

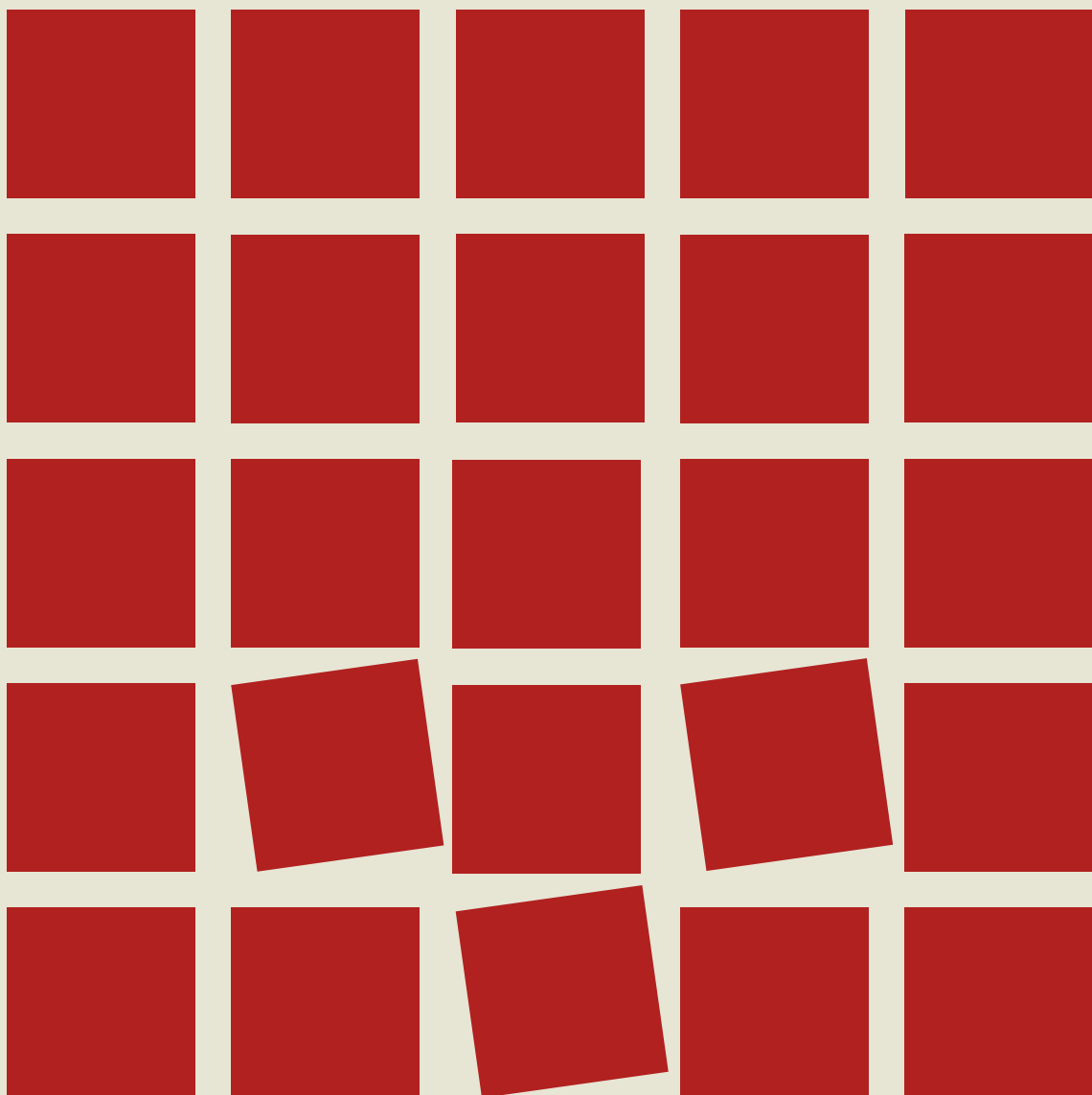
Ricerche giuridiche

ISSN 2281-6100

Vol. 9 – Num. 1
Giugno 2020



Edizioni
Ca' Foscari



e-ISSN 2281-6100

Ricerche giuridiche

Quaderni del Progetto Dottorale di Alta
Formazione in Scienze Giuridiche e del
Centro Studi Giuridici del Dipartimento
di Economia dell'Università Ca' Foscari
Venezia

Direttore
Alberto Urbani

Edizioni Ca' Foscari - Digital Publishing

Fondazione Università Ca' Foscari

Dorsoduro 3246, 30123 Venezia

URL <https://edizionicafoscari.unive.it/it/edizioni/riviste/ricerche-giuridiche/>

Ricerche giuridiche

Rivista semestrale

Direzione scientifica Nicolò Abriani (Università di Firenze, Italia) Christian Armbrüster (Freie Universität Berlin, Deutschland) Luigi Benvenuti Carmelita Camardi Francesco Caprigione (Università Guglielmo Marconi, Roma, Italia) Marcello Clarich (Università Luiss «G. Carli» di Roma, Italia) Lorenzo De Angelis Nina Dietz Legind (Syddansk Universitet, Danmark) María Ángeles Egusquiza Balmaseda (Universidad Pública de Navarra, España) Antoine Lyon-Caen (Université Paris Ouest, France) Arturo Maresca («La Sapienza» Università di Roma, Italia) Fabrizio Marrella Roger McCormick (London School of Economics, UK) Paolo Montalenti (Università degli Studi di Torino, Italia) Christoph G. Paulus (Humboldt Universität zu Berlin, Deutschland) Adalberto Perulli Johannes Michael Rainer (Universität Salzburg, Österreich) Masaki Sakuramoto (Tokyo University, Japan) Antonella Sciarrone Alibrandi (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Marco Sepe (Unitelma Sapienza Università di Roma, Italia) Alessandro Somma (Università di Ferrara, Italia) Tiziano Treu (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Alberto Urbani Giuseppe Vettori (Università degli Studi di Firenze, Italia) Giuseppe Vettori (Università degli Studi di Firenze, Italia) Manfred Weiss (Universität Frankfurt, Deutschland)

Direttore responsabile Alberto Urbani

Comitato editoriale e di redazione Vania Brino Francesca Burigo Valentina Cagnin Cristina De Benetti Sara De Vido Claudia Irti Mariella Lamicela Bianca Longo Marco Mancini Giuliana Martina Andrea Minto (Università Ca' Foscari Venezia, Italia) Marco Olivi Andrea Pin Ilenia Rapisarda Roberto Senigaglia Gianluca Sicchiero Ilaria Supino (Università Luiss «G. Carli» di Roma, Italia) Marco Ticozzi Alessandro Zanardo Giuliano Zanchi Gaetano Zillo Grandi Andrea Zorzi (Università degli Studi di Firenze, Italia)

Comitato scientifico Fabio Addis (Università di Brescia, Italia) Mads Andenas (Universitetet i Oslo, Norge) Antonella Antonucci (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Florence Benoit-Rohmer (EIUC, Venezia, Italia) Elisabetta Bergamini (Università di Udine, Italia) Massimo Bianca (Università di Trieste, Italia) Elena Bindi (Università di Siena, Italia) Antonio Blandini (Università di Napoli «Federico II», Italia) Laura Calafà (Università di Verona, Italia) Enrico Camilleri (Università di Palermo, Italia) Maria Teresa Carinci (Università di Milano, Italia) Carlo Cester (Università di Padova, Italia) Nis Jul Clausen (Syddansk Universitet, Danmark) Paolefios Corrias (Università di Cagliari, Italia) Ciro G. Corvese (Università di Siena, Italia) Alessandro D'Adda (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Raffaele De Luca Tamajo (Università di Napoli «Federico II», Italia) Francesco De Santis (Università di Salerno, Italia) Riccardo Del Punta (Università di Firenze, Italia) Leonardo Di Brina (Università «Guglielmo Marconi», Italia) Giovanni Di Rosa (Università di Catania, Italia) Giuseppe Fauceglia (Università di Salerno, Italia) Leonardo Ferrara (Università di Firenze, Italia) Giuseppe Ferri jr. (Università di Roma Tor Vergata, Italia) Gianvito Giannelli (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Mauro Grondona (Università degli Studi di Genova, Italia) Delia La Rocca (Università di Catania, Italia) Valerio Lemma (Università «Guglielmo Marconi», Roma, Italia) Raffaele Lener (Università di Roma Tor Vergata, Italia) Michele Lobocono (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Pierpaolo Marano (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Alessandro Melchionda (Università di Trento, Italia) Cinzia Motti (Università di Foggia, Italia) Marco Olivetti (Libera Università Maria SS. Assunta, Roma, Italia) Ugo Patroni Griffi (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Paolo Patrono (Università di Verona, Italia) Andrea Pertici (Università di Pisa, Italia) Henry Peter (Université de Genève, Suisse) Giuseppe Piperata (Università IUAV di Venezia, Italia) Andrea Pisaneschi (Università di Siena, Italia) Nicola Pisani (Università di Teramo, Italia) Dianora Poletti (Università di Pisa, Italia) Oreste Pollicino (Università Commerciale L. Bocconi, Milano, Italia) Nicola Rondinone (LIUC Università Cattaneo, Castellanza) Ila Sabbatelli (Università Telematica Internazionale Uninettuno, Italia) Riccardo Salomone (Università di Trento, Italia) Franco Scarpelli (Università di Milano-Bicocca, Italia) Martin Schauer (Universität Wien, Austria) Francesco Seatzu (Università di Cagliari, Italia) Laura Tebano (Università di Napoli «Federico II», Italia) Paolo Tosi (Università di Trento, Italia) Vincenzo Troiano (Università di Perugia, Italia) Fernando Valdés Dal-Ré (Universidad Complutense de Madrid, España) Francesco Vella (Università di Bologna, Italia) Michele Vellano (Università della Valle D'Aosta, Italia) Lorenzo Zoppoli (Università di Napoli «Federico II», Italia) Stefano Zunarelli (Università di Bologna, Italia) Ove non specificato, i nominativi indicati si intendono facenti riferimento, a vario titolo, all'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

Direzione e redazione Dipartimento di Economia, Università Ca' Foscari Venezia - San Giobbe - Cannaregio 873, Fondamenta San Giobbe, 30121 Venezia ricerchegiuridiche@unive.it

Valutazione dei contributi I contributi inviati alla rivista *Ricerche giuridiche* sono oggetto di esame da parte del Comitato scientifico per la valutazione secondo le seguenti regole:

1. La valutazione è prevista per tutti i contributi (articoli, saggi, lavori di workshop dottorali, commenti a sentenza, ecc.).
2. Il contributo ricevuto è trasmesso in forma anonima, a cura della Direzione scientifica, ad uno o più componenti del Comitato scientifico per la valutazione, affinché i medesimi formulino il proprio giudizio compilando in via telematica l'apposito questionario. Trascorso il termine di trenta giorni dalla ricezione senza che il valutatore designato abbia formulato il giudizio, il contributo si intende da questi approvato.
3. La valutazione è calibrata sul genere letterario del contributo, e quindi sulla diversa funzione del saggio, della rassegna di giurisprudenza, del commento a sentenza.
4. In presenza di pareri dissenzienti, la Direzione può assumersi la responsabilità scientifica di procedere comunque alla pubblicazione, ma con indicazione del parere contrario dei valutatori interpellati. Ove invece dalle valutazioni emerge un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la Direzione scientifica promuove la pubblicazione del contributo solo a seguito del suo adeguamento alle indicazioni ricevute dai valutatori, assumendosi la responsabilità della verifica.
5. In ciascun fascicolo della rivista sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del Comitato scientifico per la valutazione che hanno effettuato dei contributi pubblicati.
6. La Direzione scientifica della Rivista si riserva la facoltà di valutare autonomamente i contributi di alti esponenti delle istituzioni e i supplementi che raccolgono gli atti di convegni.

