

## LA TRASPARENZA BANCARIA

1. Premessa
2. La Legge Bancaria del '36 e relativa classificazione delle banche
3. Sistema bancario: funzione pubblicistica o privatistica? Interpretazione evolutiva
4. Riforme legislative dei primi anni '90
5. Istruzioni Bankitalia sulla trasparenza – Provvedimento del 25 luglio 2003 – Provvedimento del 29 luglio 2009
6. Riforma del credito al consumo e della disciplina della trasparenza di cui al D.Lgs. 13 agosto 2010 n.141
7. Profili della normativa antiusura – Commissioni di remunerazione degli affidamenti e sconfinamenti – Nuovo art.117-bis TUB – Delibera CICR n.644 del 30 giugno 2012
8. Provvedimento Banca d'Italia 15 luglio 2015
9. Brevi cenni in materia di trasparenza nei servizi finanziari – Obblighi delle banche e degli intermediari – Giurisprudenza
10. Ulteriore giurisprudenza in tema di trasparenza, correttezza e buona fede.

### 1. Premessa

#### **Aspetti costituzionali della materia**

Prima di entrare nel merito dell'oggetto della presente Relazione direi che non si può prescindere dalla considerazione del precetto costituzionale che riguarda la materia del risparmio e dell'esercizio del credito, vale a dire il disposto di cui all'art.47 Cost., con particolare riferimento al primo comma.

#### **Cost. art. 47**

*La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito.*

*Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese.*

Con ciò si prevede l'intervento dello Stato per la tutela e l'incoraggiamento del "risparmio" e per la disciplina, il controllo e il coordinamento dell'esercizio del credito, nel senso – credo – di prevedere che spetta allo Stato l'alta direzione politica del risparmio e del credito, onde selezionare le disponibilità monetarie del Paese che abbiano rilievo economico-sociale ed indirizzarle verso quei settori della vita nazionale che maggiormente appaiono meritevoli di incremento.

Al riguardo si può quindi affermare che la Costituzione ha accolto, sia pure implicitamente, un concetto dinamico del risparmio, concetto che non si identifica con qualsiasi astensione passiva dal consumo, ma solo con quella a cui faccia seguito una destinazione produttiva.

E' poi importante coordinare l'art.47 in discorso con l'art.41 Cost., con particolare riferimento al primo comma.

#### **Cost. art. 41**

*L'iniziativa economica privata è libera.*

*Non può svolgersi in contrasto con la utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.*

*La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.*

Detto coordinamento risulta agevole nel senso che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, come previsto testualmente dal secondo comma.

Si deve pertanto ritenere costituzionalmente legittimo l'intervento legislativo dello Stato – immagino che si possa al riguardo far riferimento, ad esempio, alla legge 10 ottobre 1990 n.287 per la tutela della concorrenza e del mercato -, che ponga limiti alla libertà dell'iniziativa economica privata e che sia volto ad impedire che essa si espliciti in contrasto con l'utilità sociale, bensì sia volto ad ottenere che essa sia invece indirizzata e coordinata a fini sociali.

## **2. La Legge Bancaria del '36 e relativa classificazione delle banche**

Oltre alle considerazioni sugli aspetti costituzionali di cui sopra riterrei opportuno qualche cenno alla previgente disciplina del settore bancario, con particolare riferimento alla c.d. "legge bancaria".

Trattasi del Regio Decreto Legge 12 marzo 1936 n.375 e del complesso delle ulteriori norme sostitutive, modificative ed integrative succedutesi nel tempo, il testo coordinato delle quali si era soliti indicare con l'espressione "Legge bancaria".

Tale c.d. legge bancaria prevedeva una bipartizione fondamentale, vale a dire la distinzione tra enti che esercitavano l'attività bancaria a *breve termine* (enti denominati *Aziende di credito*) ed enti che la esercitavano a *medio e lungo termine* (enti denominati *Istituti di Credito*), ove si considerano a *breve termine* le operazioni di raccolta di risparmio ed erogazione di credito effettuate per un periodo di tempo fino a 18 mesi; a *medio termine* se soggette a vincolo da 18 mesi e non superiore a 60 mesi; a *lungo termine* se soggette a vincolo superiore a 60 mesi.

\* Le **Aziende di credito, che esercitano il credito a breve termine**, si suddividono in vari tipi, vale a dire:

- **Istituti di credito di diritto pubblico**, che avevano natura pubblicistica, cioè soggetti al controllo statale e che perseguivano finalità di natura pubblicistica, pur rimanendo soggetti alla medesima disciplina del credito cui erano soggetti tutti gli enti bancari. Tali Istituti erano: *Banco di Napoli*; *Banco di Sicilia*; *Banca Nazionale del Lavoro*; *Istituto Bancario S. Paolo di Torino*; *Monte dei Paschi di Siena*; *Banco di Sardegna*;

- **Banche di interesse nazionale**, che avevano una vasta organizzazione territoriale (Filiali in almeno 30 provincie) e un rilevante interesse pubblico. Tali banche erano: *Banca Commerciale Italiana*; *Credito Italiano*; *Banco di Roma*;

- **Banche Ordinarie**, che erano disciplinate esclusivamente dalla legge bancaria, non appartenendo a categorie tipiche che erano regolate anche da altre leggi;

- **Banche Popolari**, che erano società cooperative a responsabilità limitata (D.L. 10 febbraio 1948 n.105);

- **Casse di Risparmio**, che avevano personalità giuridica di diritto pubblico e che erano disciplinate dal Testo Unico 25 aprile 1929 n.967. Le Casse di Risparmio non potevano avere fine di lucro e potevano effettuare anche operazioni oltre il breve termine. Erano anch'esse sottoposte alla disciplina della legge bancaria, nonché alle disposizioni del predetto Testo Unico del 1929 purchè compatibili con quelle della legge bancaria (salva l'eccezione per le materie regolate dall'art.32 legge bancaria, per le quali prevaleva la normativa particolare del Testo Unico, in materia di forme tecniche dei bilanci, ecc. ecc.);

- Monti di Credito su Pegno, che esercitavano la concessione di prestiti contro pegno di cose mobili. Essi avevano natura giuridica di diritto pubblico;

- Casse Rurali ed Artigiane, che avevano natura di diritto privato. Loro peculiarità era che almeno i quattro quinti dei soci dovevano appartenere a categorie ben definite dal legislatore (agricoltori o artigiani residenti nel Comune ove ha sede la Cassa, cooperative agricole e artigiane operanti nello stesso Comune).

