

4.2013

non profit

rivista trimestrale
anno XIX
ottobre/dicembre 2013

spedizione in a.p. • 45%
art. 2 comma 20/b
legge 662/97 • DCI Umbria
ISSN 1122.9322

• **diritto**
• **management**
• **servizi di**
pubblica utilità

A R E E

- **Giuridico-legislativa**
- **Teorico-culturale**
- **Aziendale**
- **Case History and Best Practice:**
 - Opera San Francesco per i Poveri, Milano
 - Fondazione Andrea Bocelli



non profit

- **diritto**
- **management**
- **servizi di pubblica utilità**

A R E E

- **Giuridico-legislativa**
- **Teorico-culturale**
- **Aziendale**
- **Case History and Best Practice:**
 - Opera San Francesco per i Poveri, Milano
 - Fondazione Andrea Bocelli



non profit

• diritto
• management
• servizi di
pubblica utilità

4.2013

Anno XIX
ottobre/dicembre
2013
rivista trimestrale

Editoriale

- 5 PAOLO SCIUMÉ
9 Stralci da "Controlli societari e responsabilità penale"
FRANCESCO CENTONZE

area giuridico-legislativa

- 19 *Schede di documentazione sulla situazione esistente delle agevolazioni fiscali per il non profit*
A CURA DELLA REDAZIONE
29 "Più dai meno versi"
MADDALENA TAGLIABUE
41 *L'otto per mille. In particolare: la quota destinata alla diretta gestione statale*
MADDALENA TAGLIABUE
55 *Le cose non dette sulla riforma dell'ISEE*
FABIO LENZI, CLAUDIO GOATELLI

area teorico-culturale

- 65 *La tassazione della persona: deduzioni e detrazioni nel quadro dei principi costituzionali. Brevi note*
MARCO ALLENA
75 "Pubblico" per funzione: una riflessione sul modello costituzionale di welfare in Italia
ANDREA SIMONCINI
91 *Posizione di Onlus e individuazione del giudice cui devolvere le relative controversie*
ANTONIO GUIDARA

area aziendale

- 105 *Rapporto tra sussidiarietà e tutela dei diritti dei consumatori*
ANTONIO TANZA
119 *Considerazioni sulla bozza di direttiva concernente i fallimenti di banche*
ALBERTO COVA

area varie

- 137 *Ingegnere per il no profit? – Intervista a Carla Cappiello, Presidente dell'Ordine degli ingegneri della Provincia di Roma*
A CURA DELLA REDAZIONE
141 *Francia: l'istituzione dell'Haut Conseil à la Vie Associative*
PAOLO ADDIS

area case history and best practice

- 157 *Intervista a Padre Maurizio Annoni, Opera San Francesco per i Poveri, Milano*
A CURA DELLA REDAZIONE
187 *Intervista a Laura Biancalani, Presidente della Fondazione Andrea Bocelli – Lajatico, Pisa*
A CURA DELLA REDAZIONE

Hanno collaborato a questo numero

PAOLO ADDIS

Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale presso la Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa

MARCO ALLENA

Professore Associato di Diritto tributario, Università Cattolica del Sacro Cuore, sede di Piacenza;
Avvocato in Milano

CARLA CAPPIELLO

Presidente dell'Ordine degli ingegneri della Provincia di Roma

FRANCESCO CENTONZE

Professore ordinario di Diritto penale, Università Cattolica del Sacro Cuore, sede di Piacenza

ALBERTO COVA

Professore emerito di Storia economica nella Università Cattolica di Milano

CLAUDIO GOATELLI

Clesius srl – Trento. Coordina in tutta Italia gruppi di lavoro sugli indicatori di valutazione della condizione economica (ISEE, ICEE...). Utilizza modelli matematici esperti per realizzare modelli di governo strategico al servizio degli Enti Locali

ANTONIO GUIDARA

Ricercatore di Diritto Tributario nell'Università di Catania

FABIO LENZI

IRIS Idee e Reti per l'Impresa Sociale – Firenze. Esperto di politiche sanitarie e sociali, è consulente per lo sviluppo delle organizzazioni del Terzo Settore

ANDREA SIMONCINI

Professore ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università di Firenze

MADDALENA TAGLIABUE

Avvocato presso lo Studio Legale Sciumé e Associati di Milano

ANTONIO TANZA

Avvocato – Vicepresidente Adusbef

Nel prossimo numero



Rassegna normativa



Speciale società di mutuo soccorso

Rapporto tra sussidiarietà e tutela dei diritti dei consumatori

di Antonio Tanza *

Nel giugno 2013 i ministri delle finanze degli Stati membri europei hanno trovato un accordo sul meccanismo di “fallimento ordinato” delle banche, cioè sulle regole da applicare in occasione della ristrutturazione o liquidazione di una banca in crisi.