Sommario

ARTICOLI

- Gli strumenti di pagamento e la ‘fiducia’:
dal cambio traietizio alla *blockchain***
Gabriella Gimigliano 7
- A Postmodern Account on Cultural Pluralism and Harmony
Comparing the Constitutional Experiences of Bolivia and Nepal**
Serena Baldin, Pasquale Viola 25

PAPERS

- Declinazioni nuove di problemi antichi: l’impatto
della digitalizzazione sul mercato del lavoro
e le perduranti incerte risposte del sistema
di sicurezza sociale**
Chiara Garbuio 53

OSSERVATORIO

- Attività bancarie accessorie, standard di diligenza
e presidi informativi a tutela dell’investitore
L’obbligo di *protective disclosure* nella promozione
dei diamanti da investimento**
Vincenzo Iaia 73



**In tema di prescrizione dell'azione di responsabilità
dei singoli soci o terzi verso gli amministratori di società
di capitali**

Francesco Butturini

101

**I criteri di quantificazione del danno nelle azioni
di responsabilità contro gli amministratori
ex art. 2486 c.c., con uno sguardo al codice
della crisi d'impresa e dell'insolvenza**

Sofia Mansoldo

131

I contributi del presente fascicolo sono stati valutati da:
Elena Bellisario, Antonio Blandini, Fabio Bravo, Laura Calafà, Leonardo
Di Brina, Giuseppe Fauceglia, Laura Tebano, Francesco Vella.

Tribunale di Modena, 10 marzo 2020, n. 352

Siracusano Giudice monocratico

Banca - Attività bancarie accessorie - Informazione commerciale - Promozione diamanti da investimento - Diligenza professionale - Obblighi di informazione

(Codice civile, artt. 1173, 1175, 1375, Codice del Consumo, artt. 20, 21, 22, 23, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, art. 10, co. 3)

L'obbligo del cui inadempimento i ricorrenti si dolgono è l'omessa informazione in ordine al fatto che il valore delle pietre acquistate non era (neppure lontanamente) pari al corrispettivo versato, tenuto conto dell'incidenza dei servizi pure elencati nelle condizioni di vendita, allegate alle proposte di acquisto, di cui Banca X verosimilmente aveva contezza, se doveva "segnalare" l'interesse del cliente a I.

Ad avviso del Tribunale, tale obbligo gravava su Banca X [...]

Seppure in ragione di titoli diversi (i contratti I./omissis; il rapporto Banca X/omissis, nella cui orbita funzionale hanno avuto modo di concludersi i primi), dunque, sia I. (ora fallita) sia Banca X erano obbligate a chiarire ai ricorrenti la circostanza della cui omessa comunicazione i predetti si dolgono nel presente giudizio.

(Omissis). - **MOTIVI DELLA DECISIONE** - Il Tribunale condivide la giurisprudenza di merito secondo cui il fondamento normativo della responsabilità della banca, nel caso di specie, deve ravvisarsi o nell'esistenza di obblighi di informazione e protezione in relazione ai quali il rapporto contrattuale tra banca e cliente si atteggia a mero presupposto storico (art. 1173 c.c.) o addirittura nel rapporto stesso, in



Open access

© 2020 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License



Citation Iaia, V. (2020). "Attività bancarie accessorie, standard di diligenza e presidi informativi a tutela dell'investitore. L'obbligo di protective disclosure nella promozione dei diamanti da investimento". *Ricerche giuridiche*, 9(1), 73-100.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2020/01/003

quanto "l'attività di vendita di beni preziosi, a cui Banca X ha sicuramente contribuito, può ricondursi al novero delle attività connesse a quella bancaria che l'art. 8, co. 3, del d.m. Tesoro 6 luglio 1994 definisce come "attività accessoria che comunque consente di sviluppare l'attività esercitata", aggiungendo che: "A titolo indicativo costituiscono attività connesse la prestazione di servizi di: a) informazione commerciale [...]" (Tribunale di Verona 23 maggio 2019).

Quale che ne sia la ricostruzione che si ritenga preferibile, in entrambi i casi valgono le regole di riparto dell'onere probatorio in materia contrattuale, cosicché, a fronte dell'allegazione dell'inadempimento di un obbligo informativo, derivante dal contratto come tale o dal contratto come "contatto negoziale qualificato", avente per oggetto la decifrazione della reale presenza del valore dei diamanti nel prezzo complessivo, deve essere il soggetto sui cui grava quest'obbligo a dimostrare di averlo correttamente adempiuto.

Nel caso di specie, Banca X non ha chiesto di provare questa specifica circostanza e nega in radice che tale obbligo sussista. Tuttavia, il Tribunale ritiene di non poter condividere tale prospettazione, anche solo in base a ciò che emerge dalla documentazione in atti e a ciò che Banca X di fatto non contesta.

Anche ammettendo che l'attività svolta nel caso di specie da Banca X sia stata di mera "segnalazione" dell'interesse degli attori a I. e di "mero tramite" agli attori del materiale informativo di I., non è in discussione che:

1. "nella *brochure* in uso presso la filiale della Banca [...] campeggiava la seguente avvertenza "con riferimento all'investimento di cui al presente materiale divulgativo, le Banche svolgono un'attività di mero orientamento della clientela interessata; informazioni più approfondite in ordine all'investimento potranno essere richieste solo all'IDM a cura del cliente; la Banca non assume alcuna responsabilità in proposito, con particolare riferimento alle caratteristiche della pietra" (pag. 11 comparsa Banca X);
2. la famiglia S. "nell'ambito dell'ordinaria frequentazione di tale filiale, nei primi mesi del 2016..." apprendeva "...dal personale della Banca della possibilità di acquistare diamanti, prendendo visione nel materiale informativo predisposto da I., sinteticamente illustrato dalla dott.ssa A.B." (pag. 13 comparsa Banca X).

L'obbligo del cui inadempimento i ricorrenti si dolgono è l'omessa informazione in ordine al fatto che il valore delle pietre acquistate non era (neppure lontanamente) pari al corrispettivo versato, tenuto conto dell'incidenza dei servizi pure elencati nelle condizioni di vendita, allegate alle proposte di acquisto, di cui Banca X verosimilmente aveva contezza, se doveva "segnalare" l'interesse del cliente a I..

Ad avviso del Tribunale, tale obbligo gravava su Banca X, per le seguenti ragioni:

1. gli attori “erano già da molti anni clienti del Banco Popolare (già B.P.), presso la filiale di *omissis* (MO)” (pag. 13 comparsa Banca X);
2. l’interesse all’acquisto dei diamanti da parte della famiglia *omissis* è sorto nell’ambito dell’ordinaria frequentazione della filiale di *omissis*;
3. Banca X ha, evidentemente, sottoposto ai ricorrenti il materiale informativo, in cui si parla di “mero orientamento”; “a tale proposito, si osserva che, per quanto mero, l’orientamento implica la trasmissione di contenuti informativi minimi, poteva e doveva esserci l’avvertenza per cui il pacchetto che gli attori erano intenzionati ad acquistare non comprendeva solo le pietre e che, pertanto, il valore delle pietre era (di gran lunga) inferiore al bonifico;
4. “in particolare” l’istituto di credito non assumeva alcuna responsabilità in relazione alle “caratteristiche” della pietra; sotto questo profilo, si osserva che qui non si discute delle caratteristiche della pietra, ma del suo valore in relazione al corrispettivo pagato; se così è, a maggior ragione se Banca X stava valutando con i clienti le possibilità di utilizzo di un capitale, l’avvertenza in ordine al fatto che questo capitale, se si fosse proceduto all’acquisto, non sarebbe stato impiegato totalmente (ma neppure quasi totalmente) in diamanti, bensì in diamanti più altri servizi ivi comprese le remunerazioni per I. e l’istituto di credito, era doverosa in ossequio alla funzione di gestione, anche solo conservativa, del risparmio dei propri clienti che le banche assumono in generale e che nel caso di specie banco Banca X a suo stesso dire, stava esercitando nei confronti della famiglia X;
5. tale circostanza doveva essere comunicata agli attori perché era sicuramente nota a Banca X non foss’altro perché la predetta avrebbe percepito una provvigione inglobata nel prezzo d’acquisto delle pietre: il Tribunale di Verona ha evidenziato che “aveva un fortissimo interesse economico alla conclusione dei contratti di acquisto dei diamanti poiché da ciascuna transazione ricavava una consistente provvigione, pari a una percentuale del 18% dell’ammontare della operazione conclusa...”;
6. tale obbligo non potrebbe comunque dirsi assolto anche se fosse data risposta affermativa ai capitoli di prova Banca X, in quanto, anche ammettendo che il valore della pietra in proporzione al prezzo di acquisto fosse facilmente ricavabile dai cd. *leaflet e brochure*, chi assume la funzione di gestione del risparmio dei propri clienti non può esaurirla, sotto il

profilo informativo, mediante rinvio a fonti “terze”, ma deve semmai “fare proprio” il contenuto informativo di queste fonti, per soddisfare l’affidamento che il cliente ripone nella sua competenza;

7. per quanto occorre possa, nelle condizioni di vendita, clausola n. 6), si legge che la Banca “domiciliataria” non assume alcuna responsabilità in merito al contratto, che intercorre solo tra il proponente e I., ma ciò significa solamente che la banca non assume alcuna responsabilità solo in merito al contratto tra gli attori e I., non in merito al rapporto suo proprio con gli attori.

Seppure in ragione di titoli diversi (i contratti I./omissis; il rapporto Banca X/omissis, nella cui orbita funzionale hanno avuto modo di concludersi i primi), dunque, sia I. (ora fallita) sia Banca X erano obbligate a chiarire ai ricorrenti la circostanza della cui omessa comunicazione i predetti si dolgono nel presente giudizio.

Non essendo esclusa la solidarietà dalla diversità del titolo, i ricorrenti possono rivolgersi per l’intero nei solo confronti di Banca X e così in effetti hanno calibrato le loro conclusioni.

Sotto il profilo della quantificazione del danno, si osserva quanto segue.