\* Gli Istituti di Credito, che esercitano il credito a medio e lungo termine, aventi le seguenti caratteristiche: la loro creazione doveva essere autorizzata dallo Stato; lo Stato inoltre si riservava determinati poteri in ordine alla nomina degli organi amministrativi e direttivi di taluni di questi enti. Perciò la loro natura giuridica era di *enti di diritto pubblico*.

Esistevano tuttavia anche Istituti di Credito a medio e lungo termine con natura giuridica *privatistica*: ad esempio Mediobanca; Centrobanca; il Credito Fondiario Spa.

Categorie dei crediti speciali esercitati dagli Istituti di Credito erano: il credito fondiario (disciplinato dal T.U. del 1905); il credito agrario; il credito edilizio; il credito industriale e mobiliare.

### **3. Sistema bancario: funzione pubblicistica o privatistica? Interpretazione evolutiva**

All'origine si attribuiva al sistema bancario funzione prevalentemente pubblicistica; in tal senso era la giurisprudenza, con riferimento al ruolo della Banca d'Italia e delle banche in generale, pervenendo alla configurazione dell'attività bancaria come "*pubblico servizio in senso oggettivo*" (Cassazione, Sez. Un., 10 ottobre 1981).

Con la conseguenza per cui gli esponenti bancari, sotto il profilo della sanzionabilità penale, erano sottoposti al rigore derivante dalla qualificazione di *incaricati di pubblico servizio* (art.358 cp), vale a dire che essi, in caso di appropriazione di denaro appartenente ad una azienda di credito o a un istituto di credito di natura privata, rispondevano di *malversazione*, mentre rispondevano di *peculato* se l'attività bancaria era svolta da un ente pubblico.

Solo a seguito dell'emanazione della normativa destinata a dare attuazione al processo di integrazione economica europea, vengono ritenuti maturi i tempi per un'opzione della disciplina dell'attività bancaria fondata sul convincimento che la rilevanza pubblicistica di tale attività, pur legittimando l'esercizio di controlli da parte dell'autorità, non è tale da alterarne la sua intrinseca natura, che va riconosciuta privatistica (v. DPR 27 giugno 1985 n.350, che attua la prima direttiva comunitaria in materia creditizia, vale a dire la direttiva 77/80 del 12 dicembre 1977).

Il processo di trasformazione è poi proseguito con la legge 30 luglio 1990 n.218 (c.d. legge Amato) e con il successivo decr. legsl. 20 novembre 1990 n.356, nonché con la legge n.175 del 1991, provvedimenti che hanno previsto e disciplinato la trasformazione di banche pubbliche in società per azioni, le quali hanno quindi cessato di essere qualificate "enti pubblici economici" (vedi in particolare le Casse di Risparmio).

In particolare il predetto decr. legsl. n. 356 del 1990, di attuazione della legge Amato, determina una vera e propria despecializzazione istituzionale, consentendo alle società bancarie operanti a medio e lungo termine, risultanti dai processi di ristrutturazione delle banche pubbliche, di estendere la propria capacità operativa a ciascun comparto dei cd. "crediti speciali".

Infine, il decr. legsl. n. 481 del 14 dicembre 1992, di attuazione della II<sup>a</sup> direttiva bancaria di coordinamento bancario (direttiva comunitaria n.89/646), introducendo nell'ordinamento la figura della "banca universale" dà attuazione ai principi di despecializzazione operativa ed istituzionale, attestate dal riferimento lessicale alla nozione di "ente creditizio", temporale, eliminando ogni distinzione tra enti creditizi che effettuino raccolta a breve termine ed enti che effettuino raccolta a medio e lungo termine, e funzionale, riconoscendo a

tutti gli enti creditizi la capacità di porre in essere "qualsiasi attività di finanziamento relativa a settori, categorie di istituti o singoli istituti di credito" ed applicando integralmente la normativa prevista per i singoli tipi di finanziamenti ivi comprese "le misure fiscali e tariffarie e i privilegi di procedura".

Con la definizione, quindi, del mercato unico europeo in ambito bancario, attraverso la menzionata seconda direttiva comunitaria n. 89/646, recepita in Italia con il predetto decr. legsl. n. 481 del 14 dicembre 1992, ha avuto inizio la formazione del cd. Testo Unico Bancario (TUB), di cui al **decr. legsl. 1° settembre 1993 n. 385, entrato in vigore il 1° gennaio 1994**.

Il TUB definisce l'attività bancaria come "raccolta di risparmio tra il pubblico e esercizio del credito", precisando, quindi, "essa ha carattere d'impresa" (art.10, comma 1, TUB).

Il T.U.B. in questo senso prende atto della intervenuta despecializzazione: la nozione di banca sostituisce quella di ente creditizio e la banca viene dotata della capacità di porre in essere qualunque tipo di operazione creditizia e ogni attività finanziaria (art. 10, comma 3°).