**Il fallimento
“ordinato”
delle banche**

Secondo lo schema proposto gli investitori dovranno subire una perdita dell'8% degli attivi dell'istituto di credito, prima che il governo possa intervenire con il denaro pubblico per aiutare una banca in difficoltà.

In caso di fallimento della banca i primi “a pagare” saranno dunque gli azionisti, e poi, nell'ordine, gli obbligazionisti meno garantiti, quelli con maggiori garanzie, i conti di deposito delle grandi imprese ed infine la parte eccedente i 100.000 euro dei rapporti di deposito.

Il 12 settembre 2013 il Parlamento europeo ha approvato il nuovo sistema unico di vigilanza sulle banche, sancendo la nascita di un'autorità unica di vigilanza valida per tutti gli Stati membri.



**L'autorità unica
di vigilanza**

Saranno monitorate tutte le banche che possiedono attività per più di 30 miliardi di euro o se queste costituiscono almeno il 20% del Pil dello Stato in cui ha sede la banca. Vi sarà un trasferimento dei poteri di vigilanza bancaria dal livello nazionale a quello comunitario: spetterà al neonato organismo il compito di dettare le linee di condotta per gli organismi di vigilanza nazionali ed avrà il potere diretto di intervento sugli istituti di credito.

Data la notevole portata dell'intervento la nuova autorità di vigilanza sarà caratterizzata da un elevato livello di democraticità e trasparenza: il Presidente ed il Vice-Presidente saranno nominati direttamente dal Parlamento Europeo e dal Consiglio dell'Unione Europea. Inoltre l'autorità di vigilanza dovrà seguire le disposizioni e le linee guida che verranno redatte dall'EBA (Autorità Bancaria Europea che vedrà rafforzato il suo ruolo in relazione alla Bce), dall'EIOPA (Autorità Europea delle assicurazioni e delle pensioni) ed infine dall'ESMA (Autorità Europea degli strumenti finanziari e dei mercati).

Il nuovo sistema sarà obbligatorio per tutti gli Stati dell'Eurozona

* Avvocato – Vicepresidente Adusbef.



**La storia
del rapporto
banca/cliente**

(ma sarà comunque aperto a tutti gli altri Paesi dell'Ue) ed entrerà in vigore entro la fine del 2014: rappresenta il primo passo verso la realizzazione dell'unione bancaria.

Provando ad operare una ricostruzione storica del rapporto banca/cliente, si può notare come l'utente bancario italiano sia stato indotto, per decenni, ad assimilare le banche agli enti pubblici. Impostazione di certo non errata, ma che dimenticava come, anche gli istituti di credito, non fossero immuni dalle crisi finanziarie. Durante la prima guerra mondiale, le banche italiane finanziarono con prestiti a medio e lungo termine le imprese operanti nel settore bellico, le quali ebbero notevole difficoltà a restituire i mutui accesi in precedenza, a causa della non facile riconversione della produzione. Esempio, da questo punto di vista, il fallimento dell'Ansaldo di Genova, nel 1920, che mise in difficoltà la Banca italiana di Sconto, tanto da dover chiedere, nel 1921, la moratoria.

A seguito della pesante crisi economico-finanziaria del primo dopoguerra, le banche erano spesso non in grado di restituire i fondi ai correntisti, che si presentavano in massa agli sportelli delle agenzie di credito.

Il legislatore cercò di porre rimedio e di riconquistare la fiducia dei risparmiatori emanando la legge 6 maggio 1926, n. 812, che introdusse la prima forma di *central banking*¹.

Attraverso diverse disposizioni vennero introdotti obblighi, divieti e autorizzazioni, ma i controlli facevano capo a diversi ministeri e lasciavano ancora un margine troppo ampio alle banche, che restavano sostanzialmente miste e con una struttura patrimoniale fragile. Si susseguirono, infatti, altri fallimenti di banche e lo Stato dovette intervenire per salvaguardare il settore bancario: nasce nel 1931 l'Imi (Istituto mobiliare italiano) che divenne presto la più importante banca per la concessione di mutui alle imprese; nel 1933 l'Iri (Istituto per la ricostruzione industriale), il quale rilevò i pacchetti azionari delle più importanti banche di interesse nazionale.

Lo Stato, in sostanza, fu costretto ad intervenire nel sistema bancario, e, più in generale, nel sistema economico, per assumere il ruolo di controllo e di regolatore dello sviluppo al pari di quanto avveniva negli altri Paesi occidentali.

¹ E. LANNUTTI, *La Repubblica delle banche*, Arianna Editrice, 2008.