Trattandosi, ad avviso del Tribunale, di un’ipotesi in cui la violazione dell’obbligo informativo è stata determinante per la conclusione dei contratti, il danno in via di principio è dato dall’intero esborso sostenuto in forza dei contratti che “è più probabile che non” che non sarebbero stati affatto stipulati se l’incidenza del valore dei diamanti sul prezzo complessivo fosse stato conosciuto dagli attori.

Pare potersi dire, infatti, che i contratti non si potevano stipulare a “condizioni diverse”, in quanto cifre inferiori avrebbero comunque comportato l’acquisto di diamanti del valore inferiore a quelle cifre e non è ragione di ritenere che, tramite una contrattazione caratterizzata da equilibrio informativo, si sarebbe giunti all’acquisto per un corrispettivo pari (o molto vicino) al valore del diamante.

Quindi gli attori non hanno nulla da provare circa il danno se non l’intera somma pagata in dipendenza dell’omissione informativa di Banca X che integra l’inadempimento degli obblighi scaturenti dal rapporto tra gli attori e Banca X.

L’assenza dei presupposti per una tutela caducatoria implica però che il valore, reale, dei diamanti, sia entrato nel patrimonio degli attori e possa essere qualificato in termini di vantaggio collegato all’illecito in applicazione della regola della causalità giuridica (SS.UU. sent. n. 12564/2018, ove si legge che “se l’atto dannoso porta, accanto al danno, un vantaggio, quest’ultimo deve essere calcolato in diminuzione dell’entità del risarcimento: infatti, il danno non deve essere fonte di lucro e la misura del risarcimento non deve su-

perare quella dell'interesse leso o condurre a sua volta ad un arricchimento ingiustificato del danneggiato. Questo principio è desumibile dall'art. 1223 c.c., il quale stabilisce che il risarcimento del danno deve comprendere così la perdita subita dal danneggiato come il mancato guadagno, in quanto siano conseguenza immediata e diretta del fatto illecito. Tale norma implica, in linea logica, che l'accertamento conclusivo degli effetti pregiudizievoli tenga anche conto degli eventuali vantaggi collegati all'illecito in applicazione della regola della causalità giuridica. Se così non fosse – se, cioè, nella fase di valutazione delle conseguenze economiche negative, dirette ed immediate, dell'illecito non si considerassero anche le poste positive derivate dal fatto dannoso – il danneggiato ne trarrebbe un ingiusto profitto, oltre i limiti del risarcimento riconosciuto dall'ordinamento giuridico. In altri termini, il risarcimento deve coprire tutto il danno cagionato, ma non può oltrepassarlo, non potendo costituire fonte di arricchimento del danneggiato, il quale deve invece essere collocato nella stessa curva di indifferenza in cui si sarebbe trovato se non avesse subito l'illecito: come l'ammontare del risarcimento non può superare quello del danno effettivamente prodotto, così occorre tener conto degli eventuali effetti vantaggiosi che il fatto dannoso ha provocato a favore del danneggiato, calcolando le poste positive in diminuzione del risarcimento”).

Trattandosi di un elemento impeditivo del risarcimento, che va a erodere la misura del danno, la circostanza dell'arricchimento del danneggiato causalmente collegato all'illecito (qui, precontrattuale) rientra nell'onere probatorio del danneggiante e, sotto questo profilo, Banca X nulla ha allegato in ordine al valore dei diamanti acquistati dagli attori.

Per altro verso, è indubbio che un arricchimento ci sia stato e, dunque, non resta che attenersi alle informazioni fornite dagli attori medesimi, che, considerando tutti gli acquisti, indicano che il valore complessivo delle pietre, all'epoca dell'acquisto era di euro *omissis*, peraltro in linea con quanto emerge dal provvedimento AGCM ove si legge che il valore delle pietre copriva il 20-40% del prezzo pagato dal consumatore.

(*Omissis*)

P.Q.M.

Il Tribunale di Modena, definitivamente pronunciando, così provvede:

1. condanna Banca X a pagare *omissis* oltre rivalutazione e interessi a far data da ciascun acquisto a titolo di risarcimento del danno patrimoniale;
2. condanna Banca X a pagare *omissis* oltre rivalutazione e interessi del 18 aprile 2016 a titolo di risarcimento del danno patrimoniale;

3. condanna banco Banca X a rifondere a *omissis* spese di lite, liquidate in complessivi *omissis* oltre spese generali, imposta e contributi.

(*Omissis*)

Attività bancarie accessorie, standard di diligenza e presidi informativi a tutela dell'investitore

L'obbligo di *protective disclosure* nella promozione dei diamanti da investimento

Vincenzo Iaia

Dottorando di ricerca in Law and Business nella LUISS Guido Carli di Roma, Italia

Abstract This article focuses on a worthwhile decision of the Court of First Instance of Modena concerning the bank's protective disclosure obligation while offering ancillary activities. Particularly, it refers to the promotion of investment diamonds offered by third companies. The Court stated that the bank is subject to the obligation to assess the effective value of the promoted diamonds and to inform its clients accordingly. Otherwise the bank would be jointly liable with the company which has sold the investment diamonds for the value difference between the price paid by the bank's clients and their real value. This decision strengthens the bond between disclosure and liability towards a greater protection of bank customers in order to maintain confidence in the banking system.

Keywords Bank. Ancillary banking activities. Promotion of investment diamonds. Professional diligence. Disclosure obligation.

Sommario 1. La vicenda. – 2. La vendita di diamanti da investimento al vaglio della triplice indagine delle Autorità di vigilanza. – 2.1 ...come offerta al pubblico di prodotti finanziari. – 2.2 ...come pratica commerciale ingannevole. – 2.3 ...come attività bancaria connessa. – 3. La responsabilità della banca tra contatto sociale qualificato e inadempimento contrattuale. – 4. Osservazioni conclusive: l'uniforme standard di diligenza professionale come parametro informatore di tutte le attività bancarie.

Marylin Monroe: *Men grow cold, as girls grow old
and we all lose our charms in the end, but square-cut
or pear-shaped, these rocks don't lose their shape.
Diamonds are a girl's best friend!*

(Carol Channing, *Diamonds are a girl's best friend*, canzone tratta
dal film diretto da Howard Hawks *Gentlemen prefer blondes*)

1 La vicenda

La nota canzone interpretata da Marylin Monroe nel 1953 veicolava un messaggio promozionale che invogliava l'acquisto di diamanti con lo stesso fervore che oggi contrassegna le accattivanti campagne

di marketing contemporanee condotte da alcune banche e da diverse società specializzate esattamente nella vendita di tali preziosi. Se però la *pin up* americana si era limitata a raccomandarne l'acquisto decantando l'autentico pregio della loro immunità rispetto al tempo, al contrario, alcuni operatori moderni di tale settore hanno esortato la bontà degli affari in diamanti sulla base di qualità non necessariamente corrispondenti al vero. Per di più, il diretto coinvolgimento delle banche nel suddetto fenomeno promozionale ha portato l'insorgere di una questione che la giurisprudenza¹ e la dottrina² - non da sole³ - hanno affrontato con riferimento ai doveri di diligenza e alle connesse responsabilità delle banche stesse.

A tal riguardo, la sentenza in epigrafe verte per l'appunto sull'esistenza e sull'entità di obblighi di informazione e di protezione a carico della banca nella prestazione di attività collaterali. Essa ha ad oggetto segnatamente la determinazione dei doveri della banca connessi all'esercizio dell'attività accessoria di promozione dei cd. diamanti da investimento, ovvero di diamanti che tendono ad assolvere alla funzione di bene rifugio⁴. Ovviamente, la questione oggetto della sentenza che si annota non ha riguardo alla riferibilità del bene ad

1 In proposito, cfr. Cass., 5 febbraio 2013, n. 2736, con commento di SAVASTA, *Natura finanziaria dei diamanti e ruolo della Consob*, in *I contratti*, 2013, XII, pp. 1110-1112; Tar Lazio, 14 novembre 2018, nn. 10967 e 10968; Trib. Parma, 21 gennaio 2019, con nota di BONACCORSI DI PATTI, *Note minime sulla pretesa responsabilità della banca nella vendita di diamanti c.d. "da investimento"*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, II, p. 160 ss., in cui è presente il commento anche di Trib. Verona, 23 maggio 2019, R.G. n. 5251, annotata altresì da PETRAZZINI, *Vendita di diamanti e responsabilità della banca - diamanti da investimento: la responsabilità della banca collocatrice*, in *Giur. it.*, 2019, XI, p. 2450 ss., di particolare rilevanza dal momento che tale decisione concerne le stesse imprese che hanno promosso l'acquisto di diamanti da investimento interessate dalla sentenza in commento.

2 Oltre ai commentatori sopra citati si richiamano PISTELLI, *Dai diamanti...non nasce niente? Rischio e responsabilità nelle operazioni di investimento in beni rifugio*, in *Pers. merc.*, 2020, II, p. 129 ss.; ALVARO, *Il quadro normativo italiano in tema di commercializzazione di pietre preziose presso lo sportello bancario*, in *Banca, impresa, soc.*, 2017, p. 141 ss.; FRANZA, *La commercializzazione di oggetti preziosi presso gli sportelli bancari*, in *Riv. dir. banc.*, 2017.

3 BANCA D'ITALIA, *Operazioni di compravendita di diamanti effettuate attraverso gli sportelli bancari*, nota del 14 marzo 2018, reperibile al seguente link: <https://www.banccaditalia.it/media/notizia/operazioni-di-compravendita-di-diamanti-effettuate-attraverso-gli-sportelli-bancari/>, consultato il 28 luglio 2020; CONSOB, *Comunicazione Consob a tutela dei risparmiatori sulla compravendita di diamanti*, in *Consob informa*, 6 febbraio 2017, n. 4, reperibile al seguente link: <https://www.consob.it/documents/10194/0/Articolo+rischi+compravendita+diamanti/019b9d05-518d-4788-a8a7-a7b1ee74a73f>, consultato il 28 luglio 2020. *Idem*, *Comunicazione del 6 maggio 2013*, n. DTC/13038246; AGCM, *Provvedimenti del 20 settembre 2017*, n. PS10677 e PS10678. ABF Bologna, 29 ottobre 2018, n. 22690; *Idem*, 26 novembre 2018, n. 24902. ALVARO, *Il quadro normativo italiano in tema di commercializzazione di pietre preziose presso lo sportello bancario*, in *Banca, impr., soc.*, 2017, p. 141 ss.;

4 Sulla diversa accezione di "bene rifugio" in relazione alla prospettiva giuridica ed economica che si voglia adottare v. PISTELLI, *op. cit.*, p. 130 ss.

una fattispecie giuridica (come è avvenuto nel caso degli strumenti finanziari)⁵, quanto all'applicabilità di specifiche regole di condotta (che attengono all'esercizio delle attività delle banche)⁶.

La controversia è sorta a seguito di alcuni acquisti provenienti da un cliente della Banca X relativi a dei diamanti offerti dalla I rispetto ai quali è stato successivamente scoperto, a seguito di perizia tecnica, che il loro valore effettivo era inferiore di oltre il 50% rispetto al prezzo complessivamente pagato.