Il T.U.B. ha quindi razionalizzato l'intero apparato di tipologie contrattuali e di garanzie che si accompagnano alle singole operazioni ivi comprese quelle inerenti i privilegi di procedura e sostanziali.

Tali vicende legislative hanno condotto, con le riforme dei primi anni Novanta – qui di seguito meglio specificate -, anche sull'onda dell'osmosi con l'ordinamento comunitario, a giungere a una sostanziale privatizzazione delle banche e alla regolazione delle stesse da parte di un moderno testo unico (il predetto d.lgs. n. 395/1993), sganciato dall'approccio dirigistico della precedente legge bancaria, non più al passo con i mutati assetti economici, affermatasi nell'ultimo decennio del secolo scorso.

Con ciò si è pervenuti, come sopra detto, alla **privatizzazione** degli enti e alla **trasformazione** degli stessi (fanno ovviamente eccezione le banche-cooperative) nello schema privatistico per eccellenza di esercizio collettivo dell'attività di impresa, ossia la **società per azioni**.

Per concludere su questo aspetto direi che l'evoluzione normativa e interpretativa della disciplina del sistema bancario ha portato ad un più netto riconoscimento della **natura privatistica** dell'attività bancaria, con la conseguenza per cui, ad esempio, l'appropriazione di somme dei depositanti commessa nello svolgimento delle proprie funzioni da esponenti bancari con abuso del ruolo integra il reato di "appropriazione indebita" e non il reato di "peculato" e così, più in generale, non si riconosce più all'operatore di banca la qualifica di "incaricato di pubblico servizio" né tantomeno quella di "pubblico ufficiale".

In tal senso si richiama Cassazione Penale, Sez.VI, 21 ottobre 2014, n.10124, che così si è espressa:

*"Per quanto attiene alla qualifica degli operatori bancari, si osserva che la riforma introdotta con L. 26.4.1990 n. 86, legittimando la concezione "funzionale - oggettiva" (sottolineata anche dal vigente art. 135 della legge bancaria) e richiedendo, per la configurazione di un'attività pubblicistica, l'assoggettamento della stessa a norme di diritto pubblico e ad atti autoritativi, ha ulteriormente rafforzato il fondamento delle conclusioni cui erano giunte alla fine degli anni ottanta, la giurisprudenza e la dottrina pressoché unanime in ordine alla natura privatistica dell'attività bancaria svolta dagli enti creditizi, siano essi pubblici o privati (cfr.: Cass., S.U., 16.7.1987, Tuzet; S.U., 7.7.1989, Vita)".*

#### **4. Riforme legislative dei primi anni '90**

Per inquadrare compiutamente il tema della "trasparenza" in ambito bancario ritengo opportuno segnalare sinteticamente le più rilevanti riforme legislative e regolamentari avvenute nei primi anni 90, come qui di seguito elencate e brevemente descritte.

##### **\* Legge 10 ottobre 1990 n.287 Norme per la tutela della concorrenza e del mercato**

Le disposizioni di questa legge sono state emanate sostanzialmente a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica e si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese.

In sostanza tali disposizioni si può dire vadano nel senso di ricercare forme di trasparenza del mercato in generale e quindi anche del sistema bancario e finanziario.

Tale legge non va vista come una disciplina limitata alla tutela della libertà di concorrenza tra imprese e destinata quindi solo agli imprenditori, bensì, più in generale, va estesa a tutti i soggetti del mercato, anche ai consumatori, interessati alla conservazione della sua corretta competitività ed esposti a pregiudizi specifici conseguenti alla alterazione di tale caratteristica di competitività a causa di intese vietate.

**\* Decreto legge 3 maggio 1991 n.143, convertito in legge, con modifiche, dalla legge 5 luglio 1991 n.197 Provvedimenti urgenti per limitare l'uso del contante e dei titoli al portatore nelle transazioni e prevenire l'utilizzazione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio** (questa normativa è poi confluita nel Decreto legislativo 21 novembre 2007 n.231, in attuazione della Direttiva 2005/60/CE e successivamente è stata ulteriormente modificata dalle disposizioni di cui all'art.27 del Decreto Legislativo 13 agosto 2010 n.141)

Al riguardo è da rilevare che la predetta ricerca di forme di trasparenza del mercato ha comportato anche la predisposizione di regole, quali quelle previste nella normativa in discorso, destinate ad impedire situazioni di inquinamento del mercato medesimo connesse all'utilizzo dei canali bancari e finanziari per fini di "riciclaggio" di ricchezza di provenienza illecita.

Di qui l'utilità di far riferimento anche alla normativa antiriciclaggio, che prevede articolate disposizioni di lotta al riciclaggio, incentrate sull'ampliamento degli ambiti della vigilanza pubblica sugli intermediari finanziari.

**\* Legge 17 febbraio 1992 n.154 Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari**

In forza delle disposizioni di questa legge la "trasparenza" assurge a criterio con cui deve essere realizzata l'operatività in ambito bancario, affinché non si determinino condizioni ostative alla libera formazione dei processi decisionali.

**\* Legge 19 febbraio 1992 n.142 Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee (legge comunitaria per il 1991)** vedasi **Capo II, articoli da 18 a 24 Credito al Consumo**

**\* Decr. Legsl. 1° settembre 1993 n. 385, TESTO UNICO BANCARIO (c.d. TUB), sotto il quale provvedimento, con l'unico titolo di "Trasparenza delle condizioni contrattuali", sia pure in Capi distinti, sono state fatte confluire le disposizioni previste dalle due leggi sopra specificate, la predetta legge n.154 in tema di trasparenza (abrogata ex art.161 del TUB) e la predetta legge n.142, abrogata nella parte relativa al credito al consumo (Capo II, Sez. I, artt.18-24, come sopra specificato).**

Facendo una breve digressione ritengo opportuno precisare che nell'ambito della predetta abrogazione della legge n.154 del 1992 in tema di trasparenza – trasfusa nel TUB come sopra detto – il Legislatore ha peraltro lasciato in vigore l'**art.10** della legge medesima, norma rilevante in materia di "fideiussione".

