà¹²⁶.

La posizione di debolezza che, per solito, contraddistingue il soggetto che instaura rapporti con un ente creditizio interagisce sulle modalità di manifestazione del consenso: tale parte negoziale si limita, infatti, ad aderire ad un contratto interamente predisposto dall'altra, con la conseguenza che la componente precettiva del negozio risulta determinata unilateralmente. Evidente risulta l'esigenza, sottolineata dalla dottrina, di predisporre le condizioni per un riequilibrio di tali rapporti contrattuali.

Inoltre, anche in ambito europeo si ipotizza l'elaborazione di contratti standardizzati, considerando che – essendo in grado di conferire alle parti certezza giuridica – hanno acquisito, oramai, uno *status* quasi normativo. D'altro canto, l'internazionalizzazione delle attività economiche ha condotto ad un ampio fenomeno di standardizzazione delle forme contrattuali da parte di organismi privati, in larga parte rappresentativi degli

¹²⁵ Per tutti BIANCA C., *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Milano, 1982, p. 342 ss.

¹²⁶ Per vero l'accordo, che è a fondamento di un autoregolamento unitario delle manifestazioni di volontà dei contraenti, non si articola in una o più proposizioni nelle quali le parti esprimono il proprio consenso.

imprenditori. In tale contesto, infatti, il contratto rappresenta uno strumento di regolamentazione più efficace rispetto alla rigidità della legge¹²⁷.

Le istanze di universalismo proprie dei rapporti del commercio internazionale mostrano, da lungo tempo, la nascita di prassi consolidate internazionali in materia contrattuale (sono noti i casi del leasing, factoring, lettere di patronage). L'autoregolamentazione in questo caso è legata, dunque, al ruolo del contratto tra le fonti del diritto e, nello specifico, alla capacità delle imprese¹²⁸ di diffondere questi contratti standard¹²⁹.

La ricerca – nell'evidenziare le condizioni socio economiche che, a partire dalla metà degli anni Ottanta, hanno determinato un'accelerazione dei processi di liberalizzazione, donde la riduzione della indicata costrizione della libertà contrattuale (da ricondurre anche ad un mutamento di ruolo dello Stato)¹³⁰ – ha incentrato l'analisi sul problema delle asimmetrie che caratterizza le fattispecie negoziali oggetto del nostro esame. Nel segnalare che dal sistema normativo non provengono più indicazioni univoche, si sottolinea che “il contraente *informato* è contraente cui, coerentemente, nulla dovrebbe essere consentito opporre alle proprie scelte se consapevolmente assunte¹³¹”.

E' evidente come l'esigenza di informazione incida sulla vicenda contrattuale e, precisamente, sulla “dialettica autonomia/controllo” e sul

¹²⁷ Cfr. ENTE PER GLI STUDI MONETARI, BANCARI E FINANZIARI LUIGI ENAUDI, *Le fonti del diritto finanziario in Europa e il ruolo dell'autoregolamentazione*, quaderni di ricerche n. 44.

¹²⁸ ... e degli studi legali che le assistono, anch'essi di dimensione e rilievo internazionale.

¹²⁹ Sul punto ROPPO E., 2001.

¹³⁰ Ci si riferisce in particolare alle implicazioni del processo di integrazione economica europea; per quanto riguarda, invece, il mutato ruolo dello Stato si veda BARCELLONA P., *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996.

¹³¹ A tal proposito DE POLI A., *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, p. 7.

nesso “cooperazione/corresponsabilità¹³²”; ciò, con ovvi riflessi sul riconoscimento non solo del diritto alla correttezza ed alla trasparenza, ma anche “all’equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi¹³³”.

Sotto altro profilo, viene in considerazione la possibilità che una parte negoziale tragga un ingiusto vantaggio dallo stato di dipendenza della controparte, dovuto a difficoltà economiche in cui quest’ultima versa ovvero ad ignoranza ed inesperienza che le impediscono di compiere scelte consapevoli e, dunque, responsabili. Situazioni del genere vengono indicate come contrarie alla libertà contrattuale, rappresentandosi al riguardo il pericolo ad esse connesso di dare spazio a “fumi dirigistici che tendono ad esercitare compromissioni della libertà degli operatori non meritevoli di approvazione¹³⁴”.

Si individua una realtà nella quale – a fronte dell’esigenza di identificare le categorie dei soggetti bisognevoli di apposite forme di tutela (dove la collocazione della figura del contraente debole in un ambito che trascende la stretta dimensione negoziale per assumere la fisionomia di appartenente a gruppi sociali ben definiti, saldando insieme criteri di giustizia sostanziale

¹³² Sempre DE POLI A., *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, cit., cap. I.

¹³³ Sull’argomento PROSPERI A., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. Dir. civ.*, 1999, n. 3, p. 649.

¹³⁴ A riguardo SCHLESINGER P., *L’autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. It.*, 1999, p. 231. In precedenza Oppo (*Commento sub art. 41 Cost.*, in AA. VV., *Codice commentato della banca*, a cura di Capriglione e Mezzacapo, cit., t. I, p. 5 ss., e *Sulle nuove prospettive del diritto della banca*, in *Dir. banc. Merc. Fin.*, 1988, I, p. 287 ss.), soffermandosi sul carattere imprenditoriale dell’attività bancaria, si era richiamato al rispetto dei valori (in primo luogo l’utilità sociale) previsti dalla nostra Costituzione ed aveva sottolineato l’esigenza di ritenere applicabile alla nostra materia il “principio di parità di trattamento”. Secondo l’autore, infatti, detto principio è coordinabile col pluralismo bancario e con la presenza di differenti situazioni di mercato e di rischio; per vero, queste ultime parrebbero legittimare diversità di regole operative, ma qualora ciò si risolvesse nel discriminare i risparmiatori e gli utenti dei servizi finanziari si finirebbe con l’incidere negativamente sulla migliore fruibilità dei servizi medesimi richiesta dalla utilità sociale (p. 21 del citato *Commento sub art. 41 Cost.*).

e di efficienza economica)¹³⁵ – grande importanza viene ascritta al superamento dell’asimmetria informativa che, come puntualmente è stato sottolineato, “altro non è che una delle più importanti forme di traduzione delle disuguaglianze sociali di base all’interno della dimensione economica (dello scambio)¹³⁶”.

Da qui la riconduzione delle indagini in materia all’accertamento degli orientamenti legislativi in tema di tutela dei soggetti più deboli, donde gli interrogativi sulla proposizione di modelli in grado di raccordare al mercato la realizzazione di una *par condicio* tra coloro che in esso operano e, più in generale, la tendenza a dare concretezza all’istanza di libertà sottesa al regime concorrenziale che in esso trova espressione. Si delinea un ampio campo di ricerca nel quale il raggiungimento degli obiettivi sopra indicati fa da presupposto – nella regolazione delle operazioni di cui trattasi – all’emanazione di provvedimenti normativi destinati nel loro complesso ad innovare il nostro sistema finanziario¹³⁷.

In quest’ottica, l’esperienza italiana dell’ultimo decennio - nel mettere in evidenza quanto sia stato importante il contributo recato dalla disciplina dei contratti allo sviluppo del mercato – consente di ritenere che la libertà contrattuale, nella odierna realtà, appare strumentale ad una logica di

¹³⁵ Ci si riferisce all’inquadramento di tali gruppi sociali nella “categoria dei consumatori “ le cui istanze già nel passato sono state esaminate dalla dottrina con riguardo alle interazioni sugli incrementi di produttività connessi al finanziamento dei consumi e, dunque, alle implicazioni sulle strutture dell’organizzazione sociale ed economica.

¹³⁶ Così DE POLI A., *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, cit., p. 10.

¹³⁷ E’ il caso di ricordare, come è stato autorevolmente evidenziato, che il contratto segna il “punto di incidenza e coincidenza della disciplina giuridica vuoi dell’impresa, vuoi del mercato”. Per un approfondimento si rinvia a OPPO G., *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 423, il quale sul punto tiene a precisare che “il collegamento dei dati economici avviene con la mediazione giuridica del contratto”; quadro complessivo dal quale emerge la contrapposizione “di due protagonisti del mercato e, dunque, delle parti dei rapporti d’impresa comunque denominati: imprenditore, professionista o altro; consumatore, utente o altro”.

efficienza, e dunque di risultato, tipica dei mercati aperti alla gara competitiva¹³⁸. Nel contempo, si riscontra un passaggio da forme di salvaguardia *statica* della libera esplicazione del consenso, previste dal codice del 1942¹³⁹, ad una diversa tutela di tipo *dinamico*, alla quale in campo bancario e finanziario provvedono le numerose leggi speciali regolatrici della materia¹⁴⁰. Non a caso un'attenta dottrina, valutando tale stato di cose, sottolinea come sia “il problema informativo a costituire la ragione ispiratrice dell'intervento legislativo in materia di attività di contrattazione”, considerato il nuovo compito che la disciplina del contratto è chiamata ad assolvere nel provvedere alla trasmissione delle informazioni necessarie per il corretto funzionamento del mercato¹⁴¹.

Il contratto deve consentire, dunque, di informare nella maniera più compiuta possibile la parte negoziale debole affinché con consapevolezza si determini al negozio, ed a seguito di tale nuovo compito assegnato al contratto (*rectius*: al documento contrattuale), si inizia a parlare di “forma informativa”, ossia di una funzione del precetto formale che trascende le

¹³⁸ Cfr. CAPRIGLIONE F., *Evoluzione normativa ed individuazione delle problematiche giuridiche dell'ordinamento finanziario*, in AA. VV., *Diritto delle banche, degli intermediari finanziari e dei mercati*, Bari, Cacucci, 2003, p. 33 ss.

¹³⁹ Ed invero il codice del 1942 ritiene ininfluenza, ai fini della disciplina del contratto, la condizione soggettiva delle parti negoziali, preoccupandosi unicamente di assicurare la libertà del consenso, intesa come proiezione giuridica di un diritto di uguaglianza.

¹⁴⁰ Tali leggi, oggi raccolte nel testo unico bancario ed in quello della finanza, sono portatrici sia di disposizioni puntuali, sia di altre strutturate sul recepimento di “clausole generali” (si veda, in particolare, l'esplicito richiamo alla diligenza, correttezza e trasparenza contenuto nell'art. 21 del D. Lgs. 58/1998). Disposizioni che identificano nel loro complesso un articolato meccanismo di integrazione eteronoma del contratto, coerente con l'*intentio legis* di legarne l'essenza alla specificità della funzione regolatrice che si individua in tale settore economico.

¹⁴¹ Così IANNARELLI A., *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in AA. VV., *Diritto privato europeo*, a cura di Lipari, Padova, 1997, IV, p. 72 ss.

funzioni classiche (requisito di validità; requisito per la prova) diventando il veicolo della più completa conoscenza.

Permangono, tuttavia, notevoli difficoltà nella definizione di adeguate strategie di difesa dei risparmiatori/consumatori di servizi finanziari, difficoltà dovute, ad avviso di un'autorevole dottrina, principalmente all'insufficiente istituzionalizzazione delle esigenze del libero mercato e, quindi, alla prevalenza dei controlli finalizzati alla stabilità su quelli afferenti gli interessi dei consumatori¹⁴².

D'altro canto, la mancanza di tutela dei risparmiatori affonda le proprie radici nelle modalità di vendita dei prodotti finanziari, che molte volte risultano poco trasparenti, per non dire addirittura ingannevoli. E' in questa direzione che deve essere ricercata la possibilità di *riscrivere* il sistema dei rapporti tra intermediari finanziari e società civile; attraverso, cioè, l'impegno dei primi a recuperare una fiducia fortemente provata nei tempi recenti, a fondamento della quale vi sia la realizzazione di un *agere* corretto che, senza la necessità di autodefinirsi coerente con i principi dell'etica del mercato, risponda effettivamente a tale logica¹⁴³.

¹⁴² Cfr. ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, Laterza, 2002.

¹⁴³ Cfr. CAPRIGLIONE F., *Operazioni bancarie e tipologie contrattuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2006.

3.5. Segue: le implicazioni del processo di *information technology* sulla disciplina dei contratti

La rivoluzione informatica che negli anni più recenti ha caratterizzato le tecnologie dell'informazione e della comunicazione ha introdotto un dinamismo ed una flessibilità nelle relazioni economiche fino ad oggi sconosciuti. L'avvento di *internet* pone, infatti, su nuove basi l'integrazione dei mercati: si individuano sfide ed opportunità che vanno al di là dell'organizzazione del lavoro e delle relazioni intersoggettive, investendo i criteri che sono a fondamento della cultura di mercato.

Il fenomeno in parola, comunemente noto come passaggio dalla *old* alla *new economy*, ha assunto un ruolo centrale nella trasformazione dei sistemi finanziari nei quali la *information and communication technology* è fautrice di una drastica riduzione dei tempi operativi e di un annullamento degli spazi, cui consegue l'abbattimento dei costi che tradizionalmente hanno contraddistinto lo svolgimento dell'attività finanziaria¹⁴⁴.

In tale contesto, particolare interesse evidenzia l'accertamento delle implicazioni recate dallo sviluppo delle tecnologie informatiche sulla disciplina dei contratti posti in essere da coloro che operano nei mercati (regolamentati e non); verifica che investe problematiche molteplici che, come è stato osservato, non possono essere governate esclusivamente in

¹⁴⁴ In materia la bibliografia è molto vasta: tra i molti DE LAURENTIS G., *Il ruolo dell'information technology*, in AA. VV., *Manuale di marketing bancario*, a cura di Scott W. G., Torino, 1995; MARTINI E., *L'impatto delle tecnologie informatiche sull'industria bancaria e sui mercati finanziari*, in *Economia italiana*, 1999, n. 2; AA. VV., *Internet banking. Tecnologia, economia e diritto*, a cura di Riolo e Masciandaro, Edibank, Roma, 2000 (quinto rapporto della fondazione Rosselli); CAPRIGLIONE F., *Information technology e attività finanziaria*, in *Economia e diritto del terziario*, 2001, n. 1, p. 55 ss.

un'ottica domestica ma esigono “una risposta urgente e coordinata a livello internazionale e nazionale per garantire parità di condizioni concorrenziali tra gli operatori¹⁴⁵.”

I mutamenti radicali determinati dall'affermazione su scala mondiale di *internet* consentono a molte imprese di avvantaggiarsi, anche con limitati investimenti, dell'innovazione tecnologica per sviluppare nuovi servizi mediante una relazione interattiva con i propri clienti. Ciò si rende possibile tramite l'utilizzazione di un “sito” per offrire prodotti e/o servizi ad un prezzo conveniente, consentendo ai potenziali clienti di conseguire condizioni difficilmente ottenibili *off-line*, cioè previo ricorso ai tradizionali canali di collegamento tra la banca e la clientela¹⁴⁶.

Al riguardo la ricerca risulta orientata, per un verso, all'esame della possibilità per un sito *web* di dar vita ad un'attività di scambi organizzati, per altro all'accentramento dei limiti entro cui detta possibilità trova riscontro e, dunque, si configura realizzabile. Si intende fare riferimento a scambi di attività finanziarie in genere, cioè tanto alla negoziazione di strumenti di investimento quanto alla raccolta di depositi bancari ed all'offerta di finanziamenti.

Sotto il primo aspetto, non sembrano sussistere dubbi a ritenere che – a fronte dell'affermazione di un sistema integrato di telecomunicazioni e dello sviluppo delle nuove forme di commercio nel cyberspazio – lo spostamento dei mercati alle reti identifica una naturale conseguenza di

¹⁴⁵ Cfr. DESARIO V., *La Banca d'Italia e lo sviluppo dell'e-banking*, in *Documenti della Banca d'Italia*, 2000, n. 676, p. 24.

¹⁴⁶ Per una compiuta disamina delle tipologie di contratti telematici e, dunque, per un'attenta valutazione della forma del contratto e del tempo e luogo della sua conclusione si rimanda a TORINO, *Contratti finanziari conclusi tramite internet*, in AA. VV., *I contratti del mercato finanziario*, a cura di Gabrielli e Lener, Torino, Utet, 2004, t. 1, p. 459 ss.

quella che in letteratura viene ormai individuata come “l’era dell’accesso¹⁴⁷”. L’evoluzione informatica ha reso possibile, infatti, l’affermazione di una realtà che appare fondata su un reticolo di relazioni reciproche, attraverso il quale il vantaggio dei singoli assurge a presupposto di ottimizzazione collettiva del sistema; donde il rilievo ascritto a variegate tipologie di rete nella ricerca di idonee linee di produzione e sviluppo¹⁴⁸.