Anzitutto, occorre precisare che le compravendite dei diamanti in questione si sono perfezionate presso i locali di una filiale della banca in cui venivano esposte le *brochure* promozionali dedicate a tali pietre preziose e si sono concluse anche grazie alla partecipazione attiva di un funzionario della Banca X. Secondariamente, bisogna dar conto che la filiale era cointeressata alla vendita dei suddetti diamanti in ragione del diritto al pagamento di una provvigione – sembrerebbe a titolo di mediatore (v. *infra*, par. 3) – sugli acquisti effettuati dai propri clienti.

L'acquirente, vista l'impossibilità di soddisfare le proprie pretese nei confronti di I. a causa dell'intervenuta dichiarazione di fallimento, ha invocato l'accertamento della responsabilità precontrattuale o extracontrattuale nei confronti di Banca X per aver adottato una condotta contraria agli standard di diligenza professionale che fanno capo alla banca. In particolare, ha richiesto in via principale il rimborso integrale della somma pagata previa restituzione dei diamanti; in via subordinata ha presentato domanda per ottenere la condanna di Banca X al risarcimento dei danni per una somma pari alla differenza tra il prezzo pagato e la stima reale dei diamanti acquistati.

La banca, invece, ha rilevato il difetto di legittimazione passiva in quanto estranea ai rapporti intercorrenti tra I. e i propri clienti e ha sostenuto che, comunque, non incorrerebbe in alcuna forma di responsabilità nei loro confronti – a titolo contrattuale o extracontrattuale – alla luce della clausola n. 6) del contratto di vendita dei preziosi in cui era stato pattuito che la banca "domiciliataria" fosse esclusa da ogni forma di responsabilità rispetto ai contratti intercorsi tra i suoi clienti e I. Ad avviso di Banca X, essa si sarebbe limitata ad una mera attività di segnalazione di opportunità di investimento sulla base del materiale informativo predisposto da I., non potendo così avere piena contezza degli eventuali acquisti realizzati dai propri clienti.

⁵ CAPRIGLIONE, *Gli swaps come valori mobiliari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, I, p. 795 ss.

⁶ Ferro Luzzi, *Attività bancaria e attività delle banche*, in *Banca, impr., soc.*, 1996, p. 14 ss.

2 La vendita di diamanti da investimento al vaglio della tripla indagine delle Autorità di vigilanza

Giova premettere brevemente che la commercializzazione dei diamanti da investimento mediante il ricorso al canale bancario non ha destato esclusivamente l'interesse della Banca d'Italia⁷ quale garante del principio di sana e prudente gestione che deve parimenti informare anche le attività bancarie accessorie, con lo scopo di contenere al meglio il rischio reputazionale (v. *infra* par. 2.3). In effetti, i compositi interessi in gioco hanno innescato gli interventi di altre Autorità di vigilanza in relazione alle rispettive competenze funzionali alla salvaguardia dei rispettivi beni che ciascuna di esse è preposta a tutelare. Tali indagini hanno permesso di avvalersi di un esame multiprospettico del fenomeno in questione al fine di analizzarne le diverse sfaccettature.

Ed infatti, da un lato, l'interesse degli investitori a vedersi garantita una tutela effettiva ed efficace dei propri risparmi ha sollecitato la CONSOB ad esaminare quei casi in cui i diamanti da investimento erano offerti secondo modalità tali da potersi qualificare come offerte al pubblico di prodotti finanziari, rendendo necessaria l'applicazione della relativa disciplina (v. *infra* par. 2.1).

Dall'altro, al di fuori dei casi in cui l'offerta di diamanti costituisce servizio di investimento⁸, l'interesse dei consumatori a non essere soggiogati dalle asimmetrie informative tipiche del rapporto banca-cliente ha portato l'AGCM ad emanare dei provvedimenti sanzionatori in tutti quei casi in cui la commercializzazione di diamanti aveva integrato gli estremi per costituire una pratica commerciale scorretta o ingannevole (v. *infra* par. 2.2).

2.1 ...come offerta al pubblico di prodotti finanziari

In primo luogo, la CONSOB ha chiarito che la commercializzazione di diamanti mediante il canale bancario non è tendenzialmente ido-

⁷ BANCA D'ITALIA, *op. cit.*

⁸ Sulle questioni inerenti il raccordo CONSOB-AGCM con riferimento agli illeciti plurioffensivi - a pregiudizio rispettivamente del corretto funzionamento del mercato finanziario e del consumatore - che coinvolgono entrambe le Autorità v. per tutti GENOVESE, *Pratiche commerciali scorrette e servizi di investimento*, in *La direttiva consumer rights. Impianto sistematico della Direttiva di armonizzazione massima*, a cura di Giustolisi, 2017, Roma, pp. 95-112; per una più ampia analisi del coordinamento tra le competenze dell'AGCM e quelle delle Autorità di settore si rinvia a BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e violazione della regolazione settoriale tra concorso apparente di norme e concorso formale di illeciti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, pp. 926-960 ss.

nea a costituire un'offerta al pubblico di prodotti finanziari⁹, ai sensi dell'art. 1, co. 1, lett. u), t.u.f., da cui deriverebbe, invece, l'obbligo di pubblicazione di un prospetto informativo, ex artt. 93-bis ss. t.u.f.¹⁰

Tuttavia, non è escluso *a priori* che la vendita di diamanti – al pari di altri beni materiali – possa assumere i connotati tipici delle offerte al pubblico di prodotti finanziari allorquando ricorrano congiuntamente (1) l'impiego di capitale, (2) l'aspettativa di rendimento di natura finanziaria e (3) l'assunzione di un rischio direttamente connesso e correlato all'impiego di tale capitale¹¹.

Si ha quindi sollecitazione all'investimento ogniqualvolta l'oblatto riceva una proposta per l'acquisto di un bene dalla quale possa evincersi che la causa in concreto dell'operazione non sia il godimento del bene acquistato, bensì la prospettiva di un ritorno finanziario. Ciò potrebbe avvenire, per esempio, attraverso promesse di rendimento da parte della banca oppure in forza di obblighi di riacquisto a suo carico.

Così, emerge chiaramente che l'elastica nozione di prodotto finanziario sia volta a cogliere le poliedriche forme di sollecitazione al pubblico risparmio¹² al fine di garantire la trasparenza e correttezza di ogni tipo di servizio di investimento. A tal proposito, vale la pena di ricordare una risalente Comunicazione della CONSOB riguardante la vendita di vino mediante emissione di certificati *en primeur*¹³ con la quale l'Autorità ha qualificato le vendite in discorso come contratti a termine aventi ad oggetto una merce, riconducendole nella nozione di strumento finanziario, di cui all'art. 1, co. 2, let. h) t.u.f. In particolare, la CONSOB ha escluso che la vendita dei certificati in questione fosse finalizzata al godimento del bene di consumo (e quindi al diritto di ottenere la consegna del vino alla scadenza) in quanto la struttura dell'operazione sottoposto al suo esame aveva assunto le caratteristiche potenziali per dar vita ad un mercato secondario nel quale si sarebbero potuti effettuare nuovi scambi a prescindere

⁹ CONSOB, *Comunicazione Consob a tutela dei risparmiatori sulla compravendita di diamanti*, cit.

¹⁰ Sull'offerta al pubblico di prodotti finanziari v. per tutti ANNUNZIATA, *Il mercato mobiliare*⁹, Torino, 2017, p. 351 ss.

¹¹ CONSOB, Comunicazione n. DTC/13038246 del 6 maggio 2013. Nel caso di specie l'Autorità ha escluso la natura di investimento finanziario dell'acquisto di diamanti in quanto (1) non sussistevano vincoli o limitazioni al godimento della *res materiale* in capo all'acquirente, (2) non si ravvisava l'emissione di certificati rappresentativi dei diritti dei titolari, destinati eventualmente a circolare nell'ambito di un potenziale mercato secondario, (3) non era previsto un patto di riacquisto da parte della società venditrice. Diversamente, con riferimento all'idoneità alla vendita della moneta *dhana* a costituire sollecitazione all'investimento si veda CONSOB, Delibera n. 14422 del 13 febbraio 2004.

¹² In tema v. URBANI, *I servizi e le attività di investimento e gli strumenti finanziari*, in *Manuale di diritto bancario e finanziario*², a cura di Capriglione, 2019, Milano, p. 244 ss.

¹³ CONSOB, Comunicazione n. DIS/98082979 del 22 ottobre 1998.

re dal valore effettivo del bene. Sicché, le aspettative speculative legate all'andamento del prezzo del vino rappresentato nel certificato hanno fatto propendere l'Autorità per la qualificazione dell'operazione come investimento tipicamente finanziario, risultando irrilevante l'eventualità (in tal caso verosimilmente marginale) per cui le motivazioni del singolo investitore fossero effettivamente quelle di ottenere la mera consegna del vino.

Giova altresì evidenziare che la Corte di Cassazione si è espressamente pronunciata con riguardo alla corretta applicazione delle norme in materia di offerta al pubblico di prodotti finanziari alla fattispecie della compravendita di diamanti da investimento¹⁴. Al riguardo, la Suprema Corte ha affermato l'applicabilità della disciplina sulla sollecitazione all'investimento ai cd. contratti di affidamento diamanti, ovvero a contratti caratterizzati dallo scambio di un diamante racchiuso in un involucro sigillato contro il versamento di una somma di denaro a cui si affiancava l'impegno della società, dopo 12 mesi, di riacquistare il diamante, restituendo il capitale ed un'ulteriore somma a titolo di custodia. Ciò in ragione dell'accertata causa finanziaria dell'operazione consistente nell'investimento del capitale con la prospettiva di accrescimento delle disponibilità investite senza obblighi da parte dell'investitore diversi dalla dazione di una somma di denaro. Il contratto di affidamento diamanti prevedeva, infatti, il riconoscimento di un credito fruttifero in favore dell'investitore, nonché di una garanzia reale costituita dal diamante, entrambi considerati prevalenti rispetto alla (eventuale) motivazione di esclusivo godimento¹⁵.

Del pari, l'Arbitro Bancario Finanziario (di seguito ABF), collegio di Bologna, ha confermato l'esistenza di un bivio qualificatorio della fattispecie in esame, dovendo porre l'accento sulla corretta identifi-

¹⁴ Cass., 5 febbraio 2013, n. 2736.