Si riporta qui di seguito il testo della disposizione di cui all'art.10, tuttora in vigore, che ha modificato due articoli del codice civile in tema di fideiussione, ciò che, a mio parere, è rilevante in termini di tutela della consapevolezza e quindi di "trasparenza" nella formazione del processo decisionale del fideiussore nel momento del rilascio della garanzia.

In particolare è rilevante la questione relativa al rilascio della fideiussione c.d. *omnibus*, in cui il fideiussore si impegna nei confronti della banca a garantire il pagamento di qualsiasi obbligazione dipendente da operazioni bancarie presenti e anche di obbligazioni future dell'obbligato principale. In altre parole

l'obbligazione del fideiussore, per comune volontà dei contraenti, rimane individuata attraverso il rinvio convenzionale, all'atto della prestazione della garanzia, ai rapporti obbligatori presenti e futuri tra il debitore e la banca.

**“10. Fideiussione.**

1. L'articolo 1938 del codice civile è sostituito dal seguente:

«Art. 1938 (Fideiussione per obbligazioni future o condizionali). - La fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione condizionale o futura con la previsione, in questo ultimo caso, dell'importo massimo garantito».

2. All'articolo 1956 del codice civile è aggiunto il seguente comma:

«Non è valida la preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione»”.

Il dibattito sulla validità o invalidità della fideiussione *omnibus* per indeterminatezza dell'importo massimo garantito è stato, dunque, superato dalla disposizione imperativa di cui al soprariportato art.10 della legge sulla “trasparenza” n.154 del 1992 (entrata in vigore in data 9 luglio 1992), che, riformulando l'art.1938 cc, ha posto l'obbligo della determinazione dell'importo massimo garantito della fideiussione per obbligazioni future.

L'altro articolo del cod. civ. modificato dall'art.10 in discorso (art.1956 *Liberazione del fideiussore per obbligazione futura*) attiene alla questione di cui tratta la clausola che era contenuta nelle NBU con cui il fideiussore dispensava preventivamente la banca dal chiedere la speciale autorizzazione a far credito, prevista dall'art.1956 cc, con ciò rinunciando preventivamente ad avvalersi della liberazione. Con tale modifica è stato, dunque, aggiunto un ulteriore comma all'art.1956, che stabilisce espressamente la invalidità di quella preventiva rinuncia che costituiva deroga al disposto codicistico.

Di conseguenza la prassi contrattuale bancaria si è adeguata a tale modifica del cod. civ., modificando gli schemi della fideiussione bancaria, con l'eliminazione dagli stessi della clausola di deroga al predetto art.1956 cc.

Per cui ora, se nell'ambito di un rapporto di apertura di credito si manifesta un significativo peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore rispetto a quelle conosciute al momento dell'apertura del rapporto, tali da mettere a repentaglio la solvibilità del debitore medesimo, la banca, se non vuole rischiare di perdere la garanzia, deve valutare attentamente la posizione, in conformità ai doveri di correttezza e buona fede, onde evitare – impedendo ulteriori atti di utilizzazione del credito - un incremento dell'esposizione debitoria di cui il fideiussore finirebbe per sopportare il rischio (in tal senso vedasi Cassazione, 22 ottobre 2010 n.21730).

Chiusa questa breve digressione circa modifiche legislative intervenute in tema di trasparenza nel rilascio della fideiussione bancaria, torniamo brevissimamente al TUB, che rappresenta ancora oggi il corpo normativo fondamentale in materia bancaria e dei contratti bancari.

Il TUB è quindi molto importante in quanto ha stabilito una disciplina generale delle operazioni e dei servizi bancari, ciò attraverso la previsione di una serie di obblighi di comportamento delle banche sul piano della corretta informazione al cliente, nonché prescrizioni sulla forma e contenuto dei contratti bancari e del credito al consumo.

**\* Istruttoria BANKITALIA e relativo Provvedimento di data 12 dicembre 1994 n.12**

Successivamente all'approvazione del TUB (ma prima della sua entrata in vigore, vale a dire in data 1° gennaio 1994) la Banca d'Italia, su sollecitazione della Commissione CE e dell'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, con comunicazione del 23 novembre 1993 ha disposto l'avvio di una istruttoria, ai sensi dell'art.14 della legge n.287 del 1990, in relazione alle Norme Bancarie Uniformi (NBU), promosse dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI).

Ciò per verificare se la predisposizione delle NBU da parte dell'ABI costituisca di per sé un'attività in contrasto con la concorrenza.

All'epoca la competenza a detta istruttoria spettava alla Banca d'Italia (ai sensi del comma 2 dell'art.20 della legge n.287 del 1990), mentre successivamente la legge 28 dicembre 2005 n.262 (art.19, comma 11) ha espressamente abrogato i commi 2, 3 e 6 dell'art.20 della legge n.287 medesima.

I commi suddetti abrogati erano quelli che prevedevano che, nei confronti delle banche, l'Autorità Antitrust era Bankitalia.

In sostanza, con questa modifica legislativa del 2005 anche nei confronti delle banche le funzioni antitrust sono passate di competenza dell'Autorità Antitrust.

Invero l'ABI all'epoca, nell'ambito della propria istituzionale attività di consulenza generalizzata alle banche aderenti all'associazione, aveva promosso la prassi di predisporre e diffondere alle proprie associate i modelli di contratto per la disciplina delle principali operazioni e servizi bancari resi alla clientela, noti, appunto, come "norme bancarie uniformi" (NBU).

