

“RILESSIONI A MARGINE DEI PROVVEDIMENTI DEL GOVERNO DI LIBERALIZZAZIONE E SEMPLIFICAZIONE DELLE ATTIVITÀ ECONOMICHE*1”

di FRANCESCO CAPRIGLIONE

1. In ambito bancario e finanziario quando si parla di «liberalizzazioni» ci si intende riferire alle iniziative che provvedono alla eliminazione dei vincoli, per solito di natura normativa, che sono di ostacolo alla piena affermazione di una logica di mercato o che, comunque, recano intralcio alla definizione di un *sistema paritario* tra tutti coloro che sono presenti ed operano nel mercato. Ciò implica, in primo luogo, la riferibilità delle liberalizzazioni agli interventi che, in vario modo e misura, interagiscono a livello di semplificazione dei processi, modificando il sistema della regolazione vigente, sì da renderlo maggiormente coerente con il perseguimento di obiettivi di stabilità, efficienza e competitività, tipicamente propri di un ordinamento finanziario che identifichi nella *sana e prudente gestione* lo scopo ultimo dell'*agere* degli appartenenti al settore.

In tale presupposto, solo indirettamente – e, direi, in modo improprio – possiamo definire come *liberalizzazioni* gli interventi che appaiono destinati a produrre i loro effetti a livello di rapporti che intercorrono tra intermediari finanziari e soggetti fruitori dei servizi dai primi prestati. Non v'è dubbio, peraltro, che può apparire ispirata ad un intento liberale la proposizione di innovazioni normative preordinate ad eliminare le *negatività* indotte dalle “asimmetrie informative” e dalla “posizione di debolezza” in cui, troppo spesso, versa la clientela bancaria, la quale nelle «contrattazioni» poste in essere con gli enti creditizi di frequente assume un ruolo subordinato, che ne sacrifica l'autonomia a tutto vantaggio della controparte negoziale.

Da tempi ormai lontani, la dottrina giuridica ha sottolineato l'esigenza di modificare alcuni profili della contrattualistica tipica della materia che ci occupa, sì da evitare squilibri nella definizione dei diritti e degli obblighi dei fruitori di servizi finanziari (cfr. in argomento CARRIERO G., *Vendite a distanza, informazione precontrattuale, disciplina comunitaria: la tutela del consumatore dei servizi finanziari*, in AA.VV., *E-commerce*, a cura di Antonucci, Milano, 2001, p. 71; DE POLI, *Il «contratto bancario» tra tutela della liquidità e trasparenza*, in Riv. dir. civ., 2004, I, p. 291; CAPRIGLIONE, *Operazioni bancarie e tipologia contrattuale*, in Riv. dir. civ., 2006, I, 29 ss).

Il volume di Guido Alpa su «Il diritto dei consumatori» (Laterza, Bari, 2002) - per citare una tra le opere più conosciute in cui viene affrontata la tematica in parola - da tempi lontani ha messo in evidenza la «vessatorietà» di alcuni *contratti di massa* posti in essere in ambito finanziario, nei quali gli interessi dei consumatori sono considerati

* (D.L. 31/1/2007, n. 7, CONVERTITO NELLA L. 2/4/2007, n. 40 (C.D. DECRETO BERSANI BIS), E DEL D.D.L. GOVERNATIVO DEL 16/2/2007, CONTENENTE «MISURE PER IL CITTADINO CONSUMATORE E PER AGEVOLARE LE ATTIVITÀ PRODUTTIVE E COMMERCIALI») (A.C. 2272)

¹ Si riproduce, con talune integrazioni e l'aggiunta di note, il testo di un intervento svolto in una “Tavola Rotonda” con il Ministro Bersani su: «Liberalizzazioni e semplificazioni amministrative: tecniche di regolazione e riflessi su imprese e consumatori» (Roma, Facoltà di Giurisprudenza della Luiss Guido Carli, 30 maggio 2007).

marginali, atteso che questi ultimi solo *fittiziamente* sono posti su un piano *paritetico* con la controparte bancaria. Io stesso, negli anni novanta del novecento, in un libro su «*Etica della finanza e finanza etica*» (Laterza, Bari, 1997), ho avuto modo di evidenziare che un'inadeguata regolazione della cd. *commissione di massimo scoperto* priva della necessaria tutela gli operatori che intrattengono rapporti con gli enti creditizi, consentendo in alcuni casi (caratterizzati da un'improvvisa «richiesta di rientro» alla clientela esposta), che si determinino i presupposti per il ricorso a finanziamenti usurari.