¹⁵ Più specificamente, la Suprema Corte ha espresso il seguente principio di diritto: «La nozione di investimento di natura finanziaria comprende ogni conferimento di una somma di danaro da parte del risparmiatore con un'aspettativa di profitto o remunerazione ovvero di utilità, unita ad un rischio, a fronte delle disponibilità impiegate in un dato intervallo temporale. Ne consegue che è configurabile come prodotto finanziario, con correlata applicazione della disciplina in materia di sollecitazione all'investimento, il contratto in cui una società proponga al pubblico il "blocco" di una somma per un anno in prospettiva di un guadagno, mediante un meccanismo negoziale consistente nella consegna in affidamento all'investitore di un diamante del valore ipotetico di mille euro, chiuso in un involucro sigillato, contro il versamento in denaro di un identico importo, con l'impegno della società di "riprendersi" il prezioso dopo dodici mesi e di restituire il capitale maggiorato di ottanta euro, senza alcun'altra prestazione a carico dell'investitore, prevalendo in detta operazione gli elementi del credito fruttifero e della garanzia rispetto a quello della custodia, e sussistendo, altresì, il "rischio emittente" legato all'incertezza sulla capacità della società di restituire il "tandem" con l'incremento promesso».

cazione della causa negoziale¹⁶. Secondo l'ABF, infatti, l'operazione andrebbe qualificata come vendita di cose mobili laddove il contratto preveda il godimento durevole del bene acquistato mentre andrebbe diversamente sussunta come vendita di prodotto finanziario allorché il bene effettivamente trasferito non sia tanto la pietra preziosa, quanto piuttosto l'aspettativa di remunerazione futura correlata al rischio sottostante. Pertanto, il *discrimen* in favore della seconda opzione qualificatoria ricorrerebbe ogniqualvolta lo scopo dell'acquirente sia quello di assicurarsi la conservazione e il rendimento del capitale investito e non invece quello di garantirsi il godimento del diamante, dovendo così applicare la disciplina del prospetto. Orbene, appare di solare evidenza che la *ratio* giustificatrice dell'obbligatoria attivazione della disciplina in parola ogniqualvolta venga riscontrata un'offerta al pubblico di prodotti finanziari sia agevolmente rintracciabile nell'esigenza di garantire la cd. *investor protection*¹⁷, consacrata, come noto, all'art. 47 Cost¹⁸. Il legislatore ha quindi ritenuto che siffatto obiettivo potesse essere efficacemente raggiunto mediante il doveroso controllo della CONSOB, a pena di incorrere nelle rispettive sanzioni pecuniarie¹⁹.

Peraltro, come già affermato dall'Autorità garante degli investitori, la vendita di diamanti non costituisce *ex se* una sollecitazione all'investimento a meno che la particolare struttura negoziale dell'operazione non sveli una causa in concreto principalmente finanziaria. Invero, nel caso *de quo* l'attività di I. era pacificamente sussumibile nella fattispecie della vendita di beni mobili e, pertanto, la disciplina del Testo unico della finanza non ha trovato applicazione.

2.2 ...come pratica commerciale ingannevole

In secondo luogo, la prospettiva di indagine a tutela dell'investitore si accompagna a quella diretta a proteggere il consumatore (inteso quindi in senso più ampio rispetto al soggetto investitore) laddove la vendita di diamanti sia idonea ad integrare una pratica commerciale scorretta. Bisogna infatti segnalare che l'Autorità Garante del-

¹⁶ ABF Bologna, 11 ottobre 2018, n. 21328.

¹⁷ SAVASTA, *op. cit.*, pp. 1110-1112.

¹⁸ Sulle più recenti questioni ermeneutiche legate alla corretta interpretazione ed applicazione della nozione di prodotto finanziario nel settore *FinTech* (derivante dalla crasi delle parole *Financial Technology*) e alla previsione di adeguate forme di tutela degli investitori sia consentito rinviare a IAIA, *Luci e ombre giuridico-tecniche delle Initial Token Offering tra tutela del risparmio e innovazione finanziaria*, in *Fintech, smart technologies e governance dei mercati*, a cura di Nuzzo, Luiss University Press, in corso di pubblicazione.

¹⁹ Art. 191 t.u.f.

la Concorrenza e del Mercato (AGCM), in virtù delle specifiche competenze ad essa attribuite a presidio dei consumatori e del mercato, ha irrogato delle sanzioni pecuniarie nei confronti di alcune società e di talune banche specializzate nella promozione e vendita di diamanti da investimento per aver posto in essere delle pratiche commerciali ingannevoli e omissive²⁰, ai sensi degli artt. 20, 21, 22 e 23 del d.lgs. n. 206/2005 (Codice del Consumo).

Occorre innanzitutto premettere che la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette risponde alla necessità di rimediare alle asimmetrie informative nei rapporti *business-to-consumer* al fine di garantire un *set* minimo di informazioni che consentano al consumatore di esprimere in modo (presumibilmente) consapevole il potere di scelta tra le molteplici alternative prospettategli sul mercato. Il Codice del Consumo sanziona, dunque, tutte quelle condotte idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio in quanto contrarie agli standard di diligenza professionale²¹. Bisogna altresì precisare che nella consolidata dicotomia tra pratiche commerciali ingannevoli e pratiche commerciali aggressive, nonostante entrambe abbiano come comune denominatore l'idoneità ad ostacolare il corretto funzionamento del mercato, le prime si caratterizzano per indurre il consumatore ad un'errata rappresentazione della realtà, mentre le seconde si realizzano attraverso una sostanziale coercizione a contrarre. La plurioffensività delle pratiche in discorso giustifica l'affiancamento ai tradizionali rimedi civilistici risarcitori e caducatori, esercitabili dai singoli soggetti lesi, di poteri inibitori e sanzionatori che la disciplina di settore attribuisce all'AGCM, elevandosi così ad Autorità guardiana del *fair-trading*, sia nei rapporti *business-to-business* che in quelli *business-to-consumer*²².

Nel caso in esame l'Autorità antitrust ha condotto un'ampia istruttoria dalla quale è emerso che le società venditrici di diamanti, tra cui la I. e la Banca X, avevano diffuso delle informazioni ingannevoli e omissive attraverso il proprio sito internet e il materiale promozionale da esse predisposto con riguardo (1) al prezzo di vendita dei preziosi, rappresentato (falsamente) come quotazione di mercato de-

20 AGCM, Provvedimenti n. PS10677 e PS10678 del 20 settembre 2017.

21 In tema, FLORIDIA, *La tipizzazione normativa tratta dalla tutela pubblicistica del consumatore*, in AUTERI, FLORIDIA, MANGINI, OLIVIERI, RICOLFI, ROMANO, SPADA, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*⁶, 2020, Torino, p. 422 ss.; MASSA, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Codice del consumo*, a cura di Cuffaro, Milano, 2019, p. 155 ss.; VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*⁸, Milano, 2018, p. 131 ss. GUIZZI, *Il contratto tra impresa e consumatore*, in *Diritto delle imprese. Manuale breve*, a cura di AA.VV., Milano, 2012, pp. 155-161.

22 Così, ALPA, *Considerazioni conclusive*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di Minervini, Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 361 ss.

rivante da una rilevazione oggettiva pubblicata sui principali giornali economici, (2) all'andamento del mercato dei diamanti, illustrato in stabile crescita, (3) all'agevole liquidità e rivendibilità dei diamanti al prezzo delle quotazioni indicate sui giornali.

Le risultanze delle indagini dell'Autorità hanno diversamente rilevato che le quotazioni di mercato in realtà (1) si basavano su prezzi liberamente determinati dalle società venditrici in misura largamente superiore rispetto al costo di acquisto della pietra e ai *benchmark* internazionali; (2) l'andamento delle quotazioni pubblicate su alcuni dei principali giornali economici italiani si riferiva alle variazioni del prezzo di vendita dei preziosi annualmente e progressivamente aumentato a discrezione dei venditori, non essendo il risultato di un'attività di rilevazione di mercato da parte del professionista, bensì una pubblicazione a pagamento dei suoi listini prezzo; (3) le prospettive di liquidità e rivendibilità erano unicamente legate alla possibilità - eventuale e non di certo assicurata - che il professionista o il cliente trovasse altri soggetti interessati all'acquisto.

L'AGCM ha altresì evidenziato che l'intermediazione del personale bancario tra i propri clienti e le società venditrici di diamanti forniva ampia credibilità alle informazioni contenute nel materiale promozionale, determinando molti consumatori all'acquisto senza la necessità di effettuare ulteriori accertamenti. I diamanti venivano, infatti, tendenzialmente offerti nel più ampio servizio bancario di consulenza di portafoglio ed erano caldamente sponsorizzati dall'ente creditizio come diversificazione dell'investimento dei risparmi del cliente, in quanto beni rifugio²³. Tuttavia, il personale bancario solitamente ometteva di comunicare al cliente che il valore effettivo delle pietre fosse in realtà compreso tra il 20-40% del prezzo di listino²⁴; né il materiale promozionale presentava alcun tipo di indicazione sul prezzo reale dei preziosi.

Pertanto, limitando l'analisi alle società interessate dal presente scritto, l'Autorità antitrust ha ritenuto che I. e Banca X fossero re-

23 Ed infatti, tra le invitanti informazioni che corredevano il materiale illustrativo si leggeva che «il diamante è bene rifugio per eccellenza e la sua quotazione è destinata ad aumentare a causa del progressivo calo della produzione e che, al contrario dell'oro, diventato pericolosamente speculativo, non è sottoposto ad influenze politico-valutarie», che «il diamante è liquidabile in tutto il mondo e non è soggetto alla tassazione sull'incremento di valore; il diamante rappresenta un investimento utile in un'ottica di diversificazione nel medio-lungo periodo» e che «i diamanti di I. appartengono alla fascia qualitativa più elevata della classificazione internazionale e sono quotati internazionalmente in quanto certificati da istituti gemmologici a garanzia della circolabilità e rivendibilità in tutto il mondo».

24 Le restanti voci di costo (nascoste) della pietra erano così composte, (1) costi doganali/trasporto assicurato/oneri generali: 1-5%, (2) copertura assicurativa/custodia: 0-1%, (3) costi rete commerciale: 1-5%, (4) commissione banca: 10-20%, (5) margine I.: 20-40%, (6) IVA: 10-20%.

sponsabili per aver commesso delle pratiche commerciali scorrette, ai sensi degli artt. 20, 21, co. 1, lett. b), c), d) e f), 22 e 23, co. 1, lett. t), cod. cons., condannando I. al pagamento della sanzione di € 2.000.000,00 e Banca X a quella di € 3.350.000,00.

Il provvedimento sanzionatorio è stato poi impugnato innanzi al Tar Lazio da entrambe le imprese condannate, introducendo due separati giudizi dai quali sono risultate soccombenti²⁵.

Con riguardo a I., il giudice amministrativo ha ritenuto il ricorso infondato, affermando che il provvedimento dell'AGCM fosse fornito di un corredo motivazionale estremamente diffuso e logicamente argomentato. Tra le diverse doglianze, I. contestava in particolare la valenza polisemantica del termine "quotazioni", il quale ricomprenderebbe anche le crescenti voci di costo relative a spese dissociabili dal valore dei diamanti, da essa opportunamente stabilite e occultate. Sul punto il Tar ha precisato che, al di là dei diversi significati ascrivibili al termine in questione, la sua immediata percezione da parte del consumatore medio sia quella di «rilevazione del prezzo corrente di un bene» e che pertanto l'Autorità antitrust ha correttamente individuato la responsabilità di I. per il fraintendimento ingenerato nei consumatori circa la natura e l'oggettività del loro valore che, invece, avrebbe dovuto essere espressione del solo andamento dei prezzi sul mercato dei diamanti e non anche delle scollegate voci di costo.