L'istruttoria è stata avviata tenuto conto dell'adesione generalizzata all'ABI da parte delle banche operanti sul territorio nazionale e, come detto da Bankitalia, *può infatti presumersi che le NBU siano un mezzo per coordinare il comportamento delle associate relativamente alle condizioni contrattuali offerte alla clientela per la disciplina dei predetti servizi*, con la possibilità, pertanto, che tale attività dell'ABI, quali decisioni di una associazione di imprese, possa integrare intese vietate ai sensi dell'art.2, comma 2, della legge n.287 del 1990.

Nel corso dell'istruttoria l'ABI, viste le contestazioni avanzate da Bankitalia, ha convenuto sulla necessità di una riformulazione delle clausole oggetto di rilievo e si è impegnata a eliminare o sostituire determinate clausole, in modo che le stesse non risultino lesive della concorrenza (si tratta delle modifiche proposte di cui all'Allegato 1 al provvedimento Bankitalia).

Tuttavia Bankitalia ha ritenuto necessario che si procedesse ad ulteriori modifiche volte a preservare la concorrenza nel settore, ed ha individuato una ulteriore serie di clausole bancarie uniformi lesive della concorrenza e quindi da eliminare e/o modificare.

Si tratta delle clausole che:

- riservano alla banca la facoltà meramente potestativa di modificare le norme che disciplinano il rapporto;
- dispongono che le risultanze dei libri e/o delle altre scritture contabili della banca fanno prova nei confronti del cliente;
- escludono la responsabilità della banca per ogni conseguenza derivante da eventi ad essa non imputabili;
- escludono l'obbligo della banca di dare al terzo garante comunicazioni in ordine alla situazione dei conti e in genere ai suoi rapporti con il beneficiario del credito garantito;
- determinano in un certo numero di giorni termini di adempimento, di esercizio di poteri o facoltà, di efficacia e di opponibilità;
- indicano un termine discrezionale ("tempo ragionevolmente necessario" o altra espressione simile) per un adempimento a carico della banca o per l'efficacia di comunicazioni alla stessa;
- escludono gli interessi di diritto (art.1282 cc) alla scadenza del certificato di deposito (certificati di deposito a breve termine);
- modificano (in senso sfavorevole al cliente) la disciplina stabilita dal codice civile agli artt. 1949 e 1950 relativamente alla restrizione dell'azione di regresso (fino a quando ogni ragione di credito della banca non sia stata interamente estinta)

Infine l'ABI ha affermato esplicitamente, nelle comunicazioni alle associate, il carattere **non vincolante** delle proprie Circolari in materia di NBU: con l'assunzione di tale impegno l'ABI ha quindi lasciato alle singole banche piena **discrezionalità** di adottare o meno gli schemi contrattuali dalla stessa elaborati, nonché di modificarli e di integrarli secondo le esigenze proprie e della clientela.

Solo per completezza vorrei, infine, segnalare – con riferimento a possibili questioni di validità di determinate clausole contrattuali – che, in via generale, la questione di eventuale “nullità” di una determinata clausola dev'essere, a mio avviso, tenuta distinta dall'aspetto della sua eventuale contrarietà alla normativa “antitrust”.

Occorre infatti considerare che il problema della validità o meno di una clausola opera su un piano distinto e diverso da quello in base al quale va valutata una eventuale illiceità per contrasto con la legge antitrust. In altri termini una determinata clausola, a mio avviso, potrebbe essere in sé valida civilisticamente (in base al principio dell'autonomia contrattuale), ma, se applicata in modo uniforme dal sistema bancario (attraverso, ad esempio, l'applicazione di uno apposito schema deliberato dall'Associazione bancaria) in modo tale che l'utente non possa reperire facilmente altre banche che tale clausola non abbiano adottato con lo stesso tenore, può essere considerata frutto di un'intesa tra imprese (bancarie) e, in definitiva, illecita, perché in contrasto con l'art.2, comma 2, lettera a), della legge antitrust.

In quest'ultimo caso i soggetti danneggiati, ricorrendone i presupposti, potrebbero agire con azione risarcitoria ex art.33 della legge medesima (in questo senso vedasi Cassazione 4 giugno 2015 n.11564; Cassazione 12 giugno 2014 n.13360; Cassazione, Sez. Un., 4 febbraio 2005 n.2207).

**\* Legge 6 febbraio 1996 n.52 Attuazione della direttiva 93/13/CE del Consiglio concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (Legge comunitaria 1994)**

L'art.25 di detta legge aggiunge gli articoli da 1469 bis a 1469 sexies al codice civile e trattano delle clausole “abusive”, vale a dire vessatorie. Si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

**\* Decr. Legsl. 6 settembre 2005 n.206 Codice del Consumo**

L'art.142 del Codice del Consumo ha peraltro trasfuso le disposizioni dettate dai suddetti articoli da 1469 bis a 1469 sexies del cod. civ. negli articoli da 33 a 37 del Codice medesimo.

**\* Decreto Legge 4 luglio 2006 n.223 Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale, convertito con modifiche nella Legge 4 agosto 2006 n.248**

Di notevole importanza l'art.10, come sostituito dalla legge di conversione del decreto legge, che ha modificato in senso più rigoroso la disciplina dello *jus variandi* nei contratti bancari di cui all'art.118 del TUB.

La modifica subordina la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto alla sussistenza di un “giustificato motivo” e ad una informativa personale al cliente con evidenziazione della formula “*Proposta di modifica unilaterale del contratto*” e portando a 60 giorni il termine entro il quale il cliente può esercitare il recesso, specificando altresì che il recesso deve essere “senza spese”.