2. Passando alla valutazione di alcuni tra i più significativi interventi previsti dal «decreto Bersani bis» e dal successivo d.d.l. governativo presentato il 6 febbraio 2007, tengo subito a precisare che va senz'altro condiviso un orientamento disciplinare che si propone di semplificare l'*agere* finanziario, eliminando alcune tra le molteplici cause che sono di ostacolo alla realizzazione di un effettivo equilibrio contrattuale e, dunque, all'affermazione di una linea di correttezza comportamentale tipica dei sistemi economici evoluti.

Così è a dirsi soprattutto per la nuova regolamentazione dei «contratti di mutuo» che - a fronte di apprezzabili previsioni volte a semplificare la trasferibilità dei medesimi da una banca ad altra (senza perdita, ad esempio, dei relativi benefici fiscali) – stabilisce, per il caso di loro *estinzione anticipata*, l'eliminazione dell'obbligo di pagamento di una penale (regola che, peraltro, trova applicazione solo nei confronti dei contratti posti in essere a partire dal 2 febbraio 2007). Per realizzare le finalità avute presenti dal legislatore è stato, comunque, necessario integrare il quadro giuridico della materia facendo rinvio a significative forme di autoregolazione (significativo, al riguardo, è l'apposito accordo raggiunto in data 2 maggio 2007 tra l'ABI e le *Associazioni dei consumatori* al fine di dare attuazione a quanto disposto dall'art. 7, comma 5, del decreto Bersani *bis*, per i mutui in essere alla data di entrata in vigore di quest'ultimo).

Analogamente, sono meritevoli di menzione le previsioni normative concernenti l'*estinzione automatica dell'ipoteca*, che ha luogo una volta completato il pagamento del mutuo; donde l'obbligo del Conservatore di procedere d'ufficio alla cancellazione definitiva della medesima (decorsi 30 giorni dal momento in cui abbia ricevuto la quietanza dell'istituto finanziario). Ciò, prescindendo dalla considerazione che, forse, sarebbe stato meglio intervenire sull'efficienza delle Conservatorie (le cui procedure di lavorazione avrebbero potuto essere accelerate), piuttosto che collegare l'effetto estintivo dell'ipoteca (anche sotto il profilo pubblicitario) ad una attestazione che viene rilasciata al debitore, senza prevedere contestualmente un meccanismo di accertamento della autenticità e veridicità della medesima.

Da ultimo, prenda di significati, che non esiterei a definire di valenza etica, mi sembra la previsione contenuta nel menzionato disegno di legge governativo secondo cui devono essere considerate «nulle le clausole contrattuali aventi ad oggetto la commissione di massimo scoperto e le clausole comunque denominate che prevedono una remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione di fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelievo della somma» (art. 32). C'è solo da domandarsi se, a fronte di una conclamata declaratoria di nullità delle clausole contrattuali dianzi ipotizzate, non sarebbe stato opportuno procedere ad una più sistematica regolazione della materia, nella quale, oltre ad evitare eventuali forme di abuso della posizione di contraente forte (troppo frequentemente assunta dalle banche), si tenesse conto del fatto che la «messa a disposizione» di fondi costituisce – a tutti gli effetti - un *servizio* prestato dall'intermediario, per il cui espletamento è dovuto un

compenso adeguato (anche in vista della copertura dei relativi costi); tanto più ove se ne consideri l'incidenza sul totale dell'attività svolta (dall'ente creditizio) con riguardo ai vincoli operativi posti da Basilea 2.

A prescindere da ogni ulteriore, possibile critica ai contenuti delle previsioni formulate nei provvedimenti disciplinari in parola, l'osservazione di fondo che mi sembra possa essere avanzata concerne l'essenza di tali interventi normativi; vale a dire la constatazione che essi, come sottolineavo in apertura, non liberalizzano l'attività finanziaria nel senso tecnico della espressione, ma si propongono soltanto di ridurre le costrizioni (*rectius*: gli squilibri) del sinallagma contrattuale e, dunque, auspicano formule negoziali in grado di raccordare al mercato la realizzazione di una *par condicio* tra coloro che in esso operano.

3. Ben diversa avrebbe potuto essere la portata liberalizzatrice degli interventi in questione qualora fossero stati indirizzati all'eliminazione (o, quanto meno alla modifica) di alcune disposizioni della regolazione di settore, che tuttora sono di ostacolo alla piena affermazione nel nostro Paese di una logica di mercato e, dunque, impediscono all'ordinamento finanziario italiano di conformarsi pienamente ai principi-base di un regime concorrenziale, sì come dovrebbe avvenire nel contesto di una completa adesione al processo d'integrazione economica europea.