Si apre, dunque, uno scenario nel quale la completa *virtualità* dei sistemi bancari e finanziari assurge a presupposto di un’attività che si caratterizza sempre più per dinamismo, snellezza ed efficienza; donde la realizzazione di condizioni di effettiva comparabilità dei prodotti esistenti sul mercato. Sono evidenti i riflessi di tale realtà a livello di trasparenza, obiettività, correttezza ed economicità del mercato; ciò stante la possibilità, che per tal via viene offerta all’utenza di documentarsi, di confrontare le variegate proposte ed eventualmente selezionare le proprie scelte nella vasta gamma dei prodotti bancari e finanziari portati a sua conoscenza.

Da qui il fondamentale rilievo ascrivibile alla diffusione delle forme di *e-commerce* e di finanza *on-line*, cui si ricollegano le possibilità di crescita

¹⁴⁷ Così RIFKIN G., *L’era dell’accesso*, Milano, 2000, p. 22 ss. Per quanto concerne, invece, la problematica giuridica indotta dall’avvento di internet si veda STELLA RICHTER G., *Prime osservazioni su intermediazione finanziaria ed internet*, in *Dir. inf. Inform.*, 2000, p. 435 ss.

¹⁴⁸ Sul tema CASTELLS M., *The information age: Economy, Society and Culture*, Cambridge, Mass, Blackwell Publishers, 1996, I, “The rise of the network society”, p. 191; con particolare riferimento all’inquadramento di tale attività nell’ambito della normativa Consob, cfr. RABITTI BEDOGNI C., *Mercati finanziari ed internet: la tutela dei risparmiatori*, in AA. VV., *Internet banking. Tecnologia, economia e diritto*, p. 417 ss.

del fenomeno e, con questa, una più approfondita conoscenza dei mercati riveniente dall'attività distributrice di servizi¹⁴⁹.

Naturalmente, a fronte delle indicate opportunità riscontrabili nella nuova economia delle reti, si individuano molteplici e complessi problemi, la cui soluzione rappresenta la vera sfida recata da *internet*. Il futuro appare, infatti, costellato di nuove figure di operatori finanziari che, avvalendosi di appositi “portali” (vale a dire di gigantesche finestre che guardano sul variegato universo dei fruitori di reti *web*), riusciranno a svolgere un'attività che si qualifica vuoi per i volumi (destinati sicuramente a sopravanzare quelli espressi dalle forme operative tradizionali), vuoi per la capacità di orientarsi ad una clientela selezionata e fortemente profilata, con ovvia riduzione dei costi di gestione.

Si è in presenza di una realtà destinata ad incidere profondamente sulla disciplina del contratto. Ciò, soprattutto con riferimento all'applicazione delle regole destinate alla trasparenza dei rapporti negoziali e, dunque, all'informazione di coloro che intendono acquistare prodotti finanziari, con riguardo ai quali la normativa vigente impone agli intermediari di effettuare un'idonea *profilatura* della capacità di assunzione dei rischi nonché di rispettare l'*adeguatezza* dell'entità delle operazioni a detta capacità¹⁵⁰.

Sotto altro aspetto, viene in considerazione il sistema di garanzie assicurate ai consumatori di servizi finanziari, le quali nelle operazioni di cui trattasi si riducono a quelle previste dalla normativa che regola *l'offerta a distanza*

¹⁴⁹ In particolare le considerazioni di FALCHI, GINEFRA, LOVECCHIO, *Stati Uniti: internet e finanza*, in *Mondo bancario*, 2000, n. 5; CONTI L., *The impact of New Technology of the Financial Services Industry*, in *Luiss International Journal*, n. 1, February 2000.

¹⁵⁰ Sull'argomento COSTI R. e ENRIQUES L., *Il mercato mobiliare*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, VII, Padova, 2004, p. 363 ss; ANNUNZIATA, *la disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2004, p.117 ss.

dei servizi finanziari; da qui il carattere “non unitario” della regolazione che vede variamente combinate norme di autodisciplina degli operatori con disposizioni introdotte dalle autorità di settore ovvero di provenienza comunitaria¹⁵¹ e la prospettiva di una compiuta definizione delle forme di tutela dei risparmiatori-investitori realizzabile solo allorché si sarà pervenuti ad una più completa armonizzazione del diritto comunitario dei mercati finanziari¹⁵².

In tale contesto, la definizione aziendale, ed in particolare la grande articolazione territoriale propria della tradizionale struttura organizzativa della banca, appare destinata a perdere valenza, mentre (al suo posto) acquista crescente rilievo l’informazione e, più specificatamente, la strumentazione tecnica su cui quest’ultima si fonda. Come in autorevole sede sull’argomento è stato sottolineato, l’innovazione informatica abbatte i costi di distribuzione ed attenua la rilevanza della distanza geografica tra domanda e offerta, donde la possibilità per il sistema finanziario italiano di una concreta “prospettiva di sviluppo¹⁵³”.

¹⁵¹ Tra i molti ALPA G. e ANDENAS M., *Fondamenti del diritto privato europeo*, Giuffrè, 2005, p. 678 ss.; ANTONUCCI A., *Profili giuridici del commercio elettronico di prodotti finanziari*, in *Mondo bancario*, 2000, n. 4, p. 49 ss.; PARRELLA B., *La disciplina speciale dell’offerta a distanza di “prodotti finanziari” e di “servizi d’investimento”*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 2000, p.38 ss. Più in generale, rileva la riferibilità alla direttiva n. 1999/49/CE sulle vendite a distanza, recepita con il D. Lgs. 2 febbraio 2002, n. 24, la quale – per quanto sia stata considerata dalla dottrina una “pietra miliare” del diritto dei consumatori e del diritto privato europeo – riduce le forme di tutela praticabili alla “individuazione di un nucleo minimo essenziale di garanzie non derogabile dalle parti” (così ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, op. cit., p. 238).

¹⁵² Tra le opere in materia SEPE M., *Profili evolutivi della disciplina dei mercati e la repressione degli abusi di mercato*, in AA. VV., *L’ordinamento finanziario italiano*, a cura di Capriglione, Padova, 2005; ORTINO M., *Il mercato comunitario dei servizi d’investimento. Il “trading on line”*, Milano, 2005.

¹⁵³ Cfr. FAZIO A., *L’informatica: una prospettiva per lo sviluppo*, in *Documenti della Banca d’Italia*, 2000, n. 656.

Compito della ricerca è in primo luogo l'identificazione e la definizione delle nuove tipologie operative *on line*. Al riguardo, il riferimento alle modalità attraverso cui trova estrinsecazione l'*agere* finanziario – e, dunque, il significato tecnico giuridico ascrivibile ad internet – fa da presupposto all'accertamento della possibilità di ricondurre le attività di cui trattasi nell'ambito della c.d. “offerta fuori sede”, stanti le indicazioni in tal senso rivenienti dall'art. 32 TUF¹⁵⁴.

Inoltre, il ricorso a servizi *on line* e, con questi, a modalità di inoltro degli ordini mediante strumenti tecnologici ha dato luogo ad un'interessante problematica con riguardo alla conclusione del contratto, nonché alla definizione dei profili di responsabilità degli intermediari che trasmettono ovvero ospitano sulle reti *web* le informazioni relative al servizio fornito. Ed invero, la fattispecie negoziale che si verifica in sede di *E-Finance* (e, più in generale, di *E-Commerce*) sostanzia una tipologia di offerta *delocalizzata*, vale a dire non necessariamente riconducibile ad una precisa sede territoriale ed avente come destinatari gli acquirenti di qualsivoglia paese.

In tale contesto si individua un'evidente incertezza interpretativa della volontà negoziale, causata soprattutto dalla indeterminabilità delle conseguenze della dichiarazione. In particolare, il confronto tra le indicazioni rivenienti dalle direttive comunitarie sui servizi *on line*¹⁵⁵ e la realtà normativa interna del nostro Paese, ha dato adito a perplessità, con riguardo al momento della conclusione del contratto; si è dubitato della

¹⁵⁴ Nel quale è espressamente previsto che la promozione ed il collegamento a distanza di servizi di investimento e strumenti finanziari possono essere effettuate mediante tecniche di comunicazione a distanza.

¹⁵⁵ Ci si riferisce in particolare alla direttiva n. 2000/31/CE sul “commercio elettronico”.

stessa configurabilità (*rectius*: necessità) dell'accordo¹⁵⁶, si è parlato di “disumanizzazione del contratto¹⁵⁷” ed infine è stata espressa incertezza in ordine alla modificabilità del ruolo delle parti durante la trattativa, investendo, per tal via, la problematica relativa al carattere non recettizio della revoca della proposta ed al principio di tutela dell'affidamento.

¹⁵⁶ Cfr. IRTI N., *Contratto senza accordo*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1998, p.347 ss.

¹⁵⁷ In tal modo Giorgio Oppo intitola un saggio apparso su *Riv. dir. civ.* nel 1998.

CAPITOLO 4

LE MODALITA' APPLICATIVE DELL'AUTOREGOLAZIONE NEL PROGETTO "PATTICHIARI"

4.1. L'obiettivo

Nel 2000 il Comitato Esecutivo dell'ABI, costituendo appositi gruppi di lavoro, ha dato avvio ad un'attività di ricerca approfondita sul tema del rapporto tra le banche e la società. Questo studio ha messo in evidenza una forte differenza tra ciò che ispira i valori ed il lavoro delle banche e ciò che i clienti percepiscono, creando, per tal via, una situazione di disagio avvertita soprattutto da questi ultimi, che richiede necessariamente di essere colmata o quanto meno il più possibile ridotta.

Molto diverse sono risultate, in particolare, le valutazioni sui concetti chiave di *trasparenza*, *correttezza*, *fiducia*, ed *efficienza*. Per rendere l'idea, le indagini demoscopiche effettuate su un campione rappresentativo della popolazione rivelarono che solo il 33% degli italiani aveva fiducia nelle banche.

Il Progetto PattiChiari nasce quindi con lo scopo di ravvicinare le parti e di migliorare concretamente il rapporto banca-cliente. L'obiettivo è ambizioso e, per raggiungerlo, è indispensabile rimuovere alcuni aspetti di rigidità dell'attività bancaria tentando di instaurare una nuova relazione con le

imprese e le famiglie, fondata su un dialogo *chiaro, comprensibile e corretto*. La scelta è stata quella di offrire al pubblico una gamma di strumenti semplici che favoriscano la comprensione dei prodotti bancari, facilitino l'accessibilità alle informazioni, agevolino la comparazione tra i prodotti e sostengano quindi la consapevolezza delle scelte e delle relative implicazioni connesse.

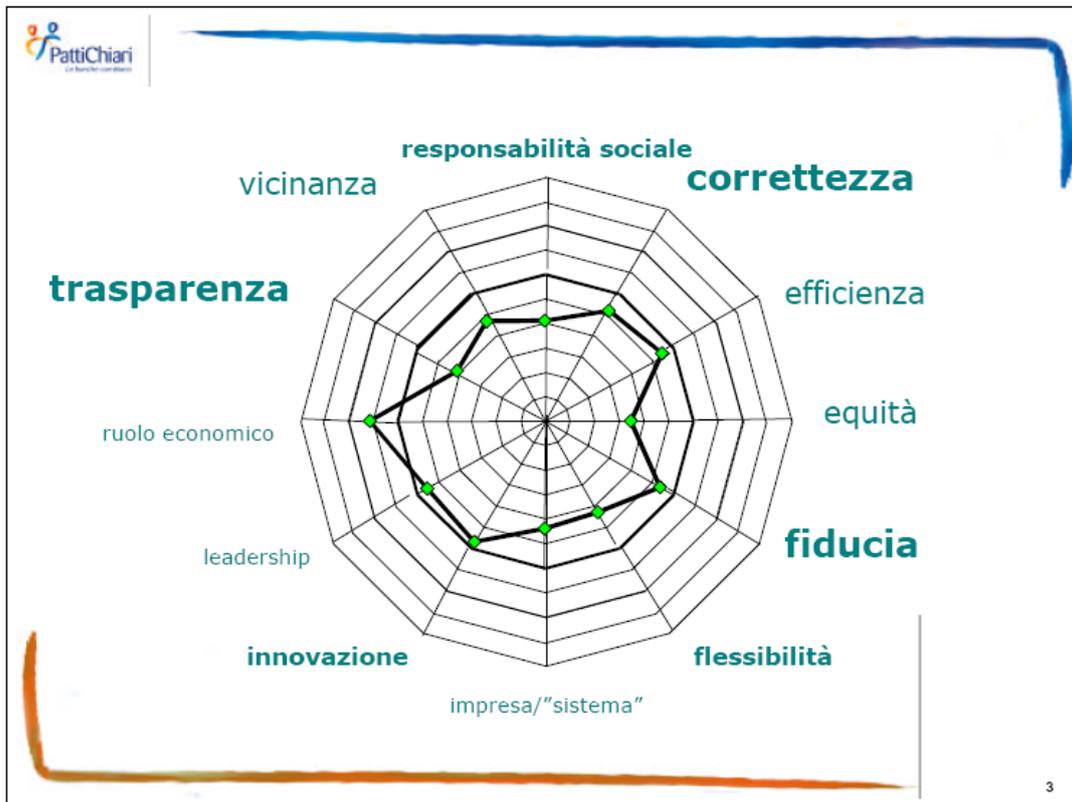


Figura n. 2 - Differenze nella percezione della relazione banche-clienti

4.2. Il Consorzio

Il nucleo fondamentale del progetto Pattichiari è il Consorzio - nato il 9 settembre del 2003 - a cui hanno aderito, secondo recenti pubblicazioni, il 93% delle banche presenti sul mercato, e che si presenta oggi come un soggetto autonomo rispetto al promotore dell'iniziativa, ossia l'ABI.

Il consorzio è composto da sette organi: l'Assemblea dei Consorziati, il Consiglio Generale, il Comitato Direttivo, il Comitato di gestione del Marchio, il Collegio dei Revisori, il Presidente del Consorzio, la Segreteria Tecnica.

L'Assemblea dei Consorziati è costituita da tutte le banche e gli intermediari associati all'iniziativa; tutti hanno diritto ad un voto, a patto che siano in regola con il versamento delle quote e con il versamento delle penalità. L'Assemblea deve riunirsi almeno una volta l'anno e le modalità di convocazione sono descritte nell'atto costitutivo. L'Assemblea delibera su: direttive generali per l'attività del consorzio (su indicazione del Consiglio Generale), l'approvazione dei regolamenti consortili, l'approvazione dei bilanci consuntivi e le relazioni sulle attività svolte, la partecipazione del Consorzio in altri enti e società, le nomine dei componenti del Consiglio Generale e dei revisori contabili, sulla proroga di durata del Consorzio¹⁵⁸, eventuali integrazione dei fondi a disposizione.

Il Consiglio Generale è insieme con il Comitato Direttivo il motore del Consorzio. In merito al primo organo, questo è composto da non più di 20 persone elette dall'Assemblea dei Consorziati, che durano in carica tre

¹⁵⁸ Stabilita fino al 2020, secondo quanto dettato nell'atto costitutivo.

anni; esso delibera sulle strategie generali del Consorzio, nomina i componenti del Comitato di Gestione del Marchio, sottopone all'Assemblea il bilancio consuntivo nonché i progetti di modificazione dello statuto, nomina i componenti del Comitato Direttivo. Particolarità di questo organo è che vi partecipa, in veste di persona votante, sia il Presidente che il Direttore Generale dell'ABI.

Il Comitato Direttivo è l'organo che ha i maggiori poteri all'interno della struttura del Consorzio; è composto da persone che presentano specifiche caratteristiche (nominate da parte del Consiglio Generale), il Presidente è il Direttore Generale dell'ABI, i componenti durano in carica tre anni e sono rieleggibili. Il Comitato approva, anzitutto, le richieste di adesione al Consorzio, delibera sull'esclusione dei Consorziati, sulla concessione e sulla revoca del marchio (su proposta vincolante del Comitato di Gestione del Marchio), predispone i protocolli di certificazione, determina i settori di attività e le specifiche iniziative oggetto di certificazione, gli accordi e le convenzioni con altre società o enti, disciplina l'ammontare delle quote ordinarie e straordinarie che devono essere versate da parte dei consorziati per la copertura delle spese e promuove, infine, ogni iniziativa utile alle finalità del consorzio.

Il Comitato di Gestione del Marchio è l'organo deputato al controllo dell'uso del marchio da parte dei consorziati, i suoi membri (da 5 a 10) devono possedere requisiti specifici¹⁵⁹. Tale Comitato delibera sulla attribuzione e sulla revoca del diritto d'uso del marchio (su proposta

¹⁵⁹ I membri devono possedere i requisiti di onorabilità e di professionalità definiti all'art. 25 del decreto legge n. 365 del 1° settembre 1993. Inoltre, non possono essere eletti individui che svolgono attività di amministrazione e direzione e controllo di società bancarie o di società controllate o partecipate da una o più banche.

dell'ente certificatore) ed accerta la mancata richiesta o il mancato conseguimento della certificazione, valuta i reclami pervenuti da parte dei clienti e dispone, ove se ne rendano necessarie, misure idonee alla risoluzione delle controversie.