Il comma 2 del predetto art.10 specifica che “*In ogni caso, nei contratti di durata, il cliente ha sempre la facoltà di recedere dal contratto senza penalità e senza spese di chiusura*”; con ciò viene attribuito ai clienti un diritto di recesso dai contratti di durata senza penalità e senza spese di chiusura.



In merito all'applicazione dell'art.10 in discorso sono stati elaborati "chiarimenti" da parte del Ministero dello Sviluppo Economico, che ha emanato all'uopo la Circolare del 21 febbraio 2007 Prot. n. 0005574, con particolare riferimento alla nuova disciplina delle modifiche unilaterali di cui all'art.118 TUB.

Secondo il Ministero

\* anzitutto le "modifiche" in questione riguardano soltanto le fattispecie di variazioni previste dal contratto e quindi non possono comportare l'introduzione di clausole *ex novo*;

\* se una clausola prevede che un tasso di interesse sia indicizzato, in base a parametri indicati in contratto (ad es. l'Euribor), la cui determinazione è sottratta alla volontà delle parti, le variazioni del tasso conseguenti a variazioni del parametro di riferimento non comportano una modifica ai sensi dell'art.118 TUB;

\* il "giustificato motivo" consiste in eventi che possono essere sia quelli "soggettivi", che afferiscono alla sfera del cliente (ad es. mutamento del grado di affidabilità del cliente in termini di rischio di credito), sia quelli "oggettivi", che consistono in variazioni di condizioni economiche generali che possono riflettersi in un aumento dei costi operativi della banca (ad es. tassi di interesse, inflazione, "decisioni di politica monetaria" quali quelle della Banca Centrale Europea, ecc.);

\* il cliente deve essere informato circa il giustificato motivo alla base della modifica unilaterale, in maniera sufficientemente precisa e tale da consentire una valutazione circa la congruità della variazione rispetto alla motivazione che ne è alla base;

\* il divieto di applicare spese di chiusura del rapporto riguarda, in ogni caso, sia le spese espressamente qualificate in contratto come costi di chiusura, sia quelle relative a servizi aggiuntivi richiesti dal cliente alla banca in occasione dell'estinzione del rapporto (es. trasferimento dei titoli presso altro intermediario). NON contrasta peraltro con il divieto in discorso la richiesta ai clienti di un rimborso delle spese sostenute dalla banca in relazione ad un servizio aggiuntivo, qualora esso richieda l'intervento di un soggetto terzo e a condizione che tali spese siano documentate e riportate dal contratto e nella documentazione di trasparenza prevista dalla disciplina vigente (es. documento di sintesi);

\* risultano esclusi dal campo di applicazione della disposizione in commento i contratti di mutuo, "*nei quali lo svolgimento del rapporto in un arco temporale concordato tra le parti costituisce un elemento essenziale, a tutela degli interessi di entrambi i contraenti*".

## **5. Istruzioni BANKITALIA sulla trasparenza - Provvedimento del 25 luglio 2003 - Provvedimento del 29 luglio 2009**

Col primo provvedimento già del luglio 2003 era stata introdotta una determinata disciplina della trasparenza attraverso l'emanazione da parte di Banca d'Italia del "**Aggiornamento del 25 luglio 2003 alla circolare n.229 del 21 aprile 1999. Istruzioni di vigilanza per le banche. Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari**", pubblicato sul Supplemento alla Gazzetta Ufficiale n.191 del 19 agosto 2003.

Detto provvedimento era conseguente alla Delibera CICR 4 marzo 2003 (in Gazz. Uff. del 27 marzo 2003 n.72) "*Disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*".

Successivamente la Banca d'Italia ha emanato un aggiornamento contenente nuove Istruzioni di Vigilanza in tema di trasparenza, con **provvedimento in data 29 luglio 2009**.

Da notare che le norme emanate dal CICR e dalla Banca d'Italia completano ed integrano le norme di legge ed hanno efficacia vincolante, in quanto emanate in virtù di una facoltà espressamente prevista dalla legge stessa.

Ciò è stato riconosciuto da una importante sentenza della **Corte di Cassazione, 9 luglio 2005 n.14470**, che così ha statuito:

*“La sentenza impugnata ha affermato che sulla base della disciplina di legge (art. 3 legge 154/1992 e art. 117 t.u.b.) il contratto di apertura di credito deve essere redatto per iscritto a pena di nullità e che a nulla rilevano eventuali disposizioni meno restrittive emanate in via amministrativa dalla Banca d'Italia. Tale affermazione non può essere condivisa. Le norme emanate dal CICR (nel 1992 in via d'urgenza, in sua sostituzione, dal Ministro del Tesoro) e dalla Banca d'Italia completano ed integrano la norma di legge, in virtù di una facoltà espressamente prevista dalla legge stessa. Non si tratta pertanto di atti amministrativi illegittimi perchè contra legem, ma di atti a contenuto ed efficacia normativi, emanati dal CICR e dall'Autorità di vigilanza nell'esercizio di un potere espressamente loro attribuito dal legislatore. Tali norme integrano il precetto legislativo e, nei limiti consentiti dalla legge stessa, vi derogano, con la conseguenza che hanno natura di atti normativi, sia pur non di rango primario e debbono pertanto essere conosciute d'ufficio dal giudice, secondo il principio iura novit curia. E' quindi irrilevante che la Circolare 24.5.1992 della Banca d'Italia e il decreto del Ministro del Tesoro non siano stati prodotti in giudizio da parte della Banca ricorrente, come ha eccepito la curatela”.*

Rinviando ad un successivo paragrafo l'esame delle disposizioni di Vigilanza in tema di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari, quali risultanti attualmente a seguito della recente emanazione di un ulteriore aggiornamento delle Istruzioni, in vigore dal 1° ottobre 2015, mi limiterei per il momento a riportare sinteticamente alcuni aspetti rilevanti della regolamentazione della materia come aggiornata dal provvedimento del 29 luglio 2009.