La banca italiana era dunque prevalentemente pubblica, non solo per la presenza dello Stato, ma anche per la finalità di salvaguardare l'interesse, per l'appunto, di natura pubblico.

A tale affermazione di principio seguì la tutela dei depositi, le banche venivano sottratte al fallimento e assoggettate all'amministrazione straordinaria ed eventualmente alla liquidazione coatta amministrativa da parte della Banca d'Italia.


Si delineava così una specie di "banca-istituzione", che aveva come scopo principale il sostegno dello sviluppo economico del Paese. Il legame tra il settore bancario e quello politico veniva garantito dalla nomina governativa dei dirigenti dei maggiori istituti di credito. Nel corso dei decenni, tuttavia, il sistema bancario italiano ha conosciuto una profonda evoluzione, partendo dal fatto che le banche da pubbliche siano divenute S.p.a., e che si siano predisposte norme di vigilanza sempre più complesse ed articolate.

La Banca d'Italia ha dato attuazione ai principi dell'art. 23 della legge sul risparmio con il Regolamento 24 marzo 2010, recante la disciplina dell'adozione degli atti di natura normativa o di contenuto generale della Banca d'Italia, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza bancaria e finanziaria ("Regolamento").

Tale complesso di norme definisce l'ambito di applicazione del processo normativo, e ne disegna le fasi, tra le quali anche l'analisi d'impatto².

In pratica, si parte dal presupposto che, nel settore finanziario, la presenza di esternalità e di asimmetrie informative costituisca la principale causa di intervento del regolatore. Ad esempio, nel caso della disciplina delle partecipazioni detenibili dalle banche, il principale fallimento del mercato è stato ricondotto alle esternalità prodotte dall'eccessivo immobilizzo dell'attivo, le cui eventuali conseguenze negative non sarebbero sopportate solo dal singolo intermediario (e dal suo *management*), ma potrebbero ricadere anche sui depositanti e su altri intermediari, a causa delle interrelazioni che caratterizzano il sistema bancario.

Per queste ragioni sono stati implementati degli strumenti come, in particolare, l'Air, nel caso della disciplina secondaria sulla traspa-



**L'Air analisi
di impatto della
regolamentazione**

² F. CANNATA, M. LIBERTUCCI, F. PIERSANTE, M. QUAGLIARIELLO, M. ONADO, *L'analisi d'impatto della regolamentazione in Banca d'Italia*, (Questioni di Economia e Finanza – Occasional papers), 2010.

renza. L'Air (Analisi di impatto della regolamentazione) è, in buona sostanza, quel complesso di procedure e metodologie utilizzate per la valutazione delle opportunità di intervento normativo e, in secondo luogo, degli effetti che determinate scelte di policy possono determinare sui diversi portatori di interessi.

L'Air fornisce dunque al *policy maker* – al quale resta la responsabilità ultima delle scelte – indicazioni utili ad adottare decisioni più consapevoli, contribuendo, attraverso l'analisi economica, all'individuazione di soluzioni che garantiscano il raggiungimento delle proprie finalità senza introdurre inefficienze o conseguenze indesiderate.

Tale strumento ha evidenziato come il principale fallimento del mercato sia rappresentato proprio dalla presenza di asimmetrie informative nelle relazioni tra intermediario e cliente. Per quest'ultimo, in particolare, l'ampiezza del *gap* informativo cresce all'aumentare della complessità dei servizi/prodotti acquistati (è il caso di prodotti bancari più evoluti) o al diminuire della frequenza di acquisto (come nel caso del mutuo).

All'identificazione dei fallimenti del mercato si affianca la ricerca di eventuali fallimenti della regolamentazione esistente. In un settore – quale quello finanziario – già ampiamente regolamentato, non si può escludere che l'origine del problema sia infatti connesso con la regolamentazione in vigore.

Sotto questo profilo, sono individuabili due categorie di fallimenti della regolamentazione, che non si escludono a vicenda.

La prima comprende gli effetti negativi inattesi che hanno origine da cause non previste o sottovalutate nella fase di redazione delle norme; mentre alla seconda categoria – probabilmente più frequente – fanno capo gli effetti negativi prodotti da norme originariamente efficaci e ben diseguate, ma rese obsolete da fenomeni esterni intervenuti successivamente.

I fallimenti della prima categoria possono assumere rilievo, ad esempio, nel caso in cui nel disegno della regolamentazione in vigore non si fosse tenuto conto, a suo tempo, del possibile cambiamento del comportamento degli operatori in risposta alla regolamentazione. Tali fallimenti possono anche essere la conseguenza dell'errata valutazione dei costi e/o dei benefici dell'intervento regolamentare; ancora più grave è il caso in cui l'errore abbia riguar-



Il doppio fallimento della regolamentazione



1. Nella fase di predisposizione delle norme

dato l'identificazione dei fallimenti del mercato cui occorreva porre rimedio, o la comprensione dello stesso fenomeno da regolare. In ultima analisi, la natura di tale categoria di fallimenti della regolamentazione è tale per cui essi dovrebbero essere minimizzati dalla presenza di ponderate analisi economiche in sede di introduzione della regolamentazione.