In relazione a Banca X, il Tar ha respinto il ricorso con il quale Banca X lamentava segnatamente la mancata acquisizione da parte dell'AGCM del parere della Banca d'Italia al fine di essere legittimata a sanzionare le attività regolate (come quella bancaria), invocando l'art. 27, co. 1-bis cod. cons. In proposito, il Tar ha ribadito come le attività connesse non rientrassero nell'ambito di regolamentazione della Banca d'Italia, trattandosi di attività estranee al settore creditizio che solo in via occasionale vengono svolte dagli istituti di credito²⁶. Inoltre, la banca contestava la propria estraneità alle offerte di I., limitandosi a svolgere un'attività di mera segnalazione dei diamanti in questione. Il Tar non ha accolto tale ricostruzione, condividendo le risultanze del provvedimento dell'AGCM nel quale veniva evidenziato che l'accordo di collaborazione tra I. e Banca X riconosceva in favore di quest'ultima una provvigione per un importo tra il 10% e il

25 Con riferimento a I., Tar Lazio, 14 novembre 2018, n. 10968 e con riguardo a Banca X, Tar Lazio, 14 novembre 2018, n. 10967.

26 Al riguardo, il giudice amministrativo ha richiamato un precedente orientamento giurisprudenziale secondo cui il coinvolgimento dell'Autorità di regolazione è necessario solo quando la fattispecie sulla quale l'AGCM interviene, in applicazione della disciplina a tutela del consumatore di cui al Cod. Cons., insista o coinvolga il settore bancario in senso proprio, Tar Lazio, 22 ottobre 2015, n. 12082; conforme, Tar Lazio, 17 maggio 2016, n. 5809.

20% delle operazioni concluse con i propri clienti²⁷. Il giudice amministrativo ha, pertanto, correttamente rilevato che la banca, nell'attività di promozione dell'investimento in diamanti e di consulenza personalizzata del cliente, assumeva un ruolo chiave nella dinamica contrattuale complessiva in cui il consumatore era coinvolto, dovendo quindi ritenersi corresponsabile delle pratiche scorrette di I..

2.3 ...come attività bancaria connessa

In terzo luogo, la Banca d'Italia, sollecitata dalle segnalazioni provenienti dalle associazioni di consumatori e da alcuni clienti, ha diffuso una nota riguardante esattamente le operazioni di compravendita di diamanti effettuate attraverso gli sportelli bancari²⁸. Con essa l'Autorità di vigilanza bancaria ha chiarito che le operazioni in discorso sono escluse dal novero delle operazioni bancarie rispetto alle quali occorre applicare il corrispondente regime di trasparenza in favore della clientela, ai sensi degli artt. 115 ss. t.u.b. La Banca d'Italia ha, infatti, affermato che le attività svolte dalle banche in relazione alla vendita di diamanti²⁹ - ovvero alla divulgazione del materiale informativo, profilazione del cliente, raccolta di eventuali ordini e ricezione di pagamenti - costituiscono attività connesse a quella bancaria, ex art. 10, co. 3, t.u.b.³⁰, nelle quali l'istituto di credito assume la veste di intermediario tra cliente e società venditrice.

Orbene, appare pacifico che la promozione di diamanti da investimento sia sussumibile nelle attività accessorie di informazione commerciale, di cui all'art. 8, co. 3, lett. a), d.m. del Ministro del Tesoro del 6 luglio 1994³¹. Esse costituiscono, infatti, delle attività non finanziarie che possono essere esercitate nel limite in cui siano correlate all'attività principale o allo sfruttamento della struttura produttiva

²⁷ Ciò dimostrerebbe «l'oggettiva cointeressanza diretta ed immediata alla realizzazione della pratica commerciale medesima», cfr. Tar Lazio, 5 gennaio 2015, n. 41; conformi, Tar Lazio, 25 marzo 2015, n. 4579; Tar Lazio, 10 gennaio 2017, nn. 311 e 312.

²⁸ BANCA D'ITALIA, *op. cit.*

²⁹ In proposito, la dottrina suole distinguere tra "attività bancaria" in senso stretto, che si compone delle due attività di raccolta del risparmio ed esercizio del credito, ed "attività delle banche" come locuzione di più ampio respiro che comprende anche altre attività come quella di informazione commerciale, v. URBANI, *Banca, attività bancaria, attività delle banche*, in *L'attività delle banche*², a cura di Urbani, Milano, 2020, pp. 11-15.; *Id.*, *L'impresa bancaria*, in *Diritto commerciale*, a cura di De Angelis, Milano, 2017, I, p. 150.

³⁰ In argomento v. DESIDERIO, *L'attività bancaria*, in *Manuale di diritto bancario e finanziario*, *cit.*, p. 206 ss., nonché i vasti riferimenti bibliografici ivi contenuti.

³¹ D.m. del Ministro del Tesoro del 6 luglio 1994, determinazione, ai sensi dell'art. 106, co. 4, t.u.b., del contenuto delle attività indicate nello stesso art. 106, co. 1, nonché in quali circostanze ricorre l'esercizio delle suddette attività nei confronti del pubblico.

e a condizione che costituiscano una componente marginale ed accessoria dell'attività complessiva esercitata dalla banca³².

Nondimeno, pare ragionevole ritenere che le banche, allorché scelgano di offrire il servizio aggiuntivo di intermediazione nella compravendita di diamanti, debbano svolgere tutti i controlli necessari sui beni e servizi da loro promossi affinché il cliente sia reso pienamente edotto delle caratteristiche dell'operazione alla luce della fiducia da egli tendenzialmente riposta nel sistema bancario.

Per cominciare, bisogna anzitutto evidenziare che la scelta in ordine all'esercizio dell'attività di informazione commerciale è rimessa all'esclusiva discrezionalità della banca. Ne consegue che qualora essa si determini nel senso di prestare quest'attività supplementare può razionalmente attendersi che la banca valuti con cautela i possibili rischi reputazionali legati all'esercizio dell'attività menzionata, con riguardo soprattutto ad eventuali comportamenti irregolari o percepiti come tali dalla clientela. In proposito, il comunicato della Banca d'Italia ha evidenziato proprio come la commercializzazione di diamanti, pur non costituendo attività bancaria o finanziaria, può comunque generare per le banche rischi operativi e di reputazione che devono essere presidiati al pari delle attività principali. Ecco perché l'Autorità di vigilanza ha richiesto delle informazioni dettagliate alle banche che promuovevano gli investimenti in diamanti, con particolare riferimento alle modalità da esse impiegate per la sponsorizzazione e vendita dei preziosi. È un dato non casuale che, a seguito dell'istruttoria avviata dalla Banca d'Italia, gran parte degli intermediari ha nel frattempo sospeso o interrotto tale attività.

Inoltre, al fine di evitare potenziali reiterazioni delle pratiche in discorso attraverso inedite forme alternative, la Banca d'Italia ha trasmesso una comunicazione indirizzata a tutte le banche per sollecitarle a garantire il diritto di informazione dei clienti anche durante l'erogazione di servizi diversi da quelli principali aventi natura puramente bancaria e finanziaria. L'Autorità di vigilanza ha altresì precisato che le banche, nell'esercizio dell'attività di commercializzazione di diamanti, «oltre a considerare le caratteristiche finanziarie dei clienti cui è rivolta la proposta di acquisto, devono assicurare adeguate verifiche sulla congruità dei prezzi e predisporre procedure volte a garantire la massima trasparenza informativa sulle caratteristiche delle operazioni segnalate, quali le commissioni applicate, l'effettivo valore commerciale e le possibilità di rivendita delle pietre preziose».

In altre parole, la Banca d'Italia, con il comunicato in discorso, ha inteso salvaguardare il diritto di informazione dei potenziali clienti anche quando essi ricevano dalle banche proposte di investimento in diamanti imponendo degli standard minimi di trasparenza che

³² *Amplius*, BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*², Bologna, 2016, pp. 51-55.

consentano al cliente mediamente avveduto di assumere delle scelte (presumibilmente) consapevoli. Giocoforza, al diritto in parola corrisponde in via speculare l'obbligo a carico delle banche di realizzare tutti i controlli necessari affinché quest'attività, sebbene accessoria, non venga esclusa dai tradizionali presidi di sana e prudente gestione. Ne deriva che, *in primis*, occorre un'attenta selezione dello *standing* di società con le quali concludere accordi di collaborazione. *In secundis*, bisogna svolgere un controllo analitico delle caratteristiche del prodotto o servizio promosso al fine di verificarne la corrispondenza rispetto al materiale promozionale presente in filiale.

Ulteriormente, si dà conto di un orientamento (non isolato) dell'ABF secondo cui, nonostante tale organo non sia preposto alla risoluzione delle questioni relative a beni materiali o a servizi diversi da quelli bancari e finanziari - a prescindere dalla qualificazione della fattispecie in questione come compravendita di beni oppure offerta di prodotti finanziari³³ -, la banca sarebbe tenuta in ogni caso a verificare l'adeguatezza degli investimenti e dei prodotti da essa segnalati nell'ambito dell'attività di informazione commerciale³⁴. Sembra quindi che lo standard di diligenza che la banca è tenuta a rispettare nell'esercizio delle attività principali si estenda in pari misura anche allo svolgimento delle attività connesse.

In proposito, anche la dottrina ha correttamente rilevato che, sebbene le attività bancarie accessorie non siano soggette ad una specifica autorizzazione, è necessario che anch'esse siano informate al principio di sana e prudente gestione, specialmente per prevenire i potenziali rischi operativi e reputazionali da esse derivanti³⁵. Effettivamente, risulta abbastanza pacifico che la promozione di diamanti dal valore notevolmente inferiore rispetto al prezzo di vendita possa sensibilmente aumentare il rischio reputazionale della banca. Dunque, si ritiene condivisibile la soluzione prospettata da più voci istituzionali diretta ad imporre alla banca la compiuta verifica in ordine al valore e alle qualità effettive del bene o servizio oggetto di promozio-

33 *Ex multis* ABF Palermo, 10 dicembre 2019, n. 26090 in cui, richiamando ABF Bologna, 11 ottobre 2018, n. 21328 si legge che «le “Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari” (Sez. I, par. 4) così stabiliscono: “All'Arbitro bancario Finanziario possono essere sottoposte controversie relative a operazioni e servizi bancari e finanziari. Sono escluse le controversie attinenti ai servizi e alle attività di investimento o altre fattispecie non assoggettate al titolo VI del t.u.b. [...] Sul punto la giurisprudenza di questo Arbitro è pacifica nel ritenere che l'operazione de qua non risulta “in alcun modo sussumibile nel paradigma delle operazioni relative a servizi bancari/finanziari che costituiscono l'ambito cognitivo dell'ABF”».