Anzitutto è da rilevare che con il predetto aggiornamento del luglio 2009 in discorso Bankitalia si è ispirata ai seguenti **principi primari**.

\* Semplificazione e chiarezza dei contenuti della documentazione informativa destinata alla clientela: ciò significa che i documenti informativi contemplati nelle Istruzioni devono garantire “la correttezza, la completezza e la comprensività delle informazioni, così da consentire al cliente di capire le caratteristiche e i costi del servizio, confrontare con facilità i prodotti, adottare decisioni ponderate e consapevoli”.

\* Standardizzazione di taluni documenti informativi e maggior impiego degli indicatori sintetici di costo.

Si tratta del documento denominato “**Principali diritti del cliente**” e dei “**Fogli informativi**” relativi ai contratti di conto corrente e di mutuo ipotecario destinati alla clientela dei consumatori: i contenuti di questi documenti devono risultare conformi ai modelli predisposti da Bankitalia, come da Allegato 2 e Allegato 4 delle Istruzioni.

A ciò sono stati aggiunti nuovi documenti, consistenti in apposite “**Guide**”, aventi ad oggetto: a) contratti di conto corrente e servizi comunemente associati ad esso offerti ai consumatori; b) mutui ipotecari offerti ai consumatori; c) accesso a procedure di soluzione alternativa (stragiudiziale) delle controversie ex art.128 bis TUB (Arbitro Bancario Finanziario). Anche in questo caso il contenuto deve risultare conforme ai modelli elaborati da Bankitalia, come da Allegato 3 delle Istruzioni.

\* Applicazione del principio di proporzionalità: ciò significa che la regolamentazione “si articola secondo modalità differenziate in relazione alle esigenze delle diverse fasce di clientela e alle caratteristiche dei servizi”, con la conseguenza che talune disposizioni riguardano esclusivamente soggetti che rivestono la qualifica di “consumatore” (la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta) e “cliente al dettaglio” (consumatori; le persone fisiche che svolgono attività professionale o artigianale; gli enti senza finalità di lucro; le imprese che occupano meno di 10 addetti e realizzano un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di euro). Rispetto a tali soggetti dunque la banca è tenuta, nei casi espressamente contemplati nelle Istruzioni, ad applicare regole aggiuntive, vale a dire informazioni e spiegazioni aggiuntive (ad esempio con riferimento a forme complesse di remunerazione degli affidamenti o degli sconfinamenti; commissioni che prevedono una pluralità di voci di costo).

\* Configurazione di regole in tema di organizzazione e controlli interni: ciò significa che Bankitalia ritiene i profili di organizzazione e controllo interno siano strumentali al perseguimento degli obiettivi della trasparenza e della correttezza nelle relazioni con la clientela, in particolare con quella “al dettaglio”.

\* Sinergie con le iniziative di autoregolamentazione: ciò significa che Bankitalia ha inteso riconoscere grande rilevanza alle iniziative di autoregolamentazione di settore, vale a dire Codici di condotta, elaborate con le associazioni di categoria ed ha stabilito la necessità di forme di controllo organizzate ed efficienti in sede di autodisciplina per monitorare il rispetto degli impegni “*Gli intermediari adottano procedure volte ad assicurare il rispetto puntuale delle iniziative di autoregolamentazione cui hanno aderito*”.

Altri punti particolarmente rilevanti della disciplina in commento sono i seguenti.

#### Pubblicità ed informativa precontrattuale

In merito deve essere notato anzitutto che vi sono documenti che devono essere messi a disposizione dei clienti, vale a dire che i clienti possono portarne con sé una copia gratuitamente, dopo averla richiesta o prelevata direttamente: si tratta del documento denominato “**Principali diritti del cliente**”; le “**Guide**” di cui sopra detto; i “**Fogli informativi**” (con particolare riferimento alle clausole riferite: al diritto di recesso spettante al cliente e alla banca; ai tempi massimi per la chiusura del rapporto; ai mezzi di tutela stragiudiziale) il “**Foglio comparativo dei mutui offerti**” (contenente informazioni generali sulle diverse tipologie di mutui offerti).

Invece, su richiesta del cliente: la “**Copia completa dello schema di contratto**”; il “**Documento di sintesi**”.

Relativamente ai contratti di finanziamento occorre peraltro tener conto che la determinazione delle condizioni economiche è preceduta da un’istruttoria, di conseguenza è data facoltà al cliente di scegliere:

- la consegna di copia completa del contratto idonea per la stipula, che può essere subordinata al pagamento di una somma non eccedente le spese di istruttoria (il cui ammontare massimo è pubblicizzato nel foglio informativo), fatta eccezione per i contratti di mutuo ipotecario destinati ai clienti “al dettaglio” per i quali la consegna è comunque gratuita nella misura in cui vi sia certezza della stipula del contratto, vale a dire dal momento in cui viene concordata la data per la stipula presso il notaio;

- la consegna gratuita dello schema di contratto, privo delle condizioni economiche e di un preventivo contenente le condizioni economiche basate sulle informazioni fornite dal cliente.

Da notare ulteriormente che, in luogo della copia del contratto di cui alle modalità sopra descritte, il cliente può scegliere la consegna del solo “Documento di sintesi”. Questo documento deve riportare in maniera personalizzata, secondo quanto previsto dal contratto, le **condizioni economiche pubblicizzate nel foglio informativo** relativo allo specifico tipo di operazione o servizio (le Istruzioni del 2003 richiedevano, invece, agli intermediari di indicare nel Documento di sintesi anche “le più significative condizioni contrattuali”, ma questa regola non è stata riprodotta dalle disposizioni del 2009).