Al riguardo, numerosi potrebbero essere i richiami alle carenze della vigente normativa generale e speciale, che limitano le possibilità operative degli intermediari finanziari; ciò, con ovvi riflessi a livello di sistema. Per l'evidente esigenza di contenere in circoscritti ambiti temporali il mio intervento, farò riferimento solo ad alcune questioni che, a mio avviso, meritano nel prossimo futuro una maggiore attenzione da parte di un legislatore che sia intenzionato a liberalizzare nel senso proprio del termine l'operatività finanziaria.

Viene, in primo luogo, in considerazione la necessità di porre rimedio ad un ingiusta restrizione, stabilita in sede di riforma del diritto societario, dell'autonomia decisionale della *banche di credito cooperativo*. Com'è noto, il d. lgs. n. 310 del 2004, nel modificare la regolazione delle banche cooperative, ha esteso alle *popolari* la applicabilità del nuovo diritto societario, mentre con riguardo alle BCC ha tenuto ferma la disciplina del t.u.b in tema di «operatività prevalente». Si è, quindi, impedito agli enti che appartengono a tale categoria di banche di traslare ad una situazione di «mutualità non prevalente», sì come invece è stato consentito per la generalità delle società cooperative (cfr. CAPRIGLIONE, *Le banche cooperative e il nuovo diritto societario. Problematiche e prospettive*, in Banca e borsa, 2005, I, p. 134 ss). Sono evidenti le implicazioni negative di tale regolazione che interagisce sulle capacità di crescita – e, dunque, sul posizionamento nel mercato – delle banche in questione; donde le giustificate perplessità sul “diverso trattamento” alle medesime riservato da una normativa che perpetua, in una sorta di continuità storica, il disfavore legislativo ad esse riservato fin dai tempi dell'emanazione, nel 1937, del testo unico sulle casse rurali ed artigiane.

Altro aspetto disciplinare che, a fini di liberalizzazione, sarebbe stato opportuno prendere in considerazione è quello riguardante la regolazione degli intermediari finanziari non bancari. Mi riferisco, in particolare, ai soggetti iscritti nell'apposito albo tenuto dall'UIC a norma dell'art. 106 t.u.b. Tali soggetti sono oggi sottoposti a forme di controllo che danno contenuto ad un mero sistema di «evidenze», consistenti nella semplice verifica dei requisiti necessari per conseguire l'iscrizione, per cui si è ben lontani dalle misure di “vigilanza prudenziale” cui sottostanno non solo le banche, ma

anche gli intermediari finanziari iscritti nella «sezione speciale» di cui all'art. 107 t.u.b. (cfr. CAPRIGLIONE – MONTEDORO, *Consob*, voce in Enc. dir., VI Aggiorn., p. 1047). Orbene, l'eliminazione di tale elenco ovvero la ridefinizione dei relativi profili disciplinari avrebbe assicurato maggiore efficienza e trasparenza al mercato finanziario, cui reca turbativa la millantata esistenza di controlli autoritativi, frequentemente evocati dagli intermediari finanziari non bancari (nei confronti delle controparti negoziali) per accreditare un'adeguatezza patrimoniale ed una serietà comportamentale che sarebbe vano ricercare sul piano delle concretezze.

Per concludere, con riguardo all'identificazione di possibili interventi volti a modificare la normativa primaria in chiave di maggiore adesione alla logica di mercato sarebbe stato auspicabile procedere ad una liberalizzazione dell'attività dei *promotori finanziari*, i quali, ai sensi dell'art. 31 t.u.f., sono tuttora tenuti ad operare sulla base di un rapporto di «monomandato». Un intervento di «depolarizzazione» - analogo a quello realizzato nel Regno Unito nel 2005 (cfr. FSA, *Reforming Polarisation: Implementation*, PS04/27, novembre 2004) - di certo avrebbe consentito la possibilità di offrire in modo più trasparente una gamma variegata di prodotti finanziari, facilitando anche per tal via lo sviluppo della concorrenza. Penso, tuttavia, che il mancato intervento del regolatore nella fattispecie sia dovuto essenzialmente ad una forma di disattenzione, atteso che in materia assicurativa nel decreto Bersani si riscontra una chiara opzione per un sistema di «agenti plurimandatari».