La Segreteria Tecnica ha il compito fondamentale di intrattenere le pubbliche relazioni con la stampa ed i clienti; svolge, inoltre, il ruolo di ricezione dei reclami e provvede alla diffusione delle notizie tra i consorziati.

Il Presidente del Consorzio è il legale rappresentante, ha il compito di convocare e presiedere le riunioni dell'Assemblea e del Consiglio Generale e nomina il Segretario del Consorzio. Infine, il Collegio dei revisori ha la funzione di vigilare sull'osservanza delle regole contenute all'interno dello statuto, è responsabile della gestione amministrativa e della regolare tenuta della contabilità.

Altra considerazione importante in prospettiva dell'analisi della struttura del Consorzio - che può essere rilevata, peraltro, nello statuto - concerne il discorso delle fonti di finanziamento, fondamentali nel delineare i costi che sostengono le banche per aderire al progetto. A tal proposito è stabilito che ciascun associato versi al momento dell'adesione una quota e che ogni anno si provveda al versamento di una somma (quota annua); viene stabilito, inoltre, che il Consorzio possa ricevere finanziamenti da enti nazionali o internazionali. Ma la disposizione più importante in *subiecta materia* è quella che afferma che le quote versate non possano superare i servizi resi ai consorziali: in tal modo, il progetto viene ad essere finanziato totalmente da parte delle banche.

Come si può notare l'attività del Consorzio è particolarmente ampia, e ciò comporta la collaborazione delle associazioni dei consumatori e di esperti indipendenti dal settore bancario. Anche per quanto attiene la certificazione delle banche il Consorzio si avvale dell'ausilio di tre imprese esterne, che hanno l'obbligo di verificare l'aderenza agli standard fissati. Principalmente quindi il Consorzio ha una funzione di vigilanza generale, svolge, tra l'altro, il compito essenziale di stipulare protocolli di accordi per la diffusione e la conoscenza delle iniziative nonché di valutare i singoli reclami effettuati da parte dei consumatori.

Il logo, che è il segno distintivo dell'iniziativa, è il bene "venduto" da parte del Consorzio. Nella sua configurazione si è tentato di ricercare un simbolo che potesse, da un lato, aiutare i clienti a riconoscere immediatamente tutte le iniziative del progetto e, dall'altro, riuscire ad imprimere un segnale forte degli obiettivi che il progetto in questione intende perseguire.

Si arriva così alla costruzione di un logo raffigurante alcune persone che, come propriamente si legge sul sito del progetto, "vuole veicolare l'idea di un vero e proprio patto". Tale patto non è solo verso i clienti (visti non come numeri, ma bensì come persone), ma anche verso i dipendenti che sono chiamati ad un coinvolgimento vero, basato su strumenti efficaci e valori veri, ed infine è testimonianza di un accordo stipulato tra le banche al fine di riaffermare la qualità del mercato finanziario.



Figura n. 3 – Il marchio di Pattichiari

Sempre a proposito del marchio, bisogna prendere atto che quest'ultimo è di proprietà dell'ABI, che lo ha dato in concessione al Consorzio, demandando a quest'ultimo la possibilità e le modalità con il quale può essere utilizzato da parte dei soggetti aventi diritto. Sono state stabilite anche delle sanzioni pecuniarie qualora venissero riscontrate, da parte del Comitato di Gestione del Marchio, usi impropri e non corretti del marchio stesso¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Le sanzioni in oggetto vanno dal semplice richiamo scritto, ad ammende da un minimo di 5000 euro ad un massimo di 50000 euro per le banche di grandi e medie dimensioni, mentre da 2500 a 25000 euro per le banche di piccole dimensioni. E' prevista, inoltre, la pena della sospensione dell'utilizzo del marchio. Naturalmente le pene inflitte devono essere ben motivate, ma soprattutto deve essere data la possibilità alla parte in causa di potersi difendere.

4.3. Modalita' di adesione

Le banche e gli intermediari interessati all'iniziativa - e che, quindi, hanno deciso di prendere parte ad uno o più progetti - devono inoltrare la richiesta di adesione direttamente agli enti certificatori e, per conoscenza, anche alla Segreteria Tecnica del Consorzio.

Quest'ultimo, per attribuire un maggior grado di affidabilità e di serietà al progetto, ha deciso di affidare il compito della certificazione delle banche e degli intermediari ad enti esterni, stipulando con quest'ultimi degli accordi sia per quanto attiene la materia dei compensi sia per quanto riguarda i requisiti richiesti ad una banca per ottenere la certificazione stessa. A tal proposito, spetta a ciascuna banca determinare il prezzo del servizio prestato con l'ente, mentre in tema di requisiti, questi vengono fissati da vari protocolli d'intesa stretti appunto con gli enti certificatori che, al momento attuale, sono tre¹⁶¹:

- Certiquality;
- Ciscert;
- Det Norske Veritas.

Ebbene una volta che la banca abbia fatto richiesta di certificazione, il lavoro passa agli enti di certificazione che entro non meno di un mese (e al massimo in due mesi) devono trasmettere la valutazione della banca al Comitato di Gestione del Marchio, che nel caso di esito positivo, rilascia l'autorizzazione del marchio. A questo punto la banca può fregiarsi del

¹⁶¹ Si rimanda in tal senso alla delibera dell'Assemblea dei Consorziati del 20 luglio 2004.

marchio; i clienti possono verificare quali siano le iniziative a cui la banca ha aderito attraverso le certificazioni (rilasciate dagli enti) che vengono di solito esposte alla porta d'ingresso del locale. Infine, ogni nove mesi la banca viene sottoposta a controlli da parte dell'ente certificatore.

Dunque, solo attraverso la fase della certificazione si può fare in modo che vengano rispettati gli ideali di fondo del progetto, che consistono fondamentalmente nel rispetto dei principi di *chiarezza, trasparenza, comprensibilità e comparabilità*.

4.4. La comunicazione

Le banche, per avvisare i propri clienti dell'adesione a PattiChiari, si servono dei materiali e dei mezzi di comunicazione messi a disposizione dal Consorzio secondo le modalità previste dal protocollo di certificazione.

Per raggiungere la più ampia schiera di clienti sono stati inoltre coinvolti i media e realizzati eventi sul territorio anche in collaborazione con le associazioni dei consumatori. Le principali attività di comunicazione attualmente in corso sono: l'operazione di "*Experience marketing*" e "*I consumatori insieme per far conoscere PattiChiari*".

Nel corso del suo primo anno di attività sono state distribuite ben 25 milioni di brochure in 26.000 sportelli aderenti, 29.000 tabelloni informativi e 1.800 totem. La massima accessibilità al progetto è assicurata, peraltro, dalla predisposizione di un call center telefonico ed un sito internet "**www.Pattichiari.it**" da cui è possibile ottenere una ampia gamma informazioni ma sul quale, soprattutto, sono attivi i servizi interattivi che permettono di conoscere e confrontare le caratteristiche dei conti correnti, le liste dei titoli a basso rischio, trovare lo sportello bancomat più vicino ed ogni altra informazione utile ai fini di un miglior rapporto banca-cliente.

Tra le varie iniziative di cui si compone PattiChiari, quelle con il più alto numero di accessi sono relative ai servizi *Conti correnti a confronto* (721.207), *Obbligazioni a basso rischio/rendimento* (569.497) e *Faro* (393.488). Seguono in ordine, *Servizio bancario di base* (133.757), *Tempi*

di disponibilità delle somme versate con assegno (82.330), Tempi medi di risposta sul credito alle piccole imprese (63.901), Obbligazioni strutturate (60.997), Valutazione capacità di credito delle PMI (50.839).

Un indicatore molto significativo del successo del Progetto PattiChiari, e della conseguente affermazione presso il pubblico del suo marchio, è rappresentato dal numero degli accessi al sito internet: nel solo 2004, anno di avvio dell'iniziativa, si sono registrati, infatti, circa 150 mila accessi.

4.5. Il sostegno dei consumatori

Perché il progetto PattiChiari consegua gli obiettivi per cui è stato concepito e affinché il nuovo modello di banca basato sui valori della *trasparenza*, della *chiarezza* e della *correttezza* entri a far parte della mentalità collettiva, si è pensato ad un impegno coordinato dell'ABI e delle associazioni dei consumatori, ovviamente nel rispetto delle diversità dei ruoli e delle rispettive responsabilità.

Nel luglio 2003 nasce a tal proposito l'iniziativa "*I consumatori insieme per far conoscere PattiChiari*", un programma promosso dall'ABI in accordo con otto associazioni dei consumatori e precisamente: ADICONSUM, CITTADINANZATTIVA, CONFCONSUMATORI, LEGACONSUMATORI, MOVIMENTO DIFESA DEL CITTADINO, MOVIMENTO CONSUMATORI, ADOC, UNIONE NAZIONALE CONSUMATORI.

L'impegno assunto è quello di collaborare per facilitare l'informazione, la sensibilizzazione e la formazione dei consumatori sui contenuti e i vantaggi dell'iniziativa PattiChiari, in modo tale da assisterne e favorirne l'apertura verso il pubblico.

Il programma, per raggiungere il maggior livello di conoscibilità, è stato articolato in tre fasi, le quali prevedono:

a) incontri sul territorio

Avviati il 17 giugno 2004 da Milano e Modena, questi incontri toccheranno 103 province. Si svolgono presso le Camere di Commercio e sono tenuti

dai rappresentanti dei *Consumatori indipendenti*¹⁶², i quali hanno come portavoce i rappresentanti delle comunità locali con particolare attenzione a quelle fasce di popolazione che, per ragione di età, condizioni sociali o economiche, sono difficilmente raggiungibili con i mezzi di comunicazione tradizionali.

b) Desk

L'iniziativa è promossa dall'ADOC e prevede l'attivazione, presso le banche aderenti, di punti informativi gestiti dall'associazione per un totale di 250 giorni in 20 città italiane su tutto il territorio nazionale.

Presso i desk sarà possibile ricevere ogni tipo di informazione utile sugli strumenti di PattiChiari e le guide che illustrano il loro funzionamento.

c) Numero verde

Il progetto è a cura di ADICONSUM e LEGA CONSUMATORI. Chiamando il numero verde, si potranno chiedere informazioni e fornire suggerimenti in relazione alle iniziative di PattiChiari.

¹⁶² Gruppo al quale aderiscono: CITTADINANZATTIVA, CONFCONSUMATORI, MOVIMENTO CONSUMATORI, MOVIMENTO DIFESA DEL CITTADINO, UNIONE NAZIONALE CONSUMATORI.

4.6. Il Roadshow nelle città: l'*Experience marketing*

Partito il 23 aprile 2004 da Perugia, l'*Experience marketing* è un progetto di comunicazione che si propone di "portare" PattiChiari in giro per l'Italia. Non solo nelle banche ma nei più grandi centri commerciali, negozi, librerie, aeroporti e luoghi d'incontro delle principali città italiane.

Il fine è quello di creare un contatto diretto con la gente che, grazie all'ausilio di promoter formati dal Consorzio nonché di personal computer collegati al sito istituzionale, può toccare con mano le iniziative di PattiChiari. L'operazione ha già coinvolto numerose regioni con l'obiettivo di presenziare in tutte entro la fine dell'anno.

Dal 15 ottobre del 2004 sono stati interessati gli aeroporti di Fiumicino e Linate dove i desk PattiChiari, in una versione molto più estesa dal punto di vista delle dimensioni, sono attivi tutti i giorni fino a metà dicembre.

L'obiettivo ultimo è quello di raggiungere 20.000 visite al sito tramite i promoter, 100.000 contatti informativi tramite il materiale cartaceo (leaflet generico e guide ai prodotti) e un milione di contatti visivi.

4.7. La formazione del personale

Il Progetto PattiChiari presenta due leve fondamentali che ne supportano la realizzazione: i *Referenti* e i *Tutor*, il cui compito è quello di assicurare il coinvolgimento e la formazione del personale nelle banche tramite uno specifico piano informativo/formativo.

Il *Referente formativo*, unico a livello aziendale, rappresenta il punto di contatto tra banca aderente e Consorzio. I suoi compiti possono così essere riassunti:

- rafforzare e sostenere il commitment aziendale sul progetto;
- individuare e coordinare i tutor "PattiChiari" aziendali;
- verificare il corretto svolgimento delle attività informative;
- interfacciare l'azienda con il Consorzio sulle materie di competenza;
- informare i vertici sullo stato dell'iniziativa e i risultati prodotti.

I *Tutor* costituiscono punti di trasferimento dei messaggi e delle informazioni rispetto a tutto il personale aziendale ed hanno il compito di:

- coordinare e gestire il processo di info-formazione interno assegnatogli (anche attivando figure di "diffusori");
- garantire i contenuti, la metodologia e il perseguimento degli obiettivi del

piano di info-formazione interno;

- verificare la correttezza del processo di info-formazione;
- informare il referente sullo stato dell'iniziativa e i risultati prodotti.

4.8. Le iniziative

Muovendo da tali obiettivi e da tale approccio strategico è stato definito un piano d'azione diviso in tre aree principali definite "*Cantieri*" ovvero: *Servizi, Credito, Risparmio*, i quali sono articolati in più iniziative a loro volta focalizzate su finalità specifiche. È stato previsto quindi un piano di operatività allo sportello, che porta gradualmente il progetto a compimento rispettando una serie di scadenze.

4.8.1. Risparmio

a) *Elenco delle obbligazioni a basso rischio e rendimento*

Il mercato finanziario offre migliaia di titoli e strumenti d'investimento acquistabili autonomamente o ricorrendo ai servizi di consulenza e di gestione professionale (collettiva tramite OICR o individuale tramite SGR). Per semplificare le scelte del risparmiatore che vuole investire in titoli semplici e poco rischiosi, spesso dotato di piccoli capitali che non vuole affidare a servizi di gestione professionale, è stato realizzato un elenco di obbligazioni a basso rischio il cui obiettivo è creare consapevolezza sul rischio degli investimenti finanziari. Esso è prodotto sulla base di informazioni ufficiali e di principi riconosciuti dalle autorità di vigilanza internazionali.

I titoli inseriti nell'elenco sono selezionati sulla base di due parametri di rischio fondamentali:

- il rischio di mancato rimborso, misurato con un indicatore comunemente accettato in tutto il mondo, il "*rating*";
- il rischio di una perdita di valore del titolo sul mercato finanziario, il "*Valore a rischio*" o *VaR*.

Tale elenco, aggiornato quotidianamente, comprende quindi titoli di Stato e obbligazioni che rispettano i seguenti requisiti:

- devono essere in euro;

- devono essere emessi nei paesi più sviluppati e quotati nei loro mercati ufficiali;
- devono avere una bassa variabilità del proprio prezzo di mercato;
- devono avere un rating elevato attribuito dalle agenzie di rating;
- devono essere titoli semplici, cioè non possono avere sistemi di cedole e di rimborso complicati (cosiddetti titoli "strutturati").

Se solo uno di questi requisiti non viene rispettato, il titolo non può far parte dell'elenco.

b) Informazioni chiare su obbligazioni strutturate e subordinate

Attraverso tale iniziativa, si vogliono offrire ai clienti informazioni precise sui rischi dell'investimento in titoli strutturati e subordinati.

Le obbligazioni bancarie strutturate sono titoli costituiti da un'obbligazione e da una o più componenti definite "derivative", cioè contratti di acquisto o vendita di strumenti finanziari (come indici, azioni, valute...). Si tratta di obbligazioni bancarie vere e proprie: l'emittente è una banca che si impegna alla restituzione del capitale investito. Il rendimento può variare, in misura sensibile, al verificarsi o meno di certi eventi previsti nel regolamento di emissione.

Le obbligazioni bancarie subordinate offrono, invece, un rendimento potenzialmente superiore ai titoli di Stato ed alle obbligazioni tradizionali a fronte di un livello di rischio superiore. Chi investe in questi titoli accetta un rischio maggiore rispetto alle altre obbligazioni in quanto, in caso

d'insolvenza dell'emittente, le obbligazioni subordinate vengono rimborsate solo dopo le altre obbligazioni.

Al fine di accrescere la comprensibilità di tali strumenti finanziari complessi e fornire al risparmiatore una maggiore consapevolezza delle proprie scelte finanziarie è previsto che:

- i fogli informativi che le banche devono consegnare agli investitori, siano scritti in modo più chiaro e leggibile;
- le informazioni chiave sul titolo e sui rischi siano spiegate in modo più esauriente, con esempi chiari sul possibile rendimento dell'obbligazione;
- sia predisposta una nota integrativa contenente una serie di utili "avvertenze per l'uso" e una tabella che consente di confrontare facilmente il rendimento e il rischio rispetto a un titolo tradizionale.

La Guida è inoltre accompagnata da un Glossario per l'investitore in titoli strutturati e subordinati.