La seconda categoria di fallimenti della regolamentazione deriva invece dall'evoluzione dei mercati che:

- I) rimuove i fallimenti del mercato spontaneamente, rendendo superflue le norme esistenti;
- II) introduce nuovi elementi di complessità, rendendo necessaria la revisione delle regole esistenti per tener conto, ad esempio dell'innovazione finanziaria, derivante dalla nascita di nuovi strumenti o categorie di intermediari.

Tali tipologie di fallimenti della regolamentazione possono essere efficacemente individuati con il monitoraggio periodico della normativa esistente.

Nel 2003 la Banca d'Italia aveva introdotto una disciplina in materia di trasparenza dei prodotti bancari, con l'obiettivo di assicurare la piena conoscibilità da parte del cliente delle condizioni contrattuali. Pur contribuendo a determinare una maggiore chiarezza nell'ambito delle relazioni banca-cliente, tale disciplina ha mostrato successivamente dei limiti, causati da progressivi cambiamenti del contesto esterno (il mutamento dell'offerta, la maggiore attenzione dei consumatori per i propri diritti, lo sviluppo dell'autoregolamentazione, l'evoluzione del quadro legislativo) e della prassi applicativa. Le principali problematiche della regolamentazione esistente sono state messe in evidenza dall'Air condotta nel 2009, che ha accompagnato la nuova regolamentazione.

L'analisi si è avvalsa anche delle informazioni tratte dagli esposti presentati dagli utenti e dalle verifiche di trasparenza disposte presso le dipendenze bancarie. In particolare, dai 29.000 esposti ricevuti dalla Banca d'Italia tra il 2003 e il 2007 – dei quali poco meno di 3.000 relativi a presunte violazioni della disciplina sulla trasparenza – è emerso che l'informazione resa da banche e intermediari, anche se in linea con la normativa di trasparenza del 2003, risultava spesso non chiara, poco comprensibile e non sempre alla



2. L'evoluzione dei mercati

portata di tutte le fasce dell'utenza³. Spesso veniva segnalata, infatti, la difficoltà nel comprendere le caratteristiche dei prodotti e dei servizi acquistati. Le verifiche di trasparenza condotte dalla Banca d'Italia presso le dipendenze degli intermediari hanno confermato tali evidenze. Un altro caso di fallimento della regolamentazione, esaminato nell'Air in materia di concentrazione dei rischi, riguarda il trattamento di favore riservato dalla normativa previgente ai grandi rischi di natura bancaria. Tale trattamento (ponderazione più bassa), in particolare, è risultato poco coerente con il fallimento del mercato da correggere: quest'ultimo ha origine infatti nell'eventualità che un evento – il *default* di una singola controparte verso cui l'intermediario è molto esposto – possa avere effetti dirompenti per la sua stabilità. Proprio perché l'accento è posto sulla gravità degli effetti più che sulla probabilità di accadimento dell'evento, la regolamentazione dovrebbe risultare il più possibile indipendente dal merito di credito della controparte e fungere da presidio estremo. Per contro, il trattamento di favore riservato alle esposizioni interbancarie consentiva agli intermediari di detenere posizioni dal valore nominale anche molto rilevante, fra l'altro rafforzando il legame tra intermediari e dunque acuendo il rischio di trasmissione delle crisi.

L'analisi dei fallimenti della regolamentazione riconduce a una delle principali difficoltà dell'Air, ossia l'identificazione dei rapporti causali tra regolamentazione in essere ed effetti prodotti. Il problema maggiore è costituito dall'assenza di un termine di paragone, di uno scenario di base in cui non vi sia stato alcun intervento regolamentare (la cosiddetta situazione controfattuale). L'identificazione di uno scenario alternativo non è un'operazione immediata; una delle strade suggerite è quella del confronto internazionale o con settori limitrofi, ma lavorare per analogia non è sempre possibile, soprattutto per un settore peculiare come quello finanziario. Le politiche in grado di tutelare gli interessi dei consumatori di prodotti e servizi finanziari, contribuiscono alla gestione del rischio da parte delle famiglie, rendendo i mercati finanziari più competitivi, e offrendo una maggiore stabilità finanziaria.