34 ABF Bologna, 29 ottobre 2018, n. 22690; conforme ABF Bologna, 26 novembre 2018, n. 24902.

35 MORERA, MARCHISIO, *Sulle attività connesse ex art. 10, comma 3°, t.u.b.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, I, p. 717 ss.

ne e di darne adeguata notizia ai propri clienti affinché questi ultimi possano determinare le proprie scelte di acquisto in modo ponderato.

3 La responsabilità della banca tra contatto sociale qualificato e inadempimento contrattuale

Tutto ciò premesso, nella sentenza in commento il Tribunale di Modena ha affermato la responsabilità contrattuale di Banca X senza però precisare se la natura di tale responsabilità sia dipendente dall'esistenza di obblighi di informazione e di protezione discendenti dal rapporto contrattuale già in essere tra la banca e il cliente quale presupposto storico della compravendita di diamanti, la cui base normativa sarebbe rintracciabile nell'art. 1173 c.c., oppure invece se essa scaturisca dalla violazione dell'obbligo di corretto adempimento, ex art. 1218 c.c., connaturato all'attività di informazione commerciale in quanto essa sarebbe riconducibile alle attività connesse rispetto a quelle bancarie in senso stretto, individuate all'art. 8, co. 3, d.m. Tesoro.

Sembra che il giudice di prime cure, con le parole «[q]uale ne sia la ricostruzione che si ritenga preferibile, in entrambi i casi valgono le regole del riparto dell'onere probatorio in materia contrattuale», abbia preferito non prendere una posizione sull'origine della responsabilità contrattuale della banca alla luce dei medesimi effetti che le due ricostruzioni dispiegano sul piano dell'onere della prova.

Tuttavia, appare opportuno cercare di colmare il vuoto ricognitivo lasciato dal Tribunale di Modena attraverso un tentativo di sussunzione della fattispecie in esame rispetto alle due qualificazioni giuridiche prospettate, salvo poi propendere, si vedrà, verso una terza soluzione.

Con riguardo alla prima opzione, l'affermazione della responsabilità contrattuale di Banca X in virtù del cd. contatto sociale qualificato sarebbe corroborata dalla particolare posizione professionale attribuita alla banca, la quale sarebbe incorsa nella violazione degli obblighi di protezione e di informazione a danno dei propri clienti. La teoria del contatto sociale è stata elaborata, come noto, dalla giurisprudenza di legittimità³⁶ - ormai più di un ventennio fa - nell'am-

36 Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, che ha statuito il seguente principio di diritto «L'obbligazione del medico dipendente dal servizio sanitario per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale" ha natura contrattuale. Conseguenza che relativamente a tale responsabilità i regimi della ripartizione dell'onere della prova, del grado della colpa e della prescrizione sono quelli tipici delle obbligazioni da contratto d'opera intellettuale professionale», con note di GIACALONE, *La responsabilità del medico dipendente dal servizio sanitario nazionale: contrattuale, extra contrattuale o "transtipica"?*, in *Giust. civ.*, 1999, IV,

bito del rapporto tra medico e paziente allo scopo di sopperire alla tradizionale assenza di un rapporto contrattuale tra i due soggetti in questione e che avrebbe così agevolato il secondo nel riparto dell'onere probatorio³⁷. Con tale sentenza la Suprema Corte ha ritenuto che il fondamento normativo della responsabilità da contatto sociale fosse rintracciabile nell'art. 1173 c.c., da cui deriverebbero degli obblighi di buona fede reciproci in capo ai soggetti coinvolti, ai sensi degli artt. 1175, 1375 c.c., espressione di quel principio di solidarietà sociale, consacrato all'art. 2 cost.

Successivamente, sulla scorta di tale orientamento giurisprudenziale, si è sviluppato un principio comunemente condiviso - caratterizzato, secondo interessante dottrina, da "fluidità strutturale"³⁸ per la sua capacità di essere applicabile a fattispecie diverse - volto a proteggere tutti i soggetti entrati in contatto con coloro i quali rivestono un ruolo qualificato. Di conseguenza, sul professionista ricadrebbero i cd. obblighi di protezione in favore della parte (reputata) debole a prescindere dall'esistenza di un sottostante rapporto contrattuale. Secondo il suddetto ragionamento può quindi affermarsi l'esistenza di uno zoccolo duro di regole, deontologiche e tecniche, comuni a tutte le prestazioni aventi carattere professionale, ivi incluse quelle bancarie.

Rispetto segnatamente alla diligenza della banca, occorre precisare che già da più di un decennio la giurisprudenza di legittimità ha affermato che la banca fosse gravata da obblighi di protezione nei confronti di «tutti gli interessati al buon fine della sottostante operazione per aver incassato assegni bancari muniti di clausola di intrasferibilità in favore di soggetti terzi dal beneficiario»³⁹. Ne consegue che l'eventuale negligenza della banca avrebbe dato luogo a responsabilità contrattuale non in virtù del rapporto cambiario ma

p. 999 ss.; Di CROMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro it.*, 1999, p. 3332 ss.; FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contratto sociale" conquista la Casazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 653 ss.

37 In tema di responsabilità da contatto sociale del medico cfr. TODESCHINI, *La riforma della malpractice tra torto e contratto*, in *La responsabilità medica*, a cura di Todeschini, Milano, 2019, pp. 1-18; MIGLIACCIO, *Ancora in tema di responsabilità medica e onere della prova*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, p. 1239 ss.; BEVIVINO, *Antiche, nuove e nuovissime questioni attorno al tema "precontrattualità"*, in *Giust. civ.*, 2019, III, p. 565 ss.; CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 294 ss. Più ampiamente sul contatto sociale si rinvia a GALLO, *Quale futuro per il contatto sociale in Italia?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1759 ss.

38 VINCENTI, *La responsabilità da contatto sociale nella giurisprudenza di legittimità*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 2065 ss.

39 Cass. SS.UU., 26 giugno 2007, n. 14712, annotata da LEGGIERI, *Natura della responsabilità della banca negoziatrice per il pagamento di assegni non trasferibili a persone diverse dal prenditore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 1443 ss.; conforme Cass., 22 maggio 2015, n. 10534.

in quanto l'ordinamento imporrebbe su di essa un determinato standard comportamentale finalizzato a proteggere l'affidamento riposto dai clienti sul corretto espletamento di tutte le attività bancarie.

Nel solco di tale orientamento, la Suprema Corte è nuovamente intervenuta sulla responsabilità del banchiere per l'incasso di cambiali, affermando più ampiamente che la professionalità caratterizzante l'attività bancaria debba riflettersi necessariamente su tutta la gamma delle attività prestate, ivi incluse quelle accessorie, per la cui corretta attuazione essa dispone di strumenti e di competenze di cui altri soggetti normalmente non dispongono⁴⁰. L'assunto scolpito da quest'ultimo arresto giurisprudenziale è giustificato dall'intento di proteggere l'affidamento riposto dagli interessati al puntuale espletamento dei servizi bancari e ad esso corrisponde inevitabilmente la specifica responsabilità della banca laddove venga meno a tali standard di professionalità.

Ciononostante, nel caso *de quo*, essendo stato acclarato il ruolo chiave di Banca X - commissivo ed omissivo - nella compravendita dei preziosi, non sembra necessario ricorrere alla teoria della responsabilità da contatto sociale qualificato in quanto la banca sarebbe già responsabile *ex art. 1218 c.c.*, a causa dell'inesatto adempimento degli obblighi scaturenti dal rapporto di mediazione. Tuttavia, occorre seguire un preciso *iter* logico con cui si cercherà di dimostrare la bontà di siffatta conclusione.

Innanzitutto, bisogna puntualizzare, in linea con quanto rilevato in commento a una sentenza del Tribunale di Verona riguardante una vicenda molto simile⁴¹, che il servizio di promozione di diamanti dovrebbe essere ricondotto alle attività bancarie non finanziarie le quali, creando occasioni di contatto con il pubblico, consentono alle banche di sviluppare l'attività principale. In particolare, tale prestazione dovrebbe essere sussunta nelle attività di informazione commerciale nell'esercizio delle attività bancarie accessorie, *ex art. 8, co. 3, let. a), d.m. Tesoro*, da cui discenderebbero degli obblighi di *protective disclosure*, la cui violazione sarebbe idonea a costituire inadempimento contrattuale, ai sensi dell'art. 1218 c.c. Nondimeno, questa soluzione mi sembra condivisibile soltanto laddove l'attività di informazione commerciale venga erogata come autonomo servizio di consulenza ove sia presente un espresso incarico che il cliente ha conferito alla banca. Ma la prassi (e la vicenda in oggetto) è ben diversa, considerato che la banca non è remunerata direttamente dal cliente,

⁴⁰ Cass. SS.UU., 21 maggio 2018, n. 12478, con commento di IULIANI, *Assegno non trasferibile - Responsabilità della banca per il pagamento di assegno non trasferibile al prenditore abusivamente legittimato*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1328 ss. Sugli standard di diligenza della banca nel caso di omessa attivazione per impedire il protesto di una cambiale di v. Cass. 4 febbraio 2020, n. 2549; conforme Cass., 13 maggio 2009, n. 11130.

⁴¹ PETRAZZINI, *op. cit.*, p. 2452 s.

bensì dalla società offerente un dato bene o servizio da cui percepisce una provvigione sulla base degli affari conclusi.

Pertanto, l'obbligo informativo gravante sulla banca non sembra trarre origine dal dovere di corretta informazione commerciale nell'esercizio dell'attività bancaria accessoria, bensì dagli obblighi che la banca ha assunto per aver svolto di fatto l'attività di mediatore⁴², disciplinato agli artt. 1754 ss. c.c. Più precisamente, pare ragionevole ritenere che la fattispecie in esame possa essere giuridicamente inquadrata nella mediazione unilaterale atipica. Essa, infatti, rileva quando una parte (I.), volendo concludere un affare (la vendita di diamanti) incarica un altro soggetto (Banca X) di svolgere un'attività diretta alla ricerca di una persona interessata alla conclusione di un affare a condizioni predeterminate⁴³.

Per avvalorare tale tesi giova evidenziare brevemente il confine che separa la mediazione unilaterale atipica dalle figure contrattuali affini. In primo luogo, essa si differenzia dal contratto di procacciatore d'affari⁴⁴ in quanto quest'ultimo presuppone che il procacciatore persegua l'esclusivo interesse del mandante⁴⁵. Appare evidente, quindi, che il contratto in discorso non rispecchi la realtà indagata in quanto è stato più volte - e a più voci - ribadito che il peculiare livello di diligenza professionale atteso dalla banca, per gli effetti dell'art. 1176, co. 2, c.c., richiede che quest'ultima persegua parimenti gli interessi dei propri clienti, quand'anche manchi un espresso conferimento d'incarico. In secondo luogo, deve ugualmente escludersi che la fattispecie in esame possa essere sussunta nel rapporto di man-

42 Sulla mediazione cfr., MIRABILE, *Contratto di mediazione e mediazione di contratto: natura e profili di responsabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 106 ss.; BARELA, *Mediazione, mediazione "atipica" unilaterale e mandato*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1831 ss.; GIACOBBE, *Il contratto di mediazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2015; BAZZO, *La figura e le responsabilità del mediatore ordinario e del mediatore mandatario*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 206 ss.; NOCERA, *Mediazione unilaterale e rapporto di mandato: inquadramento strutturale ed ipotesi esegetiche*, in *I contratti*, 2011, p. 792 ss.