4.8.2. Credito

a) *Criteri generali di valutazione della capacità di credito delle PMI*

Lo scopo dell'iniziativa è di rendere chiari e trasparenti i criteri generali con cui le banche valutano la capacità di credito delle imprese, allo scopo di spingere gli imprenditori a dialogare di più con le banche sui loro piani e le loro scelte di investimento e, di conseguenza, sui connessi bisogni di credito. Si vogliono stimolare le imprese a sviluppare una maggiore capacità di autoanalisi finanziaria focalizzando l'attenzione sulle variabili chiave dello sviluppo aziendale quali le prospettive di settore, il posizionamento sul mercato, l'andamento del fatturato, il capitale investito e la compatibilità economico-finanziaria dell'investimento.

b) *Tempi medi di risposta sul credito alle piccole imprese*

Questo progetto è rivolto alle piccole e micro imprese, comprese le famiglie produttrici (studi professionali, lavoratori autonomi), che hanno intenzione di richiedere un affidamento. Tutte le banche aderenti misurano e forniscono in modo chiaro e trasparente i tempi medi che intercorrono dalla richiesta di fido (corredata della documentazione completa) alla comunicazione dell'esito da parte della banca. I tempi comunicati dalle diverse banche sono pienamente *omogenei*, *comparabili* e soprattutto *certificati*. Inoltre, per facilitare e rendere più rapido e chiaro l'iter di istruttoria di concessione del credito, le banche pubblicano sul proprio sito

l'elenco dei documenti necessari e l'indicazione del personale da contattare.

4.8.3. Servizi

a) *Conti correnti a confronto*

Conti correnti a confronto è un'iniziativa promossa per agevolare la scelta del conto corrente che meglio soddisfa le esigenze del cliente.

Il conto corrente è la porta di ingresso a numerosi servizi bancari ed avere la possibilità di confrontare, in modo semplice e chiaro, le diverse condizioni proposte dalle banche è fondamentale per operare la scelta ottimale. Sono esclusi dall'iniziativa i prodotti di conto corrente relativi all'esercizio dell'attività professionale e di impresa e quei conti correnti che, in quanto convenzionati con specifiche categorie, non sono disponibili per la generalità dei cittadini.

b) *FARO (Funzionamento Atm Rilevato On Line)*

È la prima delle 8 proposte di PattiChiari ad aver preso il via (15 ottobre 2003). Questo servizio consiste nella rilevazione on-line degli sportelli Bancomat (atm) funzionanti che sono tra i più importanti punti di contatto banca-cliente; ogni giorno si registrano 2 milioni di operazioni in tutto il paese (1.400 operazioni al minuto). Oltre al prelievo di contanti offrono, infatti, numerosi servizi di utilità quali, ad esempio, il saldo e l'estratto conto, la ricarica del cellulare ed il pagamento delle utenze. Grazie a questo progetto è possibile conoscere, in tempo reale via internet o telefonicamente, la posizione del bancomat più vicino.

Il funzionamento di questo sistema si basa su una banca dati centrale che opera il monitoraggio dei 35.000 sportelli Bancomat sparsi in tutta Italia, aggiornandosi ogni 10 secondi, ed alimentando con le informazioni ricavate in tempo reale sia il call center FARO sia il portale www.pattichiari.it a cui gli utenti possono accedere per soddisfare le loro richieste di informazioni.

c) *Il servizio bancario di base*

È un prodotto standard promosso dalle banche aderenti per soddisfare esigenze finanziarie di base di chi non è titolare di un conto corrente presso la stessa banca. Semplice ed economico, è stato disegnato per chi è interessato ai principali servizi di deposito e di incasso e pagamento, purché gli utilizzi non siano elevati.

Consente di:

- accreditare lo stipendio o la pensione;
- versare contanti e assegni;
- prelevare contanti allo sportello;
- effettuare e ricevere pagamenti tramite bonifici;
- pagare le bollette (luce, gas, telefono...) ed effettuare altri pagamenti ricorrenti (es. affitto);
- disporre di una carta Bancomat o di una carta prepagata;

- investire i risparmi con versamenti periodici (in fondi comuni, polizze vita...);
- avere informazioni ed effettuare operazioni anche su Internet o via telefono;
- avere periodicamente il saldo del conto con l'elenco delle entrate e delle spese effettuate.

d) Tempi certi sulla disponibilità delle somme versate con assegno

L'iniziativa si rivolge in particolare a commercianti, artigiani e professionisti i quali giornalmente ricevono numerosi assegni ed hanno l'esigenza di pianificare la propria attività commerciale anche in base all'esito di questi pagamenti.

Lo scopo è quindi quello di contenere all'interno dei termini massimi stabiliti da PattiChiari i tempi di disponibilità delle somme versate con assegno nonché di consentire al cliente di conoscere e confrontare con facilità e precisione i tempi necessari affinché il denaro versato in banca con un assegno diventi disponibile sul conto corrente.

Conclusioni

L'ipotesi di un sistema di vigilanza sul mercato finanziario nel quale sia dato ampio spazio a forme di autoregolazione, che siano espressione di una codificazione interna di settore, non costituisce comunque un assioma da accettare senza riserve. Considerazioni di tipo diverso evidenziano i limiti che ne circoscrivono l'applicazione, consentendo di puntualizzare entro quali termini è possibile ipotizzare la validità di tale formula normativa.

Risalendo ai fondamenti di siffatta modalità disciplinare, appare evidente come essa individui la fase terminale di un processo di formazione che fa capo al riconoscimento, da parte di autorità pubbliche dotate di legittimazione politica (Parlamento e Governo), di poteri regolamentari a soggetti diversi, indipendenti dall'apparato statale. Da qui la sua riconducibilità alla dialettica circolare, che caratterizza il pluralismo istituzionale.

A ben considerare, infatti, i codici deontologici e, più in generale, ogni normativa destinata a sintetizzare principi di etica comportamentale non può prescindere dalle risultanze dell'incontro tra Amministrazione ed appartenenti al settore. E' in questa sede che si determina il presupposto concettuale (fondato su uno *scambio* che consenta di approfondire la conoscenza dei reciproci interessi) per l'assunzione in via di autoregolamentazione di un insieme di precetti, osservati dagli intermediari sulla base del convincimento che essi condizionano il riconoscimento della loro *correttezza operativa*.

Se ne deduce che le amministrazioni, cui istituzionalmente competono poteri di controllo sul settore, svolgono un ruolo di mediazione nel relazionare gli interessi generali a quelli collettivi. Tale costruzione sembra trovi conferma nelle previsioni legislative del TUB, il cui art. 5 individua gli interessi generali che sono alla base dell'azione di vigilanza, lasciando peraltro che la concreta identificazione dell'interesse pubblico (che giustifica ed orienta l'attività della P.A.) avvenga nell'ambito dei singoli interventi di regolazione ovvero dei singoli procedimenti amministrativi; sicché, sono questi ultimi a porsi come momento di raccordo tra interessi diversi, ivi compresi quelli di categoria che trovano, poi, espressione nelle forme dell'autoregolazione.

Alla luce di quanto precede, si comprende la ragione per cui detta modalità disciplinare non può considerarsi affidata a se stessa, non può ritenersi, cioè, autoreferenziale: essa, per solito, necessita di una fonte di legittimazione esterna che ne giustifichi l'esistenza. Da qui l'importanza che *in subiecta materia* assumono la legge e le deleghe con le quali la P.A. identifica l'ambito entro cui si esplica la capacità e la funzione di autoregolazione dei rapporti economici (attraverso previsioni che vanno al di là di quelle contenute nelle ordinarie fonti normative)¹⁶³.

Non si può, peraltro, tacere il rischio (sotteso a siffatta realtà) che s'individua nell'eventualità di dar vita ad una frammentazione normativa; il processo dianzi descritto, portato alle estreme conseguenze, implica, infatti, che ogni gruppo sociale portatore di interessi collettivi possa trovare forme di regolamentazione a livello settoriale. Non a caso è stato autorevolmente sottolineato il pericolo che tale stato di cose si traduca in "una

¹⁶³ Cfr. CAPRIGLIONE F., *Amministrazione ed autoregolazione del mercato finanziario*, cit., p.32 ss.

degenerazione del pluralismo in particolarismo”; donde la necessità di ricercare un punto di equilibrio, un momento di raccordo, sì da esorcizzare “l’avvento di un nuovo contratto sociale che sia espressione del compromesso tra particolarismi¹⁶⁴”.

Ciò posto, lo spazio per una rinnovata composizione di interessi non va ricercato in una riduzione del ruolo dell’autonomia privata, quasi a voler in tal modo contrastare quelle tesi dottrinali che ne esaltano la funzione (in vista di un ottimale disciplina del mercato). Occorre, per converso, fare riferimento allo Stato, alla sua azione mediatrice tra gruppi sociali, per conservare il giusto senso all’autonomia dei consociati; intesa, quest’ultima, alla stregua di “facoltà di scelta non solo di cose ma anche di controparti e condizioni contrattuali¹⁶⁵”.

In tale ordine logico sembra risolutiva la riferibilità alla funzione della legge: il suo progressivo orientamento alla fissazione di principi consente di ascrivere , nell’individuazione di modalità organizzative ottimali, specifica rilevanza all’autoregolazione. Quest’ultima si pone, infatti, come momento conclusivo dell’incontro tra amministrazione ed intermediari, contribuendo ad una migliore comprensione dell’azione pubblica nell’età contemporanea.

Dal rapporto tra potere e processo decisionale l’analisi si sposta, pertanto, alla configurazione di nuovi modelli nei quali sempre maggior spazio sembra debba essere riservato allo studio del ruolo delle istituzioni nel “policy making”, all’interno del più ampio contesto sociale e politico.

¹⁶⁴ Sull’argomento OPPO G., *Codice civile e diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, p. 232.

¹⁶⁵ Cfr. OPPO G., cit., p. 236.

Quanto illustrato nei precedenti paragrafi indica, dunque, che oggi, più che nel passato, l'economicità delle gestioni degli intermediari finanziari appare strumentale alle esigenze dello sviluppo sostenibile ed agli interessi strategici della comunità; oggi, più che nel passato, è avvertito l'imperativo di "recuperare ai mercati" la loro funzione fondamentale di "centri" per l'allocazione efficiente dei capitali, centri dai quali siano bandite "bolle speculative irrazionali guidate dalle mode e dagli entusiasmi passeggeri, dalla tendenza al breve termine e da comportamenti di falso *benchmarking*¹⁶⁶". Da qui la necessità di non fermare la ricerca e di perseguire nell'affinamento degli strumenti di armonizzazione e di rafforzamento dell'industria finanziaria; ciò in linea con l'invito, formulato da un insigne protagonista del sistema monetario internazionale, ad una rinnovata riflessione sull'individuazione delle modalità tecniche in grado di favorire "la diversità comportamentale nei mercati globali"¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Così MASERA R., *Laudatio* in occasione dell'attribuzione del Premio Pico della Mirandola a J. Claude Trichet, Mirandola, 29 giugno 2002, pubblicata in *La leggenda di un uomo. La memoria di un premio*, Roma, 2004, p. 166 ss.

¹⁶⁷ Cfr. TRICHET J.C., *Bolle speculative di Asset Price e loro implicazioni per la politica monetaria e la stabilità finanziaria*, discorso alla Federal Reserve Bank di Chicago, Chicago, 23 aprile 2002.

Bibliografia

ABI, Circolare del 22 gennaio 1996.

ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, Laterza, 2002.

ALPA G. e CAPRIGLIONE F., *Diritto bancario comunitario*, Torino, Utet, 2002.

ALPA G. e ANDENAS M., *Fondamenti del diritto privato europeo*, Giuffrè, 2005.

AMBROSINI G., *La pluralità negli ordinamenti giuridici nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, Giuffrè Editore, 1973.

AMOROSINO S., *Regolazioni pubbliche mercati imprese*, Giappichelli Editore, 2008.

ANDREATTA G., *Le poche cose da fare*, in AA. VV., *Le banche e il capitale di rischio: speranze o illusioni?*, Bologna, 1984.

ANGELICI C. e FERRI G. B., *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, Utet, 1997.

ANTONUCCI A., *Profili giuridici del commercio elettronico di prodotti finanziari*, in *Mondo bancario*, 2000.

AYRES I. e BRAITHWAITE J., *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*, New York-Oxford, 1992.

BALLEY M., *Le droit comme terra incognita: conquerrir et construire le pluralisme juridique*, in *Rev. Canadienne droit et société*, 1997.

BARCELLONA P., *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996.

BARCELLONA P., *Il declino dello Stato-Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Bari, Dedalo, 1998.

BASSI A., *Autorità e consenso*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992.

BASSI F., *Introduzione*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993.

BATTINI M., *Introduzione a AA. VV., La regolazione globale dei mercati finanziari*, quaderno n. 3, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, 2007.

BERTI F., *La responsabilità pubblica*, Padova, 1994.

BIANCA C., *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Milano, 1982.

BOBBIO N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994.

BOCHICCHIO F., *Forme di autodisciplina degli operatori economici. L'economia tra sovranità statale ed autonomia privata*, in *Politica del diritto*, Milano, 1996.

CAPRIGLIONE F., *Amministrazione e autoregolazione del mercato finanziario*, in *Riv. dir. civ.*, 1996.

CAPRIGLIONE F., *Evoluzione normativa ed individuazione delle problematiche giuridiche dell'ordinamento finanziario*, in AA.VV., *Diritto*

delle banche, degli intermediari finanziari e dei mercati, Bari, Cacucci, 2003.

CAPRIGLIONE F., *Operazioni bancarie e tipologie contrattuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2006.

CAPRIGLIONE F., *Il rapporto tra politica ed amministrazione*, Testo della Relazione svolta il 15 marzo 2007 al “Congresso giuridico per l’aggiornamento forense, organizzato dal Consiglio Nazionale forense, Roma, 2007.

CAPRIGLIONE F., *L’ordinamento finanziario italiano*, Padova, Cedam, 2010.

CAPRIGLIONE F., *Misure anticrisi tra regole di mercato e sviluppo sostenibile*, Torino, Giappichelli Editore, 2010.

CAPRIGLIONE F., *Le amministrazioni di controllo del mercato finanziario*, Testo dell’Audizione tenuta il 26 gennaio 2011 presso la Prima Commissione della Camera dei Deputati nel corso dell’*Indagine conoscitiva* sulle amministrazioni indipendenti, Roma, 2011.

CARINGELLA F., *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2003.

CARLASSARE L., *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988.

CASSESE S., *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo*, in AA. VV., *La trasparenza amministrativa a due anni dalla legge 7 agosto*

1990, n. 241, Atti del convegno di studi organizzato dall'Università di Siena e dal Monte dei Paschi, supp. a *Mondo economico*, n. 9, 1993.

CASSESE S., *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, in *Foro italiano*, 1996.

CASTELLS M., *The information age: Economy, Society and Culture*, Cambridge, Mass, Blackwell Publishers, 1996.

CATANIA A., *Metamorfosi del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

CESARINI SFORZA W., *Il diritto dei privati*, Milano, Giuffrè Editore, 1963.

CONSOB, Delibera n. 10943 del 30 settembre 1997.

CONSOB, *Notiziario settimanale*, anno V, n. 45, 22 novembre 1999.

CONTI L., *The impact of New Technology of the Financial Services Industry*, in *Luiss International Journal*, n. 1, February 2000.

COSTI R. e ENRIQUES L., *Il mercato mobiliare*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, Padova, 2004.

CUCURACHI A., *La delegificazione nel processo di semplificazione normativa dell'ordinamento regionale*, regione Piemonte-Giunta regionale, Direzione affari istituzionali e avvocatura-Settore attività legislativa.

D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992.

DE LAURENTIS G., *Il ruolo dell'information technology*, in AA. VV., *Manuale di marketing bancario*, a cura di Scott W. G., Torino, 1995.

DE POLI A., *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002.

DESARIO V., *La tutela del consumatore: il ruolo dell'autoregolamentazione*, in *Bancaria*, n. 3, 1996.

DESARIO V., *Caratteristiche e finalità dell'azione della Banca d'Italia nella dinamica evolutiva del diritto dei contratti bancari e finanziari*, Intervento del Direttore Generale della Banca d'Italia all'Università di Bari, Facoltà di Giurisprudenza, Bari, 20 novembre 1999.

DESARIO V., *La Banca d'Italia e lo sviluppo dell'e-banking*, in *Documenti della Banca d'Italia*, 2000.

ENTE PER GLI STUDI MONETARI, BANCARI E FINANZIARI LUIGI ENAUDI, *Le fonti del diritto finanziario in Europa e il ruolo dell'autoregolamentazione*, quaderni di ricerche n. 44.

FALCHI, GINEFRA, LOVECCHIO, *Stati Uniti: internet e finanza*, in *Mondo bancario*, 2000.

FAZIO A., *L'informatica: una prospettiva per lo sviluppo*, in *Documenti della Banca d'Italia*, 2000.