La recente crisi finanziaria mondiale ha dimostrato l'opportunità di



**La tutela
degli interessi
dei consumatori**

³ Banca d'Italia, *Revisione della disciplina secondaria sulla trasparenza*, circolare luglio 2009.

rafforzare tali politiche e di garantire che i singoli prodotti finanziari non diventino essi stessi una fonte di instabilità finanziaria. Gli sforzi nazionali e internazionali si sono intensificati, per migliorare le politiche di tutela dei consumatori, con una particolare attenzione per gli aspetti di stabilità finanziaria della protezione del credito al consumo, (ad esempio mutui ipotecari, carte di credito, prestiti garantiti e non garantiti).

La recente crisi finanziaria mondiale ha evidenziato la necessità di un'adeguata protezione dei consumatori per la stabilità complessiva, e a lungo termine, dell'intero sistema.

È ben noto, per esempio, come alla base dell'attuale crisi economica internazionale ci siano stati prodotti finanziari (mutui residenziali) mal sottoscritti.

Dal momento che molte persone vogliono possedere una casa e avere un prestito per realizzare questo obiettivo, un mutuo rappresenta da solo il più grande credito per la maggior parte dei consumatori. In alcuni Paesi, il debito dei mutui residenziali in circolazione rappresenta più del 50 per cento del Pil nazionale.

Le carte di credito sono un altro prodotto di consumo diffuso. Anche se i saldi di carte di credito sono relativamente bassi rispetto ad un mutuo ipotecario, la maggior parte dei consumatori ha più una carta di credito che un mutuo.

Le carte di credito possono contribuire ad un maggior indebitamento e, allo stesso tempo, alcune funzioni di carte di credito possono inconsapevolmente irretire i consumatori in un ciclo di debito ad alto costo.

Dalla sommaria analisi di questi prodotti finanziari di largo consumo, si rileva dunque che la tutela dei consumatori, non si possa basare unicamente sulla protezione degli stessi dalle decisioni sbagliate, ma debba altresì garantire che i consumatori possano essere messi in condizioni di assumere decisioni informate⁴.

La tutela dei consumatori finanziari è una parte rilevante degli aspetti di politica pubblica e nella maggior parte delle giurisdizioni degli Stati membri è sancita da leggi e strutture di regolamentazione e di vigilanza.



Il caso dei mutui residenziali...



...e quello delle carte di credito

⁴ Cfr. Comm. Europea 2011/0340 (COD), "Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un programma per la tutela dei consumatori" (2014-2020).



La tutela da sovra-indebitamento

In tali casi, le leggi prevedono ampi poteri alle autorità di protezione dei consumatori per sviluppare politiche e pratiche in grado di promuovere la tutela dei consumatori e di intraprendere azioni specifiche nel settore finanziario.

Gli elementi più comuni di strutture di protezione del credito al consumo includono la divulgazione e la trasparenza, l'educazione finanziaria, l'accesso al credito, un trattamento equo e meccanismi di composizione delle controversie.

Alcune giurisdizioni hanno anche lo scopo di proteggere i consumatori da sovra-indebitamento, ponendo un tetto sul reddito minimo per prestiti senza garanzie, o per la fornitura di carte di credito. Spostando l'attenzione su ordinamenti più lontani, inoltre, si può notare come la crisi abbia avuto un impatto minore su sistemi finanziari, come quello australiano, che può essere attribuito a diversi fattori, tra cui l'architettura del sistema di regolamentazione finanziaria, e il ruolo di supervisione della Securities and Investments Commission australiana (ASIC) e dell'Australian Prudential Regulation Authority (APRA).

L'impostazione istituzionale e le modalità di regolamentazione presenti in Australia prevedono un forte regime normativo, con un chiaro sistema di licenze, nonché una dichiarazione di trasparenza del prodotto (PDS), che impone agli intermediari di evidenziare il "lato negativo" di offerte e di prodotti più rischiosi.

Le leggi sulla divulgazione in Australia hanno dunque agito come deterrente per la commercializzazione di prodotti, da parte di banche di investimento globali, evitando conseguentemente di commercializzare quelli ritenuti più rischiosi per i consumatori.


La crisi, che ha avuto inizio nel mercato dei mutui *subprime* degli Stati Uniti, ha evidenziato come le debolezze del quadro normativo e di vigilanza degli Stati Uniti abbiano permesso a società finanziarie di assumere rischi che sono stati poco compresi e assolutamente fuori dalla portata di tutti (intermediari e consumatori), causando gravi conseguenze economiche per le imprese, le famiglie e le persone. La crisi finanziaria globale ha evidenziato, in tutta la loro drammatica portata, gli effetti di pratiche di prestito irresponsabili, e come le stesse possano rapidamente diffondersi oltre i confini nazionali, attraverso la distribuzione globale dei rischi cartolarizzati soprattutto in prestiti ipotecari.