43 Cass., SS. UU., 2 agosto 2017, n. 19161, con commento di IPPOLITI, *Il diritto di mediatore atipico alla provvigione e l'obbligo di iscrizione al ruolo nella decisione delle Sezioni Unite*, in *Giur. comm.*, 2018, II, p. 929 ss. Conformi Cass., 14 novembre 2018, n. 29287; Cass., 5 settembre 2006, n. 19066, annotata da PUCCINELLI, *Mediazione negoziale atipica e iscrizione al ruolo dei mediatori quale presupposto del diritto alla provvigione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 713 ss.

44 Sul contratto di procacciatore d'affari v. ZILIO GRANDI, *Il contratto di agenzia, in I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, a cura di Cendon, Torino, 2004, VI, p. 155 ss.

45 Cfr. Cass., 12 febbraio 2009, n. 4422; Cass, 20 dicembre 2016, n. 26370 secondo cui «in tema di rapporti tra mediazione e procacciamento di affari [...] l'elemento distintivo consiste nel fatto che il mediatore è un soggetto imparziale e nel procacciamento di affari l'attività dell'intermediario è prestata esclusivamente nell'interesse di una delle parti».

dato⁴⁶ in quanto esso prevede il pagamento della provvigione a prescindere dall'esito dell'operazione, *ex art.* 1720 c.c.⁴⁷, nonché l'imparzialità del mandatario. Orbene, nel caso *de quo* è stato accertato che Banca X aveva diritto ad una provvigione soltanto nel caso di vendita dei diamanti ai propri clienti e non anche per la semplice attività di promozione commerciale. Inoltre, l'imparzialità della banca è stata già ampiamente esclusa⁴⁸, essendo cointeressata all'operazione.

Posto quindi che il rapporto contrattuale tra Banca X e i propri clienti possa essere qualificato come mediazione unilaterale atipica, occorre rilevare che l'art. 1759 c.c. prevede segnatamente l'obbligo del mediatore di comunicare alle parti le circostanze a lui note relative alla valutazione e alla sicurezza dell'affare tali da poter influire sulla conclusione del contratto⁴⁹. Al riguardo, la Suprema Corte ha ribadito che il mediatore, anche in difetto di un incarico specifico, è tenuto a svolgere un'approfondita indagine di natura tecnico-giuridica al fine di individuare eventuali fatti rilevanti sulla conclusione dell'affare e di comunicare agli interessati le circostanze a lui note e quelle conoscibili in relazione alla comune diligenza richiesta dal tipo di prestazione erogata⁵⁰. Sicché, appare indubbio che la diligenza attesa da un operatore altamente professionale come quello bancario richieda quantomeno, con riferimento alla promozione di diamanti, una verifica circa il loro valore effettivo e la completa informazione del cliente su tutti gli aspetti rilevanti dell'operazione.

Da ultimo, occorre escludere l'applicabilità al caso di specie della teoria della responsabilità da contatto sociale qualificato alla luce di un recente orientamento della Corte di Cassazione che ha ammesso la possibilità di configurare la suddetta responsabilità anche con riferimento ai rapporti contrattuali al fine di proteggere un inte-

⁴⁶ In argomento, oltre ai riferimenti *supra* riguardanti il rapporto tra mediazione e mandato, v. in particolare DI ROSA, *Il mandato*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Schlesinger e Busnelli, Milano, 2012, I; MACCARRONE, *Due contratti a confronto: mandato e mediazione*, in *Contratti*, 2009, p. 705 ss.

⁴⁷ Al riguardo v. Cass., 10 gennaio 2019, n. 482, con nota di TRUBIANI, *Un peculiare caso di attività giuridica "per conto altrui" tra mandato, mediazione e mediazione "atipica"*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 1250 ss.

⁴⁸ V. *supra*, § 2.3.

⁴⁹ Da ultimo, v. Cass., 12 novembre 2019, n. 29229, in cui, nonostante la vicenda riguardi la diligenza del mediatore nella vendita di beni immobili, il principio di diritto da essa enunciato può trovare anche applicazione per *eadem ratio* alla vendita di beni mobili (ivi inclusi, quindi, i diamanti): «Nella stipula di un preliminare di vendita il mediatore ha l'obbligo di comunicare al promissario acquirente le circostanze a lui note o comunque conoscibili con la comune diligenza richiesta in relazione al tipo di prestazione, non essendo egli tenuto, in difetto di uno specifico incarico, a svolgere particolari indagini di natura tecnico-giuridica».

⁵⁰ Cass., 16 luglio 2010, n. 16623, con nota di DE TILLA, *Il dovere di informazione del mediatore*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, p. 1825 ss. Conforme Cass., 16 settembre 2015, n. 18140.

resse ulteriore della parte contraente. Ad esso corrisponde un obbligo di condotta aggiuntivo a carico del professionista che si somma a doveri provenienti dall'obbligazione principale. Più specificamente, la Suprema Corte ha precisato che deve trattarsi di interessi estranei all'oggetto della prestazione contrattuale, ma comunque coinvolti dalla realizzazione del risultato negoziale programmato⁵¹. Si richiama, a titolo esemplificativo, una sentenza del giudice di legittimità in cui si è affermata l'esistenza di un obbligo di protezione ulteriore a carico della banca rispetto ai tradizionali obblighi sorgenti dal rapporto principale di conto corrente a seguito del riconoscimento di un diritto di informazione aggiuntivo in capo alla società interessata per non essere stata tempestivamente aggiornata che uno dei suoi amministratori aveva prelevato dal conto della medesima ingenti quantità di denaro, rilevandole sul conto corrente personale⁵².

Orbene, nel caso di specie, considerato che una delle obbligazioni principali dell'attività di mediazione è proprio la corretta e completa informazione delle parti interessate, ai sensi dell'art. 1759 c.c., non si ravvisano obblighi di protezione ulteriori a tutela di interessi diversi dalla piena autodeterminazione dei soggetti coinvolti idonei a sorgere autonomamente dal contatto sociale qualificato.

4 Osservazioni conclusive: l'uniforme standard di diligenza professionale come parametro informatore di tutte le attività bancarie

Il Tribunale di Modena, dopo aver affermato che la responsabilità della banca dovesse qualificarsi come responsabilità contrattuale - a prescindere da un'approfondita indagine circa l'origine di siffatta responsabilità -, ha condannato Banca X al risarcimento dei danni cagionati alla parte attrice, quantificati nella somma pari alla differenza tra il prezzo dei diamanti e il loro valore effettivo (e non per la somma integralmente corrisposta alla luce del fatto che il danneggiato ha comunque conseguito un arricchimento dall'acquisto dei diamanti offerti da I., seppur in misura inferiore rispetto a quanto inizialmente atteso), dal momento che la banca non aveva fornito prove sufficienti per dimostrare l'esatto adempimento dell'obbligo informativo, posto che su di essa gravava l'onere probatorio. In proposito, si condivide il ragionamento del Tribunale in base al quale, sebbene Banca X avesse dedotto che il materiale illustrativo riguardante i

⁵¹ Cass., 13 ottobre 2017, n. 24071, con commento di MELANO BOSCO, *Il contatto sociale qualificato in un contesto contrattuale*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2361 ss.

⁵² Cass., 31 marzo 2010, n. 7956, annotata da SCANO, *Operazioni in conto corrente ed obblighi di monitoraggio della banca*, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 601 ss.

diamanti fosse “meramente orientativo”, ha osservato che, per quanto mero, l'orientamento implica la trasmissione di contenuti informativi minimi, tra i quali senz'altro l'avvertenza per cui il valore delle pietre era di gran lunga inferiore al prezzo del pacchetto promosso in considerazione del fatto che esso includeva voci sostanziose di costo intenzionalmente taciute.

Orbene, la sentenza qui annotata offre l'occasione di confermare che il livello di diligenza richiesto alla banca per la prestazione dei servizi principali non è circoscritto limitatamente ad essi, dovendo piuttosto informare anche tutte le altre attività, ivi incluse quelle accessorie. Al di là della proposta di sussumere la fattispecie in esame nella mediazione unilaterale atipica, pare ragionevole ritenere che sulla banca ricadano dei particolari obblighi di protezione nei confronti dei propri clienti che sono intimamente collegati al ruolo professionale da essa rivestito e che possono essere efficacemente assolti soltanto mediante adempimenti informativi completi e veritieri. Di qui sorge l'opportunità di ricorrere all'espressione “obblighi di *protective disclosure*” per riferirsi a tutte le incombenze che gravano (o gravitano) sulla banca per tutelare i potenziali acquirenti/investitori.

In tal senso giova richiamare un'ulteriore sentenza della Corte di Cassazione⁵³ riguardante la diligenza richiesta all'intermediario nella prestazione di servizi accessori. In particolare, la Suprema Corte ha affermato che gli obblighi di diligenza e trasparenza che fanno capo all'intermediario, ai sensi dell'art. 21 t.u.f., e del regolamento CONSOB n. 11522 del 1988, riguardano anche il servizio di deposito titoli a custodia e amministrazione accessori ad un contratto di negoziazione dei medesimi strumenti finanziari. Da tale premessa trae origine, quindi, l'obbligo dell'intermediario di «acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che questi siano sempre adeguatamente informati», il cui oggetto, peraltro, non concerne solamente l'andamento dei titoli, ma riguarda anche altre circostanze quali, ad esempio, la conoscenza, da parte della banca di notizie particolari e non riservate, o l'esito di analisi economiche, condotte dalla stessa banca, che l'obbligo di correttezza (gli anglosassoni direbbero *fairness*) suggerisca di divulgare ai clienti.

In conclusione, potrebbe evincersi un principio generale in virtù del quale la semplice natura di attività accessoria non esonera la banca (o l'intermediario finanziario) dall'adottare un livello di diligenza inferiore rispetto a quello che tendenzialmente investe le attività principali, alla luce del ruolo professionale che la pone giocoforza in una posizione di garanzia. Il condivisibile e perseverante lavoro della giurisprudenza (di merito, di legittimità e, come si è visto, anche dell'ABF) e delle Autorità coinvolte tendente ad omogeneizzare

⁵³ Cass., 27 ottobre 2015, n. 21890.

gli standard di diligenza che dovrebbero informare tutte le attività erogate da un soggetto professionale è funzionale ad assicurare nel tempo la conservazione della fiducia non soltanto in tali operatori ma, più ampiamente, in tutto il sistema creditizio e finanziario. In questo senso, la sentenza in commento, per quanto sprovvista di un completo sforzo ricognitivo della fattispecie in esame, si instaura convintamente nel solco protettivo dell'investitore e appare pertanto da accogliere con favore.