GABROVEC MEI O., *Business ethics e codici etici*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 1990.

GANDOLFI G., *La concorrenza nel settore bancario italiano*, Roma, Bancaria Editrice, 2002.

GIANNINI M. S., *Consob*, in *La posizione della Consob nell'apparato amministrativo*, Milano, 1987.

- GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993.
- GIULIANI A., *Quale etica per il mercato?*, in AA. VV., *Teorie e forme della razionalità pratica*, Milano, 1993.
- HANDL G., *A hard look at soft law*, in *Proceedings of the American society of international law*, 1988.
- HELD D. e MC GREW ANTHONY, *Globalismo ed antiglobalismo*, Bologna, Il Mulino, 2010.
- HOFFMAN H., *Rappresentanza-rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, Milano, Giuffrè Editore, 2007.
- IANNARELLI A., *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in AA. VV., *Diritto privato europeo*, a cura di Lipari, Padova, 1997.
- IRTI N., *Codice Civile e società politica*, Bari, 1995.
- IRTI N., *Contratto senza accordo*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1998.
- IRTI N., *Scambi senza accordo*, in *Riv. tri. dir. civ. e proc. civ.*, 1999.
- LA PORTA U., *Globalizzazione e diritto. Regole giuridiche e norme di legge nell'economia globale. Un saggio sulla libertà di scambio e sui suoi limiti*, Napoli, 2005.
- LA SPINA A. e MAJONE G., *Lo stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1979.

LEMMA V., *Soft law e regolazione finanziaria*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006.

LETTA E., *Conclusioni: le riforme necessarie*, Bologna, Il Mulino, 2001.

LOBUONO M., *Deregulation dei mercati finanziari e processi di autoregolamentazione*, in *Banca, impresa, società*, 1990.

LOBUONO M., *Le regole di comportamento degli intermediari mobiliari tra istanze professionali e disciplina del mercato: l'esperienze inglese e francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1991.

MACCHIATI A., *Appunti per una nuova governance delle Autorità*, in *L'indipendenza delle Autorità*, Il Mulino, 2001.

MANZELLA G. P., *Brevi cenni sulla regulatory negotiation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994.

MARTINES T., *Diritto pubblico*, Milano, 1990, p. 14.

MARTINI E., *L'impatto delle tecnologie informatiche sull'industria bancaria e sui mercati finanziari*, in *Economia italiana*, 1999.

MASERA R., *Laudatio* in occasione dell'attribuzione del Premio Pico della Mirandola a J. Claude Trichet, Mirandola, 29 giugno 2002, pubblicata in *La leggenda di un uomo. La memoria di un premio*, Roma, 2004.

MASSERA S., *Autonomia e indipendenza nell'amministrazione dello Stato*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, 1988.

MONTANARI B., *Profili di teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1995.

MONTEDORO G., *Commento sub art. 7 TUB*, in AA. VV., *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2001.

MONTEDORO G., *Economia della crisi, trasformazioni dello Stato, governo dei giudici*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2009.

NAPOLITANO A., *Commento breve alla riforma della legge 241/90*.

OPPO G., *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988.

OPPO G., *Commento sub art. 41 Cost.*, in AA. VV., *Codice commentato della banca*, Giuffrè, 1990.

OPPO G., *Codice civile e diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992.

OPPO G., *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001.

ORTINO M., *Il mercato comunitario dei servizi d'investimento. Il "trading on line"*, Milano, 2005.

PARRELLA B., *La disciplina speciale dell'offerta a distanza di "prodotti finanziari" e di "servizi d'investimento"*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 2000.

PATRONI GRIFFI F., *La semplificazione normativa*, Intervento al Convegno "Il sistema amministrativo a dieci anni dalla riforma Bassanini", Università di Roma 3, Giovedì 31 gennaio 2008.

POLO G., *Le autorità indipendenti. Un'analisi economica e una proposta di riordino*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2002.

PROSPERI A., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. Dir. civ.*, 1999.

- PUTTNER G., *Lo Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992.
- RABITTI BEDOGNI C., *Mercati finanziari ed internet: la tutela dei risparmiatori*, in AA. VV., *Internet banking. Tecnologia, economia e diritto*.
- RIFKIN G., *L'era dell'accesso*, Milano, 2000.
- RIOLO F., *L'etica nei servizi bancari e finanziari*, in *Bancaria* n. 7-8, 1996, p. 70.
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico ed il sistema positivo della giurisdizione costituzionale in particolare*, Milano, Giuffrè Editore, 1961.
- ROPPO E., *Un fenomeno del terziario: organizzazioni professionali e "codici deontologici"*, in *Economia e diritto del terziario*, 1989.
- ROSA M. e VERGA M., *La storia moderna 1450-1870*, Milano, Mondadori, 2003.
- RUSCONI G., *L'etica dell'impresa nell'ambito degli studi economico-aziendali*, in *Rivista italiana di ragioneria e di economia aziendale*, 1996.
- SCHLESINGER P., *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. It.*, 1999.
- SEPE M., *Profili evolutivi della disciplina dei mercati e la repressione degli abusi di mercato*, in AA. VV., *L'ordinamento finanziario italiano*, a cura di Capriglione, Padova, 2005.
- SLAUGHTER K., *The real new world order*, in *Foreign aff.* 76, 1997.
- SLAUGHTER K., *A new world order*, Princeton, 2004.

STELLA RICHTER G., *Prime osservazioni su intermediazione finanziaria ed internet*, in *Dir. inf. Inform.*, 2000.

TEUBNER G., *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale*, in *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando Editore, 2005.

TORINO, *Contratti finanziari conclusi tramite internet*, in AA. VV., *I contratti del mercato finanziario*, a cura di Gabrielli e Lener, Torino, Utet, 2004.

TRICHET J.C., *Bolle speculative di Asset Price e loro implicazioni per la politica monetaria e la stabilità finanziaria*, discorso alla Federal Reserve Bank di Chicago, Chicago, 23 aprile 2002.

VASSALLI F., *Extrastatalità del diritto civile*, ora in *Studi giuridici*, Milano, 1960.

WYMEERSCH E., *The implementation of the Isd end Cad in the National Legal system*, in FERRARINI G. (a cura di), *European Securities Markets. The investment services directive and beyond*, Londra, 1998.

CODICE DI COMPORTAMENTO
DEL SETTORE BANCARIO E FINANZIARIO

a cura dell'ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA

[41]

CircolariABI 22 gennaio 1996

9

Allegato n. 1 – Codice di comportamento del settore bancario e finanziario

INDICE

Introduzione

Parte I^a – *I principi generali*

Parte II^a – *La normativa di riferimento*

Parte III^a – *La relazione con il cliente*

1. L'inizio del rapporto
2. La fornitura del prodotto/servizio
3. La cessazione del rapporto
4. La promozione del prodotto/servizio
5. L'assistenza

Parte IV^a – *L'attività dell'aderente*

1. La raccolta e la gestione del risparmio
2. La concessione del credito
 - 2.1 Generalità
 - 2.2 Modalità operative
 - 2.3 Assistenza
3. La fornitura di servizi di incasso e pagamento

Parte V^a – *Il reclamo del cliente*

INTRODUZIONE

Il Codice di comportamento del settore bancario e finanziario (d'ora in poi Codice) si colloca nel complesso delle iniziative intraprese dall'Associazione Bancaria Italiana finalizzate al miglioramento del servizio offerto alla clientela.

Il Codice impegna l'aderente a comportamenti volti, nell'interesse del cliente, a rendere più soddisfacente la relazione e, in particolare, ad agevolare la comprensione delle condizioni economiche e negoziali e delle modalità di offerta e di utilizzo dei prodotti e dei servizi. In quanto tale, rappresenta un punto di riferimento per tutti i comportamenti che l'aderente deve adottare nei confronti della clientela.

Il Codice è ad adesione volontaria e può essere sottoscritto dalle banche e dagli altri intermediari finanziari iscritti all'ABI o appartenenti ad un gruppo bancario iscritto all'ABI.

L'aderente si impegna a pubblicizzare la propria adesione al Codice ed a fornire una copia del Codice a chiunque ne faccia richiesta.

Gli interessati possono inoltre richiedere copia del Codice e dell'elenco degli aderenti a:

ABI – Associazione Bancaria Italiana
Piazza del Gesù, 49
00186 – ROMA

I termini di seguito indicati assumono nel Codice il significato espresso dalle seguenti definizioni.

ADERENTE	la banca o l'intermediario finanziario, che ha sottoscritto il presente Codice.
CLIENTE	l'utilizzatore di un prodotto o servizio, con l'esclusione delle banche e degli altri intermediari finanziari.
PRODOTTO/ SERVIZIO	il risultato di attività o di processi di lavoro svolti dall'aderente per soddisfare le esigenze del cliente.
INIZIO DEL RAPPORTO	la conclusione di un contratto in forma scritta o verbale se consentita
FORNITURA DEL PRODOTTO/ SERVIZIO	l'insieme delle attività e dei processi di lavoro svolti dall'aderente dall'inizio alla cessazione del rapporto.
CESSAZIONE DEL RAPPORTO	l'interruzione definitiva della fornitura del prodotto/servizio, conseguente alla scadenza del termine previsto dal contratto o alla presa di conoscenza, da parte del cliente o dell'aderente, della decisione della controparte di interrompere l'utilizzazione o la fornitura del prodotto/servizio.
PROMOZIONE	ogni forma di comunicazione commerciale o altra attività finalizzata a sviluppare la vendita di prodotti/servizi.
ASSISTENZA	l'attività volta a fornire, su richiesta del cliente, informazioni circa la tipologia dei prodotti/servizi, le relative modalità di offerta e di utilizzo degli stessi.
RECLAMO	ogni rilievo manifestato esplicitamente dal cliente, in forma scritta o verbale, avente per oggetto aspetti della relazione con l'aderente.

PARTE PRIMA

I PRINCIPI GENERALI

I Principi Generali si applicano all'intera attività svolta dall'aderente nei confronti del cliente e comportano per l'aderente stesso l'impegno a:

- svolgere la propria attività con trasparenza, diligenza e professionalità;
- informare il cliente sulle condizioni economiche dei prodotti/servizi offerti, anche con riferimento alla composizione delle spese e degli oneri fiscali accessori;
- fornire al cliente l'assistenza necessaria per migliorare l'utilizzo e facilitare la comprensione dei propri prodotti/servizi, nonché di quelli commercializzati dall'aderente per conto di terzi;
- garantire la riservatezza nel trattamento delle informazioni sui clienti, attuali e passati, nel rispetto degli obblighi di legge e degli specifici accordi tra le parti;
- garantire la sicurezza nel trattamento delle informazioni da parte del proprio personale, attraverso l'affidabilità dei sistemi e delle tecnologie utilizzate;
- accertare, secondo le modalità stabilite dalla legge, l'identità delle persone che si rivolgono ad esso per svolgere operazioni;
- richiedere la collaborazione del cliente per acquisirne migliore conoscenza, nell'interesse del cliente stesso e dell'aderente, allo scopo di impedire un uso improprio del sistema bancario e finanziario;
- curare le condizioni di accessibilità alle strutture fisiche e la riservatezza nello svolgimento delle operazioni;
- diffondere il Codice tra i propri dipendenti e collaboratori, affinché ne acquisiscano conoscenza e rispettino i principi in esso contenuti.

P.A.R.T.E S.E.C.O.N.D.A

LA NORMATIVA DI RIFERIMENTO

Oltre ai principi generali enunciati nella prima parte e specificamente riferibili agli obblighi contenuti nel presente Codice, sono in questa sede evidenziate le principali leggi, e relative disposizioni di attuazione, che l'aderente è in ogni caso tenuto ad osservare nell'ambito della relazione con la propria clientela.

Ci si riferisce, in particolare, a :

- decreto legislativo n. 385 dell'1 settembre 1993 per la parte relativa alla «Trasparenza delle condizioni contrattuali» (Titolo VI) e relative istruzioni di attuazione (legge n.154 del 17 febbraio 1992; legge n. 142 del 19 febbraio 1992 e normativa di attuazione);
- legge n. 1 del 2 gennaio 1991 recante la «Disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari» e Regolamento emanato con delibera CONSOB n. 8850 del 9 dicembre 1994;
- legge n. 197 del 5 luglio 1991, recante «Provvedimenti urgenti per limitare l'uso del contante e dei titoli al portatore nelle transazioni e prevenire l'utilizzazione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio», relative disposizioni di attuazione e «Indicazioni operative per la segnalazione di operazioni sospette» diffuse dalla Banca d'Italia nel novembre 1994.

Del citato complesso regolamentare si riportano di seguito alcuni principi fondamentali, sintetizzati e semplificati per consentirne un'agevole lettura.

Trasparenza delle condizioni contrattuali (SINTESI ESPLICATIVA)

1. Operazioni e servizi bancari e finanziari

- Gli aderenti rendono pubblici mediante l'esposizione di avvisi sintetici e la messa a disposizione di fogli informativi analitici in ciascun locale aperto al pubblico i tassi di interesse effettivamente praticati per le operazioni di credito e di raccolta, le altre condizioni praticate per le operazioni medesime, le valute applicate per il calcolo degli interessi a debito e a credito dei clienti, i prezzi e le altre condizioni praticati per gli altri servizi offerti dall'aderente.
- I predetti tassi di interesse vengono pubblicizzati nella misura massima per le operazioni attive (di credito) e minima per quelle passive (di raccolta).
- In particolare, i fogli informativi analitici riportano per le operazioni e i servizi offerti tutte le informazioni relative alle predette condizioni economiche, dettagliate secondo le modalità di esecuzione dei rapporti (ad esempio, forma tecnica e durata).
- I contratti stipulati con la clientela sono redatti in forma scritta, salvo specifiche eccezioni consentite dalla legge: ad esempio, prestazioni occasionali di operazioni e servizi, quali gli ordini di pagamento a favore di terzi, o l'acquisto e vendita di valuta estera nelle sue diverse forme.
- I contratti redatti in forma scritta contengono le indicazioni relative al tasso di interesse e ad ogni altro prezzo e condizione praticati, nonché gli eventuali maggiori oneri in caso di mora. Un esemplare di detti contratti deve essere in ogni caso consegnato al cliente all'atto della relativa sottoscrizione.
- Nelle operazioni attive o passive in lire a breve termine (non superiore ai 18 mesi), il calcolo degli interessi è eseguito con riferimento ad una durata di 365 giorni (anno civile).
- Nel caso di variazione in senso sfavorevole delle condizioni economiche pattuite, l'aderente provvederà ad informare il cliente mediante apposita comunicazione scritta al domicilio dello stesso ovvero attraverso apposito avviso nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, qualora detta variazione sia generalizzata.

- Si rammenta che il cliente, entro 15 giorni dall'avvenuta ricezione della predetta comunicazione o dalla pubblicazione del predetto avviso, ha diritto di recedere dal contratto senza penalità e di ottenere, comunque, in sede di liquidazione del rapporto, l'applicazione delle condizioni precedentemente in essere.
- Il cliente, per quanto concerne i rapporti regolati in conto corrente, ha diritto a ricevere estratti conto con periodicità semestrale, trimestrale o mensile. Per tutti gli altri contratti di durata avrà, invece, diritto a ricevere alla scadenza del contratto e, comunque, almeno una volta all'anno, entro 30 giorni dalla fine dell'anno solare, una comunicazione chiara e completa dalla quale si evincano i tassi di interesse applicati nel corso del rapporto, la decorrenza delle valute, la capitalizzazione degli interessi, le ritenute di legge operate, le somme a qualsiasi titolo addebitate o accreditate ed ogni altro elemento necessario al cliente per la comprensione dell'andamento del rapporto nel periodo di riferimento.

2. *Credito al consumo*

- Nelle operazioni di credito al consumo effettuate con persone fisiche che agiscono per scopi estranei alla loro attività imprenditoriale o professionale, gli aderenti sono tenuti ai medesimi obblighi di pubblicità sopra descritti, integrando detta pubblicità con l'indicazione del tasso annuo effettivo globale (TAEG), che rappresenta il costo totale del credito a carico del consumatore, nonché del relativo periodo di validità. Tale tasso è espresso in percentuale annua del credito concesso e comprende gli interessi e tutti gli oneri da sostenere per utilizzare il credito medesimo.