Questo ha portato ad una maggiore presa di coscienza da parte dei legislatori nazionali, i quali sono intervenuti con modifiche normative, specie negli ordinamenti di *common law*, con particolare attenzione alla valutazione delle capacità del debitore di rimborsare il prestito ipotecario. Nel marzo 2011, anche la Commissione europea ha adottato una proposta di direttiva relativa ai contratti di credito relativi ad immobili residenziali⁵. Gli obiettivi della proposta erano fondamentalmente due.

In primo luogo, essa mirava a creare un mercato unico, efficiente e competitivo per i consumatori, i creditori e gli intermediari del credito, con un elevato livello di protezione, promuovendo la fiducia dei consumatori, la mobilità dei clienti, l'attività transfrontaliera di creditori e degli intermediari del credito.

In secondo luogo, la proposta promuoveva la stabilità finanziaria, garantendo che i mercati del credito ipotecario operassero in modo responsabile. La proposta integrava la direttiva sul credito al consumo⁶ (CCD), adottata nel 2008, con il duplice obiettivo di raggiungere un elevato livello di tutela dei consumatori e di promuovere lo sviluppo del mercato interno, sempre a vantaggio dei consumatori. Intervento, quest'ultimo, recepito dalla stragrande maggioranza degli Stati membri e in grado di consentire ai consumatori di godere di una maggiore trasparenza nell'individuazione delle regole relative alla pubblicità e nelle informazioni precontrattuali e contrattuali. Le disposizioni del CCD hanno puntato, dunque, a standardizzare le informazioni fornite ai consumatori tra cui, ad esempio, il tasso annuo effettivo globale.

Nei medesimi anni, anche il Financial Service Authority britannico ha analizzato il mercato dei mutui nel Regno Unito, pubblicando il suo *Mortgage Market Review*, nel 2009, cui ha fatto seguito, nel 2010, un documento di consultazione sul credito responsabile. In conclusione, la revisione del mercato dei mutui ha individuato una serie di problemi, molti dei quali sono stati drammaticamente evidenziati dalla crisi finanziaria, che impone, ancora oggi, miglioramenti concreti dei requisiti normativi in materia di prestiti responsabili.



**Gli scopi della
proposta di direttiva
sui contratti di credito
relativi ad immobili
residenziali**

⁵ Cfr. Comm. Europea 2011/0062 (COD), "Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio in merito ai contratti di credito relativi ad immobili residenziali", 31.3.2011.

⁶ Cfr. direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 23.4.2008.



L'esperienza degli altri Stati

Al fine di mantenere strutture efficaci e robuste per la tutela dei consumatori, le autorità nazionali devono prendere in considerazione la posizione di intrinseca debolezza del consumatore. Per raggiungere questo obiettivo è necessario un processo formale capace di coinvolgere tutti i gruppi di difesa dei consumatori.

Enti organizzati sono stabilmente presenti per accompagnare le agenzie governative sulle politiche finanziarie da adottare nell'ottica del consumatore.

In molti Stati, il "regolatore di condotta finanziaria" risiede nella stessa agenzia come supervisore, anche se le due funzioni sono comunemente eseguite da unità separate all'interno della stessa agenzia. In tali ordinamenti, la sicurezza e la solidità del sistema bancario va di pari passo con la protezione del credito al consumo. Obiettivi politici spesso includono la sicurezza dei fondi dei depositanti e la stabilità del sistema bancario, che vengono considerati come il fondamento della protezione del credito al consumo.

A fianco di questi, però, la protezione dei consumatori finanziari non è un obiettivo esplicito, anzi, le misure di vigilanza prudenziale sono viste come strumenti per proteggere sì i consumatori, ma al più in maniera indiretta e implicita.

In Germania, ad esempio, la Federal Financial Supervisory Authority (BaFin) ha la responsabilità di garantire che le istituzioni finanziarie siano in conformità con le normative bancarie (che contemplano sia gli interessi degli investitori che dei consumatori), ma la tutela dei consumatori non è un obiettivo esplicito. L'obiettivo primario della "BaFin" è quello di garantire il corretto funzionamento, la stabilità e l'integrità del sistema finanziario tedesco.

Al contrario, la crisi ci deve insegnare che promuovere pratiche di prestito responsabili è un obiettivo fondamentale da perseguire: i confini del prestito responsabile sono definiti dalle leggi a tutela dei consumatori, dai codici di condotta delle imprese e dai requisiti, possibilmente stringenti, previsti dalle leggi.