4. Alle considerazioni che precedono deve aggiungersi l'esigenza, tuttora avvertita a livello di sistema, di definire, in modalità migliori di quelle rinvenibili nella legge n. 262 del 2005, gli ambiti del potere *discrezionale* della Banca d'Italia, potere che denota ancora una latitudine tale da porlo per certi versi in contrasto con la logica di mercato (cfr. CAPRIGLIONE, *Crisi di sistema ed innovazione normativa: Prime riflessioni sulla nuova legge sul risparmio*, in Banca e borsa, 2006, I, 125 ss). Basti pensare, a giustificazione dell'istanza che qui sollevo, alle modalità con cui recentemente è venuto meno l'obbligo (per gli appartenenti al settore) di *informazione preventiva* «nei casi di acquisizione di partecipazioni rilevanti che comportino il controllo della banca o della capogruppo»; obblighi che sono stati eliminati dal provvedimento 28 agosto 2006 del Governatore della Banca d'Italia, che autonomamente ha scelto di sottrarre gli intermediari bancari all'onere di cui trattasi, sì come, del resto, è stato espressamente precisato dallo stesso Governatore (cfr. *Considerazioni finali* svolte alla Assemblea Ordinaria dei Partecipanti il 31 maggio 2007, p. 19).

Sicché, si deve alla decisione *virtuosa* dell'autorità di settore la opzione disciplinare che ha consentito a quest'ultima di chiamarsi fuori dallo svolgimento dei procedimenti endosocietari delle banche, optando per un intervento limitato alla sola valutazione *prudenziale* delle implicazioni degli atti di acquisizione liberamente assunti dalle medesime. Non v'è dubbio che importanti forme di *deregolazione* normativa di tal genere avrebbero *potuto* e *dovuto* rientrare nell'ambito dei provvedimenti di liberalizzazione di un legislatore che si proponga un realistico ammodernamento del settore finanziario.

Per non dire, infine, dell'esigenza sottolineata dallo stesso Organo di controllo «di ridurre i vincoli amministrativi»; donde l'auspicio dal medesimo formulato di «rendere il sistema meno macchinoso, ridurre gli oneri per le banche», perseguendo «l'obiettivo di ridurre drasticamente il numero dei provvedimenti autorizzativi» (cfr. *Considerazioni finali*, cit. pp. 18, 19 e 20). Finalità dell'azione di vigilanza, queste, che

sembrano decisamente contrastanti con le forme d'intervento tuttora riscontrabili con riguardo al procedimento costitutivo di banche, nel quale inveterate logiche burocratiche sono causa di ingiustificabili lungaggini delle procedure. Basti pensare al caso (più volte riscontrato sul piano delle concretezze dagli operatori del settore) di richieste di "chiarimenti integrativi" effettuate alla *vigilia* della scadenza dei termini del procedimento; donde gli ovvi riflessi negativi sulla conclusione di quest'ultimo (a causa della inevitabile, conseguente invalidazione della documentazione prodotta, la cui durata ordinariamente è limitata nel tempo).

Da qui il facile dubbio che scopo ultimo di siffatta modalità di conduzione degli accertamenti tecnici di competenza della Banca d'Italia potrebbe essere l'intento di pervenire in via surrettizia alla valutazione delle *esigenze economiche del mercato*, valutazione preclusa dal diritto comunitario da oltre venti anni. Ciò, ove non si voglia, invece, ammettere che comportamenti siffatti siano dovuti all'incapacità (*rectius*: alla mancata collaborazione) di talune strutture della citata Amministrazione nell'aderire all'«impegno (di) ... ridurre le procedure burocratiche, semplificare, razionalizzare i processi di lavoro» (cfr. *Considerazioni finali*, cit. p. 4); impegno assunto dal nuovo vertice della Banca d'Italia nella prospettiva di incentrare il fondamento della propria azione nel rispetto della logica di mercato (cfr. l'intervento svolto dal Governatore Draghi nella Giornata Mondiale del Risparmio del 2006, p. 16 delle bozze di stampa, ove si fa espresso riferimento all'«evoluzione organizzativa» della Banca d'Italia, necessaria per mettere quest'ultima «in grado di rispondere alle sfide del cambiamento»).

5. Va da sé che mi sono limitato a segnalare solo alcune tra le molteplici, possibili modifiche disciplinari destinate ad innovare in senso liberale la regolazione degli intermediari e dei mercati finanziari. L'auspicio è quello di non restare *vox clamans in deserto*, bensì di contribuire alla informativa di un regolatore attento e sensibile.