I contratti di credito al consumo sono stipulati in forma scritta ed indicano:

- * l'ammontare e le modalità di finanziamento
 - * il numero, gli importi e la scadenza delle singole rate
 - * il TAEG e il dettaglio delle condizioni analitiche secondo cui il medesimo tasso può essere modificato
 - * l'importo e la causale degli oneri che sono esclusi dal calcolo del TAEG o, nei casi in cui ciò non sia possibile, una stima realistica
 - * le eventuali garanzie richieste
 - * le eventuali coperture assicurative non incluse nel calcolo del TAEG.
- Si rammenta che la facoltà di adempiere in via anticipata o di recedere dal contratto senza penalità spettano al consumatore senza possibilità di patto contrario. Se il consumatore esercita la facoltà di adempimento anticipato secondo le modalità e nei

limiti previsti dall'art. 3 del D.M. 8 luglio 1992, ha diritto ad un'equa riduzione del costo complessivo del credito: in tal caso, il consumatore è tenuto a versare il capitale residuo, gli interessi e gli altri oneri maturati fino a quel momento e, se pattuito, un compenso comunque non superiore all'1% del capitale residuo.

Disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari (SINTESI ESPLICATIVA)

Nell'attività di intermediazione mobiliare l'aderente ha l'obbligo di:

- pubblicare e trasmettere ai clienti apposito documento informativo, redatto secondo le disposizioni emanate dalla CONSOB, contenente l'indicazione e la descrizione delle attività svolte, nonché l'elenco dei soggetti appartenenti al proprio gruppo;
- stipulare in forma scritta i contratti, indicando la natura dei servizi forniti, le relative modalità di svolgimento e l'entità ed i criteri di calcolo della loro remunerazione, nonché le altre condizioni particolari convenute con il cliente; copia del contratto deve essere contestualmente consegnata al cliente;
- acquisire preventivamente le informazioni sulla situazione finanziaria del cliente rilevanti ai fini dello svolgimento dell'attività di intermediazione mobiliare;
- operare in modo che il cliente sia sempre adeguatamente informato sulla natura e sui rischi delle operazioni, sulle loro implicazioni e su qualsiasi altro fatto o circostanza necessari per prendere consapevoli scelte di investimento o disinvestimento;
- non consigliare o effettuare operazioni con frequenza non necessaria o eccessiva in rapporto alla situazione finanziaria del cliente;
- non effettuare operazioni per conto della propria clientela qualora l'aderente si trovi, anche indirettamente, in una situazione di conflitto di interesse, salvo che abbia rivelato per iscritto al cliente la natura e l'estensione del suo interesse nell'operazione ed il cliente abbia preventivamente ed espressamente acconsentito per iscritto all'effettuazione della stessa;

Per quanto attiene, in particolare, all'attività di gestione di patrimoni, l'aderente, oltre all'osservanza degli obblighi sopra descritti, deve:

- agire esclusivamente in nome e per conto dei clienti;
- stipulare apposito contratto scritto, nel quale sono specificati la natura dei servizi forniti, i poteri conferiti all'aderente, il tipo di valori mobiliari acquistabili, la durata dell'incarico, l'ammontare del compenso oltre al quale nulla è dovuto ovvero i criteri completi per la sua determinazione. Tale contratto – salvo preventiva e specifica rinuncia scritta del cliente – non acquista efficacia prima del quinto giorno lavorativo successivo a quello della sua sottoscrizione; entro tale termine, il cliente, ha facoltà di

recedere, senza spese nè corrispettivo, facendo pervenire apposita comunicazione scritta all'aderente;

- non contrarre obbligazioni per conto del cliente che impegnano lo stesso oltre i valori affidati in gestione;
- inviare al domicilio del cliente, almeno ogni trimestre, rendiconti dai quali risultino in modo analitico e secondi i criteri stabiliti dalla CONSOB, il valore del patrimonio gestito, la sua composizione e le variazioni intervenute nel periodo di riferimento;
- non affidare a terzi l'esecuzione dell'incarico ricevuto salvo che per gli atti per i quali la sostituzione è resa necessaria dalla natura dell'incarico e, in ogni caso, previa comunicazione al cliente.

Provvedimenti urgenti per limitare l'uso del contante e dei titoli al portatore nelle transazioni e prevenire l'utilizzazione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio – Indicazioni operative per la segnalazione di operazioni sospette (SINTESI ESPLICATIVA)

- L'aderente deve identificare tutti i soggetti che richiedano l'accensione di rapporti continuativi, riportando in un proprio archivio informatico le relative generalità complete, gli estremi di un documento di identificazione ed il codice fiscale.
- L'aderente deve altresì registrare i predetti dati identificativi dei soggetti che richiedano operazioni che comportino trasmissione o movimentazione di mezzi di pagamento di qualsiasi tipo (ad esempio contante, assegni e vaglia bancari e postali, bonifici), di importo superiore a venti milioni (in lire o valuta equivalente).
- Gli assegni e vaglia bancari e postali di importo superiore a venti milioni di lire devono recare la clausola di «non trasferibilità». L'aderente è tenuto a riferire al Ministro del Tesoro la mancanza di tale clausola.
- Il saldo dei libretti al portatore non può essere superiore a venti milioni di lire.
- I trasferimenti di denaro contante o di titoli al portatore in lire o valuta estera di importo superiore a venti milioni di lire devono avvenire per il tramite degli intermediari abilitati (ad esempio uffici della Pubblica Amministrazione, banche, SIM, fiduciarie, imprese ed enti assicurativi, ecc.).
- L'aderente è tenuto a segnalare, sulla base delle «Indicazioni operative» della Banca d'Italia, le operazioni per le quali abbia il sospetto che il denaro o i beni siano oggetto di riciclaggio, traendo origine da un «delitto non colposo».

* * *

Si sottolinea che tutti gli obblighi sopra evidenziati potranno essere oggetto di modifiche normative che interverranno successivamente alla pubblicazione del presente Codice. In tal caso gli aderenti si atterranno ai comportamenti prescritti dalle nuove norme.

PARTE TERZA

LA RELAZIONE CON IL CLIENTE

La relazione con il cliente si realizza attraverso le seguenti fasi:

1. L'inizio del rapporto
2. La fornitura del prodotto/servizio
3. La cessazione del rapporto
4. La promozione del prodotto/servizio
5. L'assistenza del prodotto/servizio

Si sottolinea che le prime tre fasi sono evidenziate secondo la sequenza temporale che le caratterizza nell'ambito della relazione con il cliente. Le ultime due si riferiscono, invece, ad attività che l'aderente può svolgere durante l'intera vita del rapporto con il cliente.

1. L'inizio del rapporto

L'aderente si impegna a:

- utilizzare nei contratti una forma grafica di facile lettura;
- fornire al cliente l'assistenza necessaria affinché tutte le clausole contrattuali risultino pienamente comprensibili, evidenziando in particolare le condizioni economiche ed i termini che potrebbero influire sulle prestazioni del prodotto o del servizio;
- fornire – su richiesta del cliente – una copia in bianco del contratto relativo al prodotto o del servizio offerto.

2. La fornitura del prodotto/servizio

L'aderente si impegna a:

- garantire al cliente la possibilità di identificare ogni interlocutore che agisca in nome e per conto dell'aderente;
- fornire i prodotti e servizi in conformità alle condizioni di offerta e alle modalità di fruizione degli stessi;
- dare comunicazione, anche attraverso forme impersonali, delle modifiche intervenute nelle modalità di offerta e di fruizione dei prodotti e servizi;
- valutare eventuali proposte o suggerimenti del cliente volti a migliorare la fornitura del prodotto o del servizio;
- fornire le informazioni che permettono l'utilizzo corretto del prodotto o del servizio.

3. La cessazione del rapporto

L'aderente si impegna a:

- richiamare l'attenzione del cliente sulle clausole e sulle condizioni relative alla cessazione del rapporto;
- fornire le informazioni sugli effetti derivanti dalla cessazione del rapporto;
- operare in modo che, tenendo conto della propria struttura organizzativa e della natura del rapporto, tutte le attività relative alla cessazione dello stesso vengano effettuate nel minor tempo possibile.

4. La promozione del prodotto/servizio

La promozione può avvenire prevalentemente mediante:

- relazione interpersonale (allo sportello, presso il domicilio del cliente, attraverso il colloquio telefonico);
- strumenti ed apparecchiature informatiche (es. Bancomat, ecc.);
- opuscoli ed altri supporti informativi messi a disposizione nei propri locali aperti al pubblico;

- materiale promozionale inviato al domicilio del cliente;
- altri strumenti di comunicazione (stampa, televisione, radio, affissioni, ecc.).

A tal proposito l'aderente si impegna a:

- svolgere la propria attività promozionale in modo da favorire la corretta comprensione delle caratteristiche dei prodotti e servizi offerti;
- formulare le offerte di prodotti e servizi in aderenza alle proprie effettive capacità professionali ed organizzative;
- rispettare la volontà del cliente, espressa per iscritto, di non essere destinatario di ripetute azioni promozionali a mezzo di contatti telefonici.

5. L'assistenza

L'aderente si impegna a fornire:

- le informazioni sulle opportunità ed alternative commerciali offerte, nell'ambito della propria gamma di prodotti e servizi, utili alla risoluzione delle specifiche esigenze del cliente;
- le informazioni sui prodotti e servizi commercializzati per conto di terzi o offerti con il concorso di terzi;
- le informazioni e gli strumenti utili a prevenire o ad affrontare le situazioni di emergenza.

PARTE QUARTA

L'ATTIVITÀ DELL'ADERENTE

Le motivazioni alla base della relazione con l'aderente sono riconducibili in linea generale alle seguenti esigenze espresse dal cliente:

- investimento
- finanziamento
- incassi e pagamenti

La risposta dell'aderente a tali esigenze è configurabile nelle seguenti attività:

- raccolta e gestione del risparmio
- concessione del credito
- fornitura di servizi di incasso e pagamento

1. La raccolta e la gestione del risparmio

Nell'ambito dell'attività di raccolta e gestione del risparmio l'aderente offre una gamma di prodotti e servizi che vanno dal conto corrente e dalle altre forme di deposito fino alla gestione patrimoniale e alle altre operazioni di intermediazione in valori mobiliari.

In questo contesto particolare rilevanza riveste l'assistenza che l'aderente deve prestare al cliente in relazione al contenuto specifico dei singoli prodotti e servizi.

In particolare, oltre al rispetto dei principi enunciati nelle altre parti del Codice, l'aderente si impegna a:

- illustrare in modo completo e comprensibile le caratteristiche dei prodotti e servizi offerti, in particolare, con riferimento alla durata, ai vincoli e alle opportunità di smobilizzo;

- fornire le informazioni relative ai tassi applicati e ai rendimenti: qualora non siano predeterminati, illustrare le modalità di quantificazione degli stessi;
- rappresentare gli aspetti di rischio anche di natura non finanziaria.

Con riguardo all'attività di intermediazione mobiliare, l'aderente al presente Codice si conforma alle norme prescritte dal «Codice di comportamento dei componenti gli organi amministrativi, dipendenti e collaboratori degli intermediari autorizzati di cui alla legge n.1 del 2 gennaio 1991».

In particolare, vengono in questa sede richiamati alcuni principi del suddetto «Codice» che stabiliscono:

1) *per gli organi amministrativi*, il divieto di:

- compiere, anche per interposta persona, operazioni su valori mobiliari, sulla base di informazioni specifiche acquisite in relazione allo svolgimento delle proprie funzioni, fino a quando dette informazioni non siano state rese pubbliche;
- utilizzare le suddette informazioni nell'interesse proprio o dei terzi, comunicarle ad altri e indurre chiunque ad operare sui valori mobiliari cui le informazioni stesse si riferiscono;

2) *per i dipendenti*, l'obbligo di:

- comportarsi con correttezza e professionalità nella cura degli interessi dei clienti, mantenendo, comunque, la riservatezza sulle informazioni di carattere confidenziale acquisite dai clienti stessi o di cui dispongano in ragione della propria funzione;
- non utilizzare le suddette informazioni nell'interesse proprio o di terzi ed, in particolare, non comunicarle ad altri nè indurre chiunque ad operare sui valori mobiliari cui le informazioni stesse si riferiscono;
- rispettare – qualora effettuino operazioni mobiliari per proprio conto, avvalendosi delle apposite strutture e dei servizi dell'aderente da cui dipendono ovvero tramite altri intermediari autorizzati – le disposizioni previste dalla legge n.1/91 e dai relativi Regolamenti di attuazione, le norme del richiamato «Codice» e le istruzioni che regolano le modalità e le condizioni stabilite dall'intermediario per l'accettazione, l'esecuzione ed il regolamento degli ordini relativi alle operazioni ammesse;

- non effettuare in contropartita con i clienti operazioni su valori mobiliari per proprio conto anche per interposta persona;
- mantenere la riservatezza sulle informazioni specifiche, relativamente ai valori mobiliari, acquisite in ragione dello svolgimento della propria attività di lavoro, potendo effettuare operazioni per conto proprio, anche per interposta persona, su tali valori, solo quando tali informazioni siano state rese pubbliche;

3) *per i promotori finanziari*, l'obbligo di:

- rispettare le stesse disposizioni previste per i dipendenti, in quanto compatibili con l'attività da essi svolta; l'osservanza di tali disposizioni, nel caso di promotori che agiscono in qualità di agenti o mandatari dell'aderente, deve essere prevista nei contratti di agenzia o di mandato e la relativa violazione costituisce grave inadempienza contrattuale che può comportare la risoluzione del contratto di agenzia o di mandato e l'obbligo dell'inadempiente al risarcimento del danno;
- operare in modo che il cliente sia adeguatamente informato sulla natura e sui rischi delle operazioni in valori mobiliari, sulle loro implicazioni e su qualsiasi atto, fatto o circostanza necessari per assumere consapevoli scelte di investimento o disinvestimento.

Si rammenta che il predetto «Codice» dispone che l'inosservanza degli obblighi e dei divieti previsti dallo stesso potrà assumere rilievo sul piano disciplinare, ferme restando le eventuali responsabilità di altra natura.

2. La concessione del credito

2.1 Generalità

Nell'attività di concessione del credito, oltre al rispetto dei principi enunciati nelle altre parti del Codice, l'aderente si atterrà alle specifiche regole di comportamento di seguito indicate, poste nell'interesse generale dei clienti e a tutela degli stessi.

In particolare, esso si impegna a:

- ridurre il più possibile i tempi per le decisioni sulle richieste di affidamento, tenendo conto della propria struttura organizzativa, delle procedure interne e della tipologia del fido richiesto;

- seguire criteri di trasparenza nelle procedure per la valutazione delle richieste di affidamento, al fine di consentire la conoscenza dello stato di avanzamento della pratica di fido;
- sensibilizzare i clienti sulla necessità di un'accorta gestione degli assegni bancari nonché sui rischi insiti nel richiedere prestiti a soggetti non legittimati a svolgere attività di finanziamento;
- rafforzare le procedure interne per il controllo del proprio personale, affinché siano rispettati i principi di cui ai punti precedenti.

2.2 *Modalità operative*

Per una corretta attività di concessione del credito e al fine di formarsi un ragionevole convincimento in merito alla capacità di rimborso, l'aderente acquisisce e valuta una serie di notizie che riguardano il richiedente, l'attività svolta e le finalità del finanziamento richiesto.

In relazione alla valutazione della domanda di concessione del credito e dell'eventuale successiva disponibilità, oltre alla situazione patrimoniale e reddituale, l'aderente deve:

- tener conto di informazioni desunte dai rapporti commerciali intrattenuti in passato, ottenute da agenzie specializzate oppure fornite dal cliente stesso;
- informare il cliente circa l'elenco dei documenti da produrre per l'apertura dell'istruttoria di concessione del credito, fatte salve le integrazioni che si rendessero necessarie nel corso dell'istruttoria stessa;
- comunicare al cliente, anche attraverso forme impersonali, i tempi medi di risposta alla richiesta di credito, decorrenti dal completamento della documentazione necessaria e determinati in relazione alla tipologia e alla complessità del finanziamento;
- indicare, conseguentemente, i tempi medi necessari per l'effettiva disponibilità del finanziamento stesso;
- adottare procedure interne di valutazione, gestione e controllo dei crediti che tutelino la riservatezza delle informazioni.

2.3 *Assistenza*

L'aderente si impegna a fornire un'assistenza adeguata per la comprensione degli aspetti contrattuali connessi all'erogazione e all'utilizzo del credito, in particolare su:

- le modalità di rimborso
- le modalità di revoca da parte dell'aderente
- le modalità di recesso e di estinzione anticipata da parte del cliente
- gli aspetti di rischio connessi alla specifica tipologia di finanziamento.

3. La fornitura di servizi di incasso e pagamento

Nell'attività di fornitura di servizi di incasso e pagamento, oltre al rispetto dei principi enunciati nelle altre parti del Codice, l'aderente si impegna a:

- illustrare in modo completo e comprensibile i rischi connessi alla specifica tipologia dei servizi e degli strumenti di incasso e pagamento;
- evidenziare le responsabilità del cliente connesse al possesso, all'uso, allo smarrimento e alla sottrazione degli strumenti di pagamento;
- comunicare tempestivamente l'impossibilità di eseguire l'ordine del cliente;
- adottare efficaci criteri di sicurezza nel caso in cui gli ordini di incasso o pagamento vengano impartiti attraverso l'utilizzo diretto di collegamenti informatici e telematici tra cliente e aderente.