Strumenti prudenziali sono utilizzati anche in una serie di giurisdizioni (Australia, Canada, Hong Kong, Svizzera), quali condizioni necessarie per la sottoscrizione di credito, per far sì che i fornitori di credito al consumo concedano prestiti in modo responsabile. La prevenzione del debito, o per meglio dire, le principali misure in uso per prevenire il sovra indebitamento, sono valutazioni di idonei-

tà che devono essere necessariamente collegati ai livelli di reddito. In diversi Paesi, la prevenzione e l'individuazione di misure anti indebitamento di cui sopra sono espressamente indicate nella normativa. Per esempio, in Australia, i c.d. "*Credit Act*" operano come e vere proprie valutazioni di idoneità al consumo; da valutare sulla base della capacità del consumatore di rimborsare il prestito e dell'allineamento del prodotto agli obiettivi del consumatore. Pertanto, se ad un consumatore è stato venduto un prodotto non adatto alle proprie esigenze, questi può anche esperire azioni nei confronti del finanziatore e non corrispondere gli interessi, oltre a chiedere il risarcimento per la perdita o il danno subito.

A livello globale si sta lavorando molto per rafforzare il quadro normativo e di vigilanza per gli istituti finanziari, e tali iniziative devono essere integrate da un controllo efficace delle politiche di tutela dei consumatori.

Politiche volte a migliorare la stabilità finanziaria sistemica devono considerare anche il conseguente rischio per le famiglie e la loro capacità di assorbimento o di gestione di tali rischi.

Politiche che non possono non avere un respiro sovranazionale. È facile constatare, infatti, come il tratto caratterizzante delle politiche economico-finanziarie che hanno prodotto la crisi è proprio individuabile nella loro transnazionalità.

Si è giunti a modellare in chiave di *rules-applier* il ruolo originariamente altro di istituzioni come il FMI o la BCE, che presidiano gli snodi cruciali dei traffici economico-finanziari internazionali.

Abbiamo assistito a società private di dubbia trasparenza interna, come le agenzie di *rating*, condizionare, con le proprie "valutazioni", i debiti sovrani, e, di riflesso, l'economia reale, in misura forse maggiore alle decisioni degli stessi Legislatori nazionali.

La cronaca quotidiana ha ampiamente dimostrato la fallibilità di questo sistema. La selvaggia deregolamentazione, una forte espansione del credito in assenza di garanzie, la sostanziale anarchia dei mercati finanziari, i debiti mostruosi prodotti dalla finanza speculativa, il suo impatto devastante sui debiti sovrani, il risanamento di questi ultimi sulle spalle dei cittadini.

Acclarata dunque, la necessità di ricostruire dalle fondamenta il sistema finanziario attraverso una prospettiva sovranazionale, concentrando l'attenzione sulla dimensione comunitaria, si può rileva-

re che, in ossequio al principio di sussidiarietà, si siano sovrapposti due diversi orientamenti, quello “interventista” e quello “liberista”. Per il primo il consumatore è un soggetto da tutelare in quanto, ed inevitabilmente, contraente debole; mentre nel secondo un soggetto a cui va riconosciuto un diritto ad essere informato, colmando il gap informativo con la controparte (fornitore di servizi bancari e finanziari), e portandolo in una situazione di sostanziale parità. Ciò detto, i limiti cui va incontro tale ultima visione sono rappresentati dal fatto che il consumatore, per quanto informato, si colloca sempre e comunque in una posizione di intrinseca debolezza nei confronti dell'istituto di credito al quale, logicamente, l'utente si rivolge per ragioni di necessità.

Ciò che si rende necessario, dunque, è affinare una serie di strumenti di tutela del consumatore, da apprestare tanto *ex ante*, quanto *ex post*.

Nella prima categoria rientrano senz'altro le procedure di consultazione delle associazioni di categoria, già sperimentate dalla Direzione generale “Salute e Consumatori” della Commissione Europea, in fase di predisposizione degli atti comunitari più rilevanti, con riferimento alla normativa di settore⁷.


Per quanto concerne il secondo livello di tutela, quello a posteriori, è necessario dotare i consumatori di strumenti collettivi (*class actions*) su scala comunitaria, in grado di tutelare gli stessi anche rispetto alle violazioni delle norme, spesso più stringenti, contenute negli atti comunitari.

Sotto questo profilo, confortante è la presa di posizione della Commissione Europea, che recentemente ha emanato una raccomandazione⁸ finalizzata all'implementazione, all'interno degli Stati membri e nel termine di due anni, proprio di un sistema di azioni collettive all'interno dei Paesi membri dell'Ue.

La raccomandazione della Commissione invita tutti gli Stati membri a dotarsi di sistemi nazionali di ricorso collettivo e definisce una serie di principi comuni europei che detti sistemi dovrebbero rispettare:



Strumenti di tutela del consumatore



La recente raccomandazione europea detta i principi comuni (non vincolanti)

⁷ Cfr. COM 2007/99, “Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato Economico e Sociale Europeo”, 13.3.2007.