L'esecuzione degli ordini di incasso o pagamento è assicurata per il tramite di infrastrutture consortili e centri applicativi che intervengono nel trasporto delle informazioni telematiche necessarie alla corretta esecuzione degli ordini stessi.

PARTE QUINTA

IL RECLAMO DEL CLIENTE

L'aderente si impegna a:

- adottare una procedura interna per il trattamento celere e corretto dei reclami del cliente;
- informare il proprio cliente dell'esistenza della procedura per i reclami, fornendo indicazioni circa le modalità da seguire e le ulteriori iniziative da intraprendere nell'eventualità che l'esito del reclamo sia ritenuto insoddisfacente;
- garantire nei propri locali aperti al pubblico la presenza di personale a conoscenza della procedura interna per i reclami e in grado di assistere i clienti fornendo al riguardo le relative informazioni;
- accettare il reclamo presso uno qualunque dei propri locali aperti al pubblico;
- non richiedere rimborsi di alcun genere al cliente per le attività necessarie all'esame del reclamo ed alla risposta da fornire;
- monitorare periodicamente i reclami pervenuti al fine di interpretarne la motivazione o rilevare le eventuali anomalie verificatesi durante la fornitura del prodotto o servizio;
- valutare gli eventuali interventi di tipo organizzativo e regolamentare da effettuare per evitare il ripetersi del reclamo stesso.

In relazione ai reclami presentati dalla clientela, si ricorda che l'aderente può aver sottoscritto l'«Accordo per la costituzione dell'Ufficio Reclami e dell'Ombudsman bancario». In tal caso la relativa adesione e il contenuto del Regolamento dell'Accordo saranno pubblicizzati a mezzo di idonea documentazione asportabile presso i locali dell'aderente aperti al pubblico.

Tale Accordo regola «qualunque questione derivante da rapporti intrattenuti con l'ente creditizio e avente per oggetto rilievi circa il modo con cui l'ente creditizio abbia gestito operazioni e servizi», come desumibile dall'art.1 del relativo Regolamento. Si rammenta che l'*Ombudsman Bancario* ha domicilio in:

*Via delle Botteghe Oscure, 46
00186 Roma*

Nel caso in cui l'aderente al presente Codice abbia sottoscritto anche il suddetto Accordo, il cliente ha a disposizione gli strumenti previsti dal citato Regolamento, al quale si rimanda, per la presentazione del suo reclamo. Restano ferme per gli aderenti le regole del Codice di cui al presente paragrafo.

* * *

Al fine di garantire la coerenza dei principi enunciati nel Codice all'evoluzione della normativa, delle prassi operative e delle modalità di offerta dei prodotti e servizi, il Codice è sottoposto a revisione ogni due anni e, comunque, ogni qualvolta l'Associazione Bancaria Italiana lo ritenga opportuno.

INDICE

INTRODUZIONE Pag. 7

CAPITOLO 1

Origini e fundamenta del processo di autoregolazione

1.1 L'evoluzione della normativa economico-finanziaria e tendenza al rinnovamento dei criteri ordinatori della disciplina speciale. Pag. 12

1.2. Il superamento della “statualità del diritto” Pag. 20

1.3. Il processo di delegificazione Pag. 26

1.4. Portata e prospettive dei processi di autoregolazione Pag. 34

CAPITOLO 2

Le forme dell'autoregolazione

- 2.1. Autodisciplina di settore e normazione secondaria: il ruolo e la natura giuridica delle autorità di settore Pag. 39
- 2.2. Segue: le autorità di settore e il problema della loro indipendenza Pag. 47
- 2.3. La procedura di “consultazione preventiva” Pag. 52
- 2.4. I codici di autodisciplina Pag. 58
- 2.5. Il Codice di comportamento del settore bancario e finanziario adottato dall'ABI Pag. 64
- 2.6. I “frameworks di global regulators”. Dalle guidelines di “soft law” all'enforcement del recepimento negli Stati membri Pag. 68

CAPITOLO 3

Opportunità e limiti dell'autoregolamentazione in ambito bancario e finanziario

- 3.1. la partecipazione al processo di formazione delle regole ed il cambiamento della disciplina speciale Pag. 74
- 3.2. Segue: le implicazioni nel rapporto tra potere politico e società civile Pag. 81
- 3.3. L'incidenza sull'identificazione di soluzioni alternative delle controversie in ambito bancario e finanziario Pag. 87
- 3.4. Innovazione delle tipologie contrattuali Pag. 95
- 3.5. Segue: Le implicazioni del processo di *information technology* sulla disciplina dei contratti Pag. 102

CAPITOLO 4

Le modalità applicative dell'autoregolazione nel progetto "Pattichiari"

4.1. L'obiettivo	Pag. 109
4.2. Il Consorzio	Pag. 112
4.3. Modalità di adesione	Pag. 117
4.4. La comunicazione	Pag. 119
4.5. Il sostegno dei consumatori	Pag. 121
4.6. Il Roadshow nelle città: l' <i>Experience marketing</i>	Pag. 123
4.7. La formazione del personale	Pag. 124
4.8. Le iniziative	Pag. 126
4.8.1. Risparmio	Pag. 127
4.8.2. Credito	Pag. 130
4.8.3. Servizi	Pag. 132

CONCLUSIONI	Pag. 135
BIBLIOGRAFIA	Pag. 139
ALLEGATO 1. Circolare ABI del 22/01/2006	Pag. 149

Riassunto tesi

1. Il lavoro si incentra sull'autoregolazione del mercato finanziario, un tema che, da sempre, suscita molto interesse tra gli studiosi e gli esperti del settore finanziario. Pur essendo un argomento relativamente recente, che ha conosciuto uno sviluppo esponenziale soprattutto negli ultimi decenni del secondo millennio, è evidente come i mercati finanziari siano soggetti, oramai, ad una continua attività di autodisciplina, mediante la quale si tenta di creare regole e principi che permettano agli operatori del sistema di svolgere nel migliore dei modi il loro mandato nei confronti dei consumatori dei servizi creditizi e finanziari.

E sono proprio gli stessi consumatori che - vittime dei recenti scandali finanziari che hanno coinvolto migliaia di famiglie nel nostro Paese (si pensi al default del debito pubblico argentino, al crac delle società Cirio e Parmalat) - hanno messo al vaglio l'intero settore dell'intermediazione, evidenziando lacune e carenze per quanto riguarda la regolamentazione.

Ed invero, il venir meno della fiducia dei risparmiatori è causa di una crisi generale del sistema finanziario, che fa emergere l'esigenza - e soprattutto, a mio avviso, la necessità - di riformulare l'intero rapporto che lega gli investitori e gli intermediari che operano nei mercati finanziari.

“Regolare”, “non regolare”, “come regolare”, “perché regolare” sono domande sempre più frequenti tra gli addetti ai lavori e sono causa di accese polemiche e discussioni. Da qui l'esigenza di spiegare che cos'è

l'autoregolazione e da dove essa origina, incipit di un itinerario di analisi volta a divenire la realtà giuridico-economica nella quale viviamo.

L'autoregolazione (o autoregolamentazione) è una forma disciplinare del mercato finanziario (e non solo) che riconosce spazi d'intervento nella formazione delle regole a coloro che agiscono nei mercati stessi. A fondamento di tale processo vi è, dunque, la volontà di creare un nuovo paradigma dispositivo che dia centralità alle forme di organizzazione ed alle modalità operative degli intermediari.

Essa è connessa all'affermazione di un "nuovo ordine" del mercato, di una logica che, come sostiene Natalino Irti, *"qualifica il mercato non più come luogo economico, ma bensì come istituto giuridico, affidato alla benefica spontaneità degli interessi"*¹. L'affermazione di tale nuova tendenza va collocata nell'ambito dei profondi mutamenti della realtà giuridico-economica verificatisi nel nostro Paese dagli anni Settanta in poi. Si attribuisce, pertanto, nuova linfa al ruolo del mercato, considerato quale catalizzatore della spontaneità degli interessi che si manifestano nella collettività. E proprio in questa nuova dimensione si gettano le basi per un diritto di formazione spontanea, che nasce dal basso e che si ispira a principi quali il consenso e la prassi nella creazione delle regole giuridiche.

In tale contesto si manifesta, d'altro canto, l'esigenza di comprendere il ruolo giocato dalla norma e di valutare in che modo essa abbia assistito l'evoluzione dei processi in atto, condizionandone, se nel caso, gli effetti. Per tal via, a partire dagli anni Ottanta si ricercano formule e provvedimenti

¹ Cfr. IRTI N., *Codice Civile e società politica*, Bari, 1995, p. 65; ID., *Scambi senza accordo*, in *Riv. tri. dir. e proc. civ.*, 1999, I, p. 24.

legislativi finalizzati a correggere le contraddizioni e le distorsioni di un sistema impermeabile agli impulsi generati dal mercato².

Negli ultimi decenni del Novecento, inoltre, nel settore economico e finanziario si registra una progressiva riduzione della consistenza delle fonti di normazione primaria; realtà, la cui *ratio* va individuata nel riferimento alla particolare esigenza di flessibilità disciplinare, richiesta sia per la definizione dei rapporti tra i soggetti di tale ordinamento, sia per attuare una pronta conformazione degli assetti strutturali e funzionali dei medesimi alle modifiche della realtà economica.

A ciò aggiungasi che si versa in presenza di regole le quali - presupponendo un'ampia disponibilità da parte dell'Amministrazione a recepire i suggerimenti provenienti degli intermediari - lasciano intravedere capacità di semplificazione delle tecniche procedurali. Diviene concretamente auspicabile, quindi, realizzare forme di trasparenza nei rapporti negoziali, nonché di "sburocratizzazione" cui pervenire previa l'adozione degli atti dispositivi di cui trattasi, arrivando così ad un migliore raccordo tra azione autoritativa e controllo.

Tale orientamento alla flessibilità ed alla semplificazione disciplinare, che si concreta in tecniche di regolazione caratterizzate da snellezza operativa, ha per scopo ultimo l'obiettivo di evitare che la normativa si traduca in

² A riguardo in maniera specifica GANDOLFI G., *La concorrenza nel settore bancario italiano*, Roma, Bancaria Editrice, 2002, p. 18. Mercati più dinamici e competitivi e continui fermenti organizzativi sono i fattori che caratterizzano oggi il sistema finanziario italiano, dopo un lungo periodo fortemente regolamentato e troppo spesso distante dalle logiche di mercato e di efficienza produttiva.

schemi statici, contrari ad un settore come quello finanziario, oggetto di continue alterazioni³.

L'indagine sulle forme disciplinari che regolano il mercato finanziario deve necessariamente considerare la crisi della "statualità del diritto", il venir meno dell'esclusiva potestà dello Stato nella creazione di norme giuridiche (sulle quali si devono conformare i comportamenti dei cittadini). Ed invero, a fronte del venir meno di ogni spinta dirigistica in campo bancario e finanziario, si individua, a livello generale, una incrinatura (o più esattamente: una sorta di superamento) del dogma della statualità del diritto; incrinatura attuata mediante il ricorso a forme di regolamentazione "extrastatuale" già indicate, in tempi lontani, da un'insigne dottrina tra gli aspetti caratterizzanti la fisionomia del nostro diritto civile⁴.

Il superamento della pregressa modalità di produzione normativa ha inciso profondamente sul sistema delle fonti del nostro ordinamento, dando vita così ad un "nuovo ordine" delle medesime, nel quale ai provvedimenti normativi di origine statale (leggi ordinarie, decreti legislativi, decreti legge...) si affiancano quelli dettati dalle autorità di settore (Banca d'Italia, Consob, Isvap, Antitrust), contenuti nei codici di autodisciplina (elaborati dalle associazioni di categoria ed, infine, adottati da organismi internazionali).

In questa prospettiva si registra, infatti, un indebolimento delle fonti di diritto formale e, parallelamente, un notevole impulso alla legittimazione della facoltà normativa concessa alle autorità amministrative indipendenti,

³ In generale sull'argomento CAPRIGLIONE F., *L'ordinamento finanziario italiano*, Padova, Cedam, 2010, vol. I, p. 30.

⁴ Cfr. VASSALLI F., *Extrastatualità del diritto civile*, ora in *Studi giuridici*, III, 2, Milano, 1960, p.754 ss.

destinatario di una concreta delega, da parte della politica, alla regolazione di specifici settori dell'ordinamento⁵.

L'intento di pervenire ad un peculiare raccordo interventistico tra autorità politica e tecnica si segnala, peraltro, già a partire con la legge bancaria del 1936. Solo successivamente, tuttavia, emergerà con chiarezza il ruolo giocato dalle amministrazioni di controllo del settore finanziario quali destinatarie, appunto, di una delega da parte della politica stessa alla regolamentazione di una realtà particolarmente importante, come quella bancario-finanziaria.

Ciò avverrà quando il conferimento a specifiche *authorities*, preposte ai differenti settori dell'ordinamento, della disciplina e della vigilanza sui soggetti che di questi fanno parte consentirà di predisporre le condizioni giuridiche adeguate ad assicurare il regolare svolgimento delle attività di cui trattasi⁶, avendo la consapevolezza che i mercati, nel loro divenire, hanno bisogno di un'attività di conformazione giuridica che varia nel tempo. La funzione di tali autorità dovrà, tuttavia, essere esercitata in linea con le caratteristiche tecniche che ne qualificano l'essenza, quali la relativa separatezza dal potere politico, la posizione di terzietà nei confronti degli interessi coinvolti (negli ambiti su cui le amministrazioni stesse esplicano la loro influenza) nonché il tecnicismo che contraddistingue da sempre il loro operato.

Alla luce di quanto precede, può dirsi che nell'ordinamento finanziario italiano si è venuto a configurare, nel corso degli anni, un sistema di regole

⁵ A proposito LOBUONO M., *Deregulation dei mercati finanziari e processi di autoregolamentazione*, in *Banca, impresa, società*, 1990, p. 216.

⁶ ... secondo criteri rispondenti ai fondamenti teorico-pratici che presiedono a quest'ultima.

caratterizzato da più livelli che, partendo da quello legislativo, si arricchisce di disposizioni e criteri fissati dalla normativa secondaria. Si riconosce, in tal modo, un ruolo decisivo all'autoregolamentazione degli operatori di settore, nell'intento di includere nella disciplina di settore prescrizioni più vicine alla realtà da regolamentare⁷. In tale nuovo tipo di società, dunque, il singolo individuo prende parte al procedimento di formazione delle norme, non è un semplice spettatore della creazione politica, limitandosi nella scelta dei componenti soggettivi del potere. Il diritto nasce dal basso per diversi motivi. L'accordo diviene l'elemento principe su cui ruota l'intera comunità, esso rispecchia non solo i rapporti tra le varie organizzazioni internazionali, tra le società mondiali, tra gli Stati di tutto il mondo, ma anche i rapporti tra i privati.

L'avvento della globalizzazione e del mercato libero fa da sfondo ad un nuovo scenario socio-economico mondiale: la società si autoregola, l'ambiente muta per mezzo di direttive vincolanti, rispettate in quanto fondate su nuovi meccanismi incentivanti, e non più sul tradizionale potere impositivo. La spontaneità del divenire, presupposto delle società globalizzate, riguarda, inoltre, anche l'ambito giuridico. Le società, infatti, evolvendosi in modo spontaneo e naturale, provano a porre in essere regole giuridiche adatte a regolamentare tale tipo di evoluzione. Lo Stato si ritrova, quindi, a confrontarsi con "nuove forme normative", con poteri disciplinari che si affermano a livello internazionale. Nascono, così, organizzazioni di livello planetario come il Fondo Monetario Internazionale, la Banca Mondiale, l'ONU, la NATO, in grado di offrire

⁷ A riguardo DESARIO V., *Caratteristiche e finalità dell'azione della Banca d'Italia nella dinamica evolutiva del diritto dei contratti bancari e finanziari*, Intervento del Direttore Generale della Banca d'Italia all'Università di Bari, Facoltà di Giurisprudenza, Bari, 20 novembre 1999.

idonee garanzie per il supporto delle esigenze di un ordinamento economico-finanziario di dimensione globale. La qualifica tecnica dei rappresentanti in seno a tali organismi e le consuetudini di rapporti tra autorità consente la realizzazione di accordi in tempi relativamente rapidi e coerenti con le richieste postulate dall'evoluzione del mercato.

Si è in presenza, quindi, di una nuova formula ordinatoria, mirante alla predisposizione di regole “valide in ogni parte del mondo”, una formula che si afferma senza disporre di alcuna forza cogente, bensì fondando la propria capacità applicativa sulle prerogative sottese all'efficacia tipica degli accordi internazionali⁸. Questo perché il contesto globale è meno affollato di funzioni e poteri amministrativi e, quindi, vi è più spazio per l'affermazione spontanea di regimi regolatori disancorati dalla logica della statualità.