⁸ 2013/396/UE, Raccomandazione Comm. Europea relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione Europea, 11.6.2013.

- gli Stati membri dovrebbero avere un sistema di ricorso collettivo che, in situazioni in cui un gran numero di persone è danneggiato da una stessa pratica illecita, consenta alle persone fisiche e giuridiche di ottenere provvedimenti giurisdizionali inibitori nei confronti delle violazioni dei diritti loro conferiti dalle norme dell'Unione (cosiddetti "provvedimenti di natura inibitoria") e di chiedere il risarcimento dei danni causati da tali violazioni (cosiddetti "provvedimenti di natura risarcitoria");
- gli Stati membri dovrebbero adoperarsi affinché i procedimenti di ricorso collettivo siano giusti, equi, tempestivi ed economicamente non proibitivi;
- come regola generale, i sistemi di ricorso collettivo dovrebbero fondarsi sul principio di "opt-in", secondo il quale la parte ricorrente si costituisce mediante assenso direttamente espresso dai partecipanti. Qualunque eccezione a detto principio, *ex lege* o prevista dal giudice, dovrebbe essere debitamente giustificata da motivi di buona amministrazione della giustizia; al contempo, la raccomandazione insiste sull'importanza di informare i potenziali ricorrenti che volessero aderire all'azione collettiva;
- la Commissione raccomanda garanzie processuali solide che assicurino l'assenza di incentivi all'uso abusivo dei sistemi di ricorso collettivo. Gli Stati membri dovrebbero ad esempio vietare il riconoscimento di onorari in percentuale all'importo recuperato nella causa (cosiddetti "*contingency fees*") che rischiano di incentivare gli abusi. Inoltre, i soggetti che rappresentano i ricorrenti non devono avere scopo di lucro, al fine di assicurare che il loro intervento sia dettato dagli interessi di coloro che sono stati lesi in situazioni di danno collettivo. Un altro mezzo per evitare l'abuso del contenzioso è vietare il riconoscimento di risarcimenti detti "punitivi" che solitamente fanno lievitare gli interessi economici in gioco in questo tipo di azioni. Il risarcimento dovrebbe invece essere assegnato ai singoli una volta che il giudice ha accertato la fondatezza della loro pretesa;
- nel contenzioso collettivo il ruolo centrale dovrebbe essere svolto dal giudice, che dovrebbe gestire nel concreto la causa e verificare che non si producano abusi. Per i ricorsi collettivi europei la Commissione non ha escluso il finanziamento della causa da parte di terzi ma propone delle condizioni, in particolare

attinenti alla trasparenza, per garantire che non si verifichi alcun conflitto d'interessi;

- la raccomandazione promuove anche la risoluzione alternativa delle controversie, chiedendo che questa possibilità sia offerta alle parti su base consensuale.

Le norme dell'Ue attualmente in vigore permettono già di esperire azioni collettive per ottenere provvedimenti inibitori nel settore del diritto del consumo, ma gli ordinamenti giuridici nazionali presentano ampie disparità nei settori dei mercati finanziari, della concorrenza, della tutela dell'ambiente e di altre branche del diritto. Le differenze tra Stati membri sono ancora più marcate quando più consumatori o imprese intendono chiedere il risarcimento dei danni nella stessa causa. In preparazione della raccomandazione, la Commissione ha condotto nel 2011 una vasta consultazione pubblica per stabilire se e a quali condizioni un approccio europeo ai ricorsi collettivi sia in grado di rappresentare un valore aggiunto per i cittadini e le imprese d'Europa.

Una raccomandazione, eccezione fatta per le raccomandazioni specifiche per Paese, non è perentoria, e il documento dell'esecutivo comunitario contiene una serie di principi comuni "non vincolanti" relativi ai meccanismi di ricorso collettivo negli Stati membri, con l'obiettivo – dichiarato dalla stessa Commissione Ue – di "garantire un approccio orizzontale coerente ai ricorsi collettivi nell'Unione europea, senza voler armonizzare gli ordinamenti degli Stati membri". Nonostante questo, tuttavia, chiaro è l'obiettivo di offrire un'ulteriore sponda di tutela ai ricorsi collettivi nazionali, rappresentata dal diritto comunitario, addivenendo ad un perfezionamento di uno strumento che, per l'appunto in una prospettiva sovranazionale, rimane ad oggi il più efficace strumento di controllo, ancorché *ex post*, oltre che di tutela dallo "strapotere contrattuale" di un soggetto ontologicamente più forte, come un istituto di credito.