Obiettivo ulteriore del fenomeno autodisciplinare - che si manifesta, quindi, per far fronte all'inesistenza o all'inadeguatezza, in determinati campi della realtà economica-finanziaria, di regole di origine statale, non più in grado di fornire una regolamentazione efficace ed efficiente – risulta essere quello di creare un insieme di norme che siano fonte di condotte altamente etiche e morali da parte degli operatori di settore. Si tenta, infatti, per tal via, di riformare nonché migliorare il rapporto con la clientela, esigenza insopprimibile, soprattutto alla luce dei recenti scandali finanziari abbattutisi in Italia e nel resto del mondo. L'affermazione delle forme di autodisciplina deve poter contare, a tal proposito, su adeguati livelli di maturità e di serietà tale da parte degli intermediari, che si traducano in una

⁸ Cfr. MONTEDORO G., *Economia della crisi, trasformazioni dello Stato, governo dei giudici*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2009, I, p. 66, reperibile in www.rtde.luiss.it.

pronta tutela degli interessi del pubblico cui si rivolgono. Da qui la necessità di creare un clima di fiducia che costituisce il fondamento di un *agere* finanziario e creditizio, orientato a correttezza e rispetto delle controparti negoziali.

2. E' indiscutibile come si versi in presenza di un processo innovativo che, senza incidere sulla filosofia su cui è fondato il "mercato regolato", tiene conto della possibilità di modificarne l'essenza attraverso l'azione responsabile degli intermediari. Questi ultimi – intervenendo nella creazione delle forme disciplinari che consentono condizioni di reale affidabilità (da parte dei risparmiatori-investitori) – potranno contribuire, in maniera determinante, alla soddisfazione del bisogno di fiducia del pubblico; donde l'affermazione della tendenza a ridurre la distinzione degli operatori rispetto agli organi di controllo, in un contesto che si caratterizza per la convergenza e l'incontro tra portatori di interessi diversi.

Risulta evidente come, pur restando formalmente inalterata la differenziazione di ruoli tra autorità di vertice ed appartenenti al sistema, il concorso di questi ultimi nelle scelte normative consentirà una regolamentazione più adeguata alle esigenze del settore e, dunque, in grado di evitare situazioni che possano alterare i meccanismi allocativi del mercato finanziario. Decisiva, al riguardo, deve ritenersi la capacità, che in tal modo si determina, di mediare tra interessi generali ed interessi collettivi (della categoria), onde la predeterminazione di regole che riflettano la consapevolezza della stretta interrelazione tra i vari segmenti del mercato, nonché della fungibilità degli strumenti adoperati.

L'ipotesi di un sistema di vigilanza sul mercato finanziario nel quale sia dato ampio spazio a forme di autoregolazione, che siano espressione di una

codificazione interna di settore, non costituisce comunque un assioma da accettare senza riserve. Considerazioni di tipo diverso evidenziano i limiti che ne circoscrivono l'applicazione, consentendo di puntualizzare entro quali termini è possibile ipotizzare la validità di tale formula normativa.

Alla luce di quanto precede, si comprende la ragione per cui detta modalità disciplinare non può considerarsi affidata a se stessa, non può ritenersi, cioè, autoreferenziale: essa, per solito, necessita di una fonte di legittimazione esterna che ne giustifichi l'esistenza. Da qui l'importanza che *in subiecta materia* assumono la legge e le deleghe con le quali la P.A. identifica l'ambito entro cui si esplica la capacità e la funzione di autoregolazione dei rapporti economici (attraverso previsioni che vanno al di là di quelle contenute nelle ordinarie fonti normative)⁹.

Non si può, peraltro, tacere il rischio (sotteso a siffatta realtà) che s'individua nell'eventualità di dar vita ad una frammentazione normativa; il processo dianzi descritto, portato alle estreme conseguenze, implica, infatti, che ogni gruppo sociale portatore di interessi collettivi possa trovare forme di regolamentazione a livello settoriale. Non a caso è stato autorevolmente sottolineato il pericolo che tale stato di cose si traduca in "una degenerazione del pluralismo in particolarismo"; donde la necessità di ricercare un punto di equilibrio, un momento di raccordo, sì da esorcizzare "l'avvento di un nuovo contratto sociale che sia espressione del compromesso tra particolarismi"¹⁰.

⁹ Cfr. CAPRIGLIONE F., *Amministrazione ed autoregolazione del mercato finanziario*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p.32 ss.

¹⁰ Sull'argomento OPPO G., *Codice civile e diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, p. 232.

Ciò posto, lo spazio per una rinnovata composizione di interessi non va ricercato in una riduzione del ruolo dell'autonomia privata, quasi a voler in tal modo contrastare quelle tesi dottrinali che ne esaltano la funzione (in vista di un ottimale disciplina del mercato). Occorre, per converso, fare riferimento allo Stato, alla sua azione mediatrice tra gruppi sociali, per conservare il giusto senso all'autonomia dei consociati; intesa, quest'ultima, alla stregua di "facoltà di scelta non solo di cose ma anche di controparti e condizioni contrattuali¹¹".

¹¹ Cfr. OPPO G., cit., p. 236.

Bibliografia

ABI, Circolare del 22 gennaio 1996.

ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, Laterza, 2002.

ALPA G. e CAPRIGLIONE F., *Diritto bancario comunitario*, Torino, Utet, 2002.

ALPA G. e ANDENAS M., *Fondamenti del diritto privato europeo*, Giuffrè, 2005.

AMBROSINI G., *La pluralità negli ordinamenti giuridici nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, Giuffrè Editore, 1973.

AMOROSINO S., *Regolazioni pubbliche mercati imprese*, Giappichelli Editore, 2008.

ANDREATTA G., *Le poche cose da fare*, in AA. VV., *Le banche e il capitale di rischio: speranze o illusioni?*, Bologna, 1984.

ANGELICI C. e FERRI G. B., *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, Utet, 1997.

ANTONUCCI A., *Profili giuridici del commercio elettronico di prodotti finanziari*, in *Mondo bancario*, 2000.

AYRES I. e BRAITHWAITE J., *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*, New York-Oxford, 1992.

BALLEY M., *Le droit comme terra incognita: conquerrir et construire le pluralisme juridique*, in *Rev. Canadienne droit et société*, 1997.

BARCELLONA P., *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996.

BARCELLONA P., *Il declino dello Stato-Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Bari, Dedalo, 1998.

BASSI A., *Autorità e consenso*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992.

BASSI F., *Introduzione*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993.

BATTINI M., *Introduzione a AA. VV., La regolazione globale dei mercati finanziari*, quaderno n. 3, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, 2007.

BERTI F., *La responsabilità pubblica*, Padova, 1994.

BIANCA C., *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Milano, 1982.

BOBBIO N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994.

BOCHICCHIO F., *Forme di autodisciplina degli operatori economici. L'economia tra sovranità statale ed autonomia privata*, in *Politica del diritto*, Milano, 1996.

CAPRIGLIONE F., *Amministrazione e autoregolazione del mercato finanziario*, in *Riv. dir. civ.*, 1996.

CAPRIGLIONE F., *Evoluzione normativa ed individuazione delle problematiche giuridiche dell'ordinamento finanziario*, in AA.VV., *Diritto*

delle banche, degli intermediari finanziari e dei mercati, Bari, Cacucci, 2003.

CAPRIGLIONE F., *Operazioni bancarie e tipologie contrattuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2006.

CAPRIGLIONE F., *Il rapporto tra politica ed amministrazione*, Testo della Relazione svolta il 15 marzo 2007 al “Congresso giuridico per l’aggiornamento forense, organizzato dal Consiglio Nazionale forense, Roma, 2007.

CAPRIGLIONE F., *L’ordinamento finanziario italiano*, Padova, Cedam, 2010.

CAPRIGLIONE F., *Misure anticrisi tra regole di mercato e sviluppo sostenibile*, Torino, Giappichelli Editore, 2010.

CAPRIGLIONE F., *Le amministrazioni di controllo del mercato finanziario*, Testo dell’Audizione tenuta il 26 gennaio 2011 presso la Prima Commissione della Camera dei Deputati nel corso dell’*Indagine conoscitiva* sulle amministrazioni indipendenti, Roma, 2011.

CARINGELLA F., *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2003.

CARLASSARE L., *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988.

CASSESE S., *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo*, in AA. VV., *La trasparenza amministrativa a due anni dalla legge 7 agosto*

1990, n. 241, Atti del convegno di studi organizzato dall'Università di Siena e dal Monte dei Paschi, supp. a *Mondo economico*, n. 9, 1993.

CASSESE S., *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, in *Foro italiano*, 1996.

CASTELLS M., *The information age: Economy, Society and Culture*, Cambridge, Mass, Blackwell Publishers, 1996.

CATANIA A., *Metamorfosi del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

CESARINI SFORZA W., *Il diritto dei privati*, Milano, Giuffrè Editore, 1963.

CONSOB, Delibera n. 10943 del 30 settembre 1997.

CONSOB, *Notiziario settimanale*, anno V, n. 45, 22 novembre 1999.

CONTI L., *The impact of New Technology of the Financial Services Industry*, in *Luiss International Journal*, n. 1, February 2000.

COSTI R. e ENRIQUES L., *Il mercato mobiliare*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, Padova, 2004.

CUCURACHI A., *La delegificazione nel processo di semplificazione normativa dell'ordinamento regionale*, regione Piemonte-Giunta regionale, Direzione affari istituzionali e avvocatura-Settore attività legislativa.

D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992.

DE LAURENTIS G., *Il ruolo dell'information technology*, in AA. VV., *Manuale di marketing bancario*, a cura di Scott W. G., Torino, 1995.

DE POLI A., *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002.

DESARIO V., *La tutela del consumatore: il ruolo dell'autoregolamentazione*, in *Bancaria*, n. 3, 1996.

DESARIO V., *Caratteristiche e finalità dell'azione della Banca d'Italia nella dinamica evolutiva del diritto dei contratti bancari e finanziari*, Intervento del Direttore Generale della Banca d'Italia all'Università di Bari, Facoltà di Giurisprudenza, Bari, 20 novembre 1999.

DESARIO V., *La Banca d'Italia e lo sviluppo dell'e-banking*, in *Documenti della Banca d'Italia*, 2000.

ENTE PER GLI STUDI MONETARI, BANCARI E FINANZIARI LUIGI ENAUDI, *Le fonti del diritto finanziario in Europa e il ruolo dell'autoregolamentazione*, quaderni di ricerche n. 44.

FALCHI, GINEFRA, LOVECCHIO, *Stati Uniti: internet e finanza*, in *Mondo bancario*, 2000.

FAZIO A., *L'informatica: una prospettiva per lo sviluppo*, in *Documenti della Banca d'Italia*, 2000.

GABROVEC MEI O., *Business ethics e codici etici*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 1990.

GANDOLFI G., *La concorrenza nel settore bancario italiano*, Roma, Bancaria Editrice, 2002.

GIANNINI M. S., *Consob*, in *La posizione della Consob nell'apparato amministrativo*, Milano, 1987.

GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993.

GIULIANI A., *Quale etica per il mercato?*, in AA. VV., *Teorie e forme della razionalità pratica*, Milano, 1993.

HANDL G., *A hard look at soft law*, in *Proceedings of the American society of international law*, 1988.

HELD D. e MC GREW ANTHONY, *Globalismo ed antiglobalismo*, Bologna, Il Mulino, 2010.

HOFFMAN H., *Rappresentanza-rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, Milano, Giuffrè Editore, 2007.

IANNARELLI A., *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in AA. VV., *Diritto privato europeo*, a cura di Lipari, Padova, 1997.

IRTI N., *Codice Civile e società politica*, Bari, 1995.

IRTI N., *Contratto senza accordo*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1998.

IRTI N., *Scambi senza accordo*, in *Riv. tri. dir. civ. e proc. civ.*, 1999.

LA PORTA U., *Globalizzazione e diritto. Regole giuridiche e norme di legge nell'economia globale. Un saggio sulla libertà di scambio e sui suoi limiti*, Napoli, 2005.

LA SPINA A. e MAJONE G., *Lo stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000.

LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1979.

LEMMA V., *Soft law e regolazione finanziaria*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006.

LETTA E., *Conclusioni: le riforme necessarie*, Bologna, Il Mulino, 2001.

LOBUONO M., *Deregulation dei mercati finanziari e processi di autoregolamentazione*, in *Banca, impresa, società*, 1990.

LOBUONO M., *Le regole di comportamento degli intermediari mobiliari tra istanze professionali e disciplina del mercato: l'esperienze inglese e francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1991.

MACCHIATI A., *Appunti per una nuova governance delle Autorità*, in *L'indipendenza delle Autorità*, Il Mulino, 2001.

MANZELLA G. P., *Brevi cenni sulla regulatory negotiation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994.

MARTINES T., *Diritto pubblico*, Milano, 1990, p. 14.

MARTINI E., *L'impatto delle tecnologie informatiche sull'industria bancaria e sui mercati finanziari*, in *Economia italiana*, 1999.

MASERA R., *Laudatio* in occasione dell'attribuzione del Premio Pico della Mirandola a J. Claude Trichet, Mirandola, 29 giugno 2002, pubblicata in *La leggenda di un uomo. La memoria di un premio*, Roma , 2004.

MASSERA S., *Autonomia e indipendenza nell'amministrazione dello Stato*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, 1988.

MONTANARI B., *Profili di teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1995.

MONTEDORO G., *Commento sub art. 7 TUB*, in AA. VV., *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2001.

MONTEDORO G., *Economia della crisi, trasformazioni dello Stato, governo dei giudici*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2009.

NAPOLITANO A., *Commento breve alla riforma della legge 241/90*.

OPPO G., *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988.

OPPO G., *Commento sub art. 41 Cost.*, in AA. VV., *Codice commentato della banca*, Giuffrè, 1990.

OPPO G., *Codice civile e diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992.

OPPO G., *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001.

ORTINO M., *Il mercato comunitario dei servizi d'investimento. Il "trading on line"*, Milano, 2005.

PARRELLA B., *La disciplina speciale dell'offerta a distanza di "prodotti finanziari" e di "servizi d'investimento"*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 2000.

PATRONI GRIFFI F., *La semplificazione normativa*, Intervento al Convegno "Il sistema amministrativo a dieci anni dalla riforma Bassanini", Università di Roma 3, Giovedì 31 gennaio 2008.

POLO G., *Le autorità indipendenti. Un'analisi economica e una proposta di riordino*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2002.

PROSPERI A., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. Dir. civ.*, 1999.

- PUTTNER G., *Lo Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992.
- RABITTI BEDOGNI C., *Mercati finanziari ed internet: la tutela dei risparmiatori*, in AA. VV., *Internet banking. Tecnologia, economia e diritto*.
- RIFKIN G., *L'era dell'accesso*, Milano, 2000.
- RIOLO F., *L'etica nei servizi bancari e finanziari*, in *Bancaria* n. 7-8, 1996, p. 70.
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico ed il sistema positivo della giurisdizione costituzionale in particolare*, Milano, Giuffrè Editore, 1961.
- ROPPO E., *Un fenomeno del terziario: organizzazioni professionali e "codici deontologici"*, in *Economia e diritto del terziario*, 1989.
- ROSA M. e VERGA M., *La storia moderna 1450-1870*, Milano, Mondadori, 2003.
- RUSCONI G., *L'etica dell'impresa nell'ambito degli studi economico-aziendali*, in *Rivista italiana di ragioneria e di economia aziendale*, 1996.
- SCHLESINGER P., *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. It.*, 1999.
- SEPE M., *Profili evolutivi della disciplina dei mercati e la repressione degli abusi di mercato*, in AA. VV., *L'ordinamento finanziario italiano*, a cura di Capriglione, Padova, 2005.
- SLAUGHTER K., *The real new world order*, in *Foreign aff.* 76, 1997.
- SLAUGHTER K., *A new world order*, Princeton, 2004.

STELLA RICHTER G., *Prime osservazioni su intermediazione finanziaria ed internet*, in *Dir. inf. Inform.*, 2000.

TEUBNER G., *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale*, in *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando Editore, 2005.

TORINO, *Contratti finanziari conclusi tramite internet*, in AA. VV., *I contratti del mercato finanziario*, a cura di Gabrielli e Lener, Torino, Utet, 2004.

TRICHET J.C., *Bolle speculative di Asset Price e loro implicazioni per la politica monetaria e la stabilità finanziaria*, discorso alla Federal Reserve Bank di Chicago, Chicago, 23 aprile 2002.

VASSALLI F., *Extrastatalità del diritto civile*, ora in *Studi giuridici*, Milano, 1960.

WYMEERSCH E., *The implementation of the Isd end Cad in the National Legal system*, in FERRARINI G. (a cura di), *European Securities Markets. The investment services directive and beyond*, Londra, 1998.