#### ISC – Indicatore sintetico di costo

L’ISC deve essere inserito, nel Foglio informativo e nel Documento di sintesi, oltre che nei contratti di mutuo e altri finanziamenti, anche per i contratti di conto corrente destinati ai consumatori e per le aperture di credito offerte ai clienti al dettaglio.

#### Contratti e informativa periodica

Al riguardo è da rilevare che vengono confermate in gran parte le regole contenute nelle Istruzioni del 2003.

Invece, relativamente agli adempimenti della banca per la consegna dell'esemplare del contratto al cliente, le nuove Istruzioni precisano che l'avvenuta consegna è attestata mediante apposita sottoscrizione del cliente, ulteriore rispetto alla firma del contratto, apposta sull'esemplare conservato dalla banca.

#### Comunicazioni alla clientela – Comunicazioni periodiche

Per effettuare le Comunicazioni periodiche permane il ricorso al rendiconto ed al Documento di sintesi.

E' da tener presente che il predetto Documento di sintesi – datato e progressivamente numerato – aggiorna quello unito al contratto e riporta le condizioni economiche in vigore, anche se non variate rispetto alla comunicazione precedente e che, in caso di variazione, le condizioni oggetto di modifica sono riportate con una specifica evidenza grafica (ad esempio in grassetto).

#### Procedure per la trattazione dei reclami

Al riguardo gli intermediari sono tenuti a dotarsi di procedure che prevedano:

- l'individuazione di un Responsabile e/o di un Ufficio, indipendenti rispetto alle funzioni aziendali preposte alla commercializzazione dei servizi;
- le forme di inoltro dei reclami e di risposta da parte dell'intermediario;
- la gratuità per il cliente dell'interazione col personale preposto (salve le spese normalmente connesse al mezzo di comunicazione adottato, es. spese postali);
- i tempi massimi di risposta non superiori a 30 giorni dalla ricezione del reclamo;
- la registrazione degli elementi essenziali di ogni reclamo pervenuto, nonché delle eventuali misure adottate a favore del cliente;
- la pubblicazione annuale, sul sito internet dell'intermediario di un rendiconto sull'attività di gestione dei reclami con i relativi dati.

Con periodicità almeno annuale, la funzione di conformità o, in sua assenza, dell'internal audit, riferisce agli organi aziendali sulla situazione complessiva dei reclami ricevuti, nonché sull'adeguatezza delle procedure e delle soluzioni organizzative adottate.

#### **6. Riforma del credito al consumo -in attuazione della Direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori-, e della disciplina della trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari, di cui al Decr. Legsl. 13 agosto 2010 n.141, come modificato ed integrato dal Decr. Legsl. 14 dicembre 2010 n.218**

Il decr. legsl. n.141 del 2010 - poi integrato dal successivo decr. legsl. 14 dicembre 2010 n.218, con entrata in vigore differita al **2 gennaio 2011** -, emanato sulla base delle delega contenuta nella legge comunitaria 2008, recepisce nell'ordinamento nazionale la Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai contratti di credito ai consumatori, Direttiva che costituisce normativa di "massima armonizzazione".

Il legislatore italiano recepisce la nuova normativa sul credito ai consumatori all'interno del TUB, sostituendo il Capo II del Titolo VI con un nuovo Capo II "*Credito ai consumatori*" che introduce i nuovi articoli da 121 a 126.

Le innovazioni più rilevanti riferite alla disciplina del credito ai consumatori sono, a mio avviso e per quanto qui interessa, le seguenti, contenute nel **TITOLO I** del decreto in esame.

### Definizione del “costo totale del credito”: TAEG

Il costo totale del credito indica gli interessi e tutti gli altri costi, incluse le commissioni, le imposte e le altre spese, a eccezione di quelle notarili, che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il finanziatore è a conoscenza (art.121, comma 1, lettera e).

Il TAEG (tasso annuo effettivo globale) indica, dunque, il costo totale del credito per il consumatore espresso in percentuale annua dell'importo totale del credito (art.121, comma 1, lettera m).

Il comma 2 del medesimo art.121 completa la definizione del Costo totale del credito precisando che sono inclusi anche i costi relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito, compresi i premi assicurativi, se la conclusione di un contratto avente ad oggetto tali servizi è un requisito per ottenere il credito, o per ottenerlo alle condizioni offerte. Quindi delega alla Banca d'Italia, in conformità delle delibere del CICR, di stabilire le modalità di calcolo del TAEG.

### Verifica del merito creditizio (art.124 bis)

Viene introdotto l'obbligo per il finanziatore di valutare, prima della conclusione del contratto di credito, il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando una banca dati pertinente.

Il comma 3 dell'art.125 *Banche dati* prevede che i finanziatori informino preventivamente il consumatore la prima volta che segnalano a una banca dati le informazioni negative previste dalla relativa disciplina; l'informativa è resa unitamente all'invio di solleciti, altre comunicazioni, o in via autonoma.

### Recesso del consumatore (art.125 ter)

Il decreto introduce il diritto del consumatore di recedere dal contratto di credito entro **14 giorni**. Con ciò viene di fatto introdotto un diritto assimilabile al “diritto di ripensamento” che ha come fine quello di consentire al consumatore di riflettere adeguatamente sull'impegno assunto con il finanziamento.

### Inadempimento del fornitore (art.125 quinquies)

Il decreto, in linea con la Direttiva europea, ridefinisce la disciplina dei contratti di credito collegato come segue:

\* introduce la definizione di contratto di credito collegato (art.121, comma 1, lettera d), vale a dire un contratto di credito finalizzato esclusivamente a finanziare la fornitura di un bene o la prestazione di un servizio specifici se ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) – il finanziatore si avvale del fornitore del bene o del prestatore del servizio per promuovere o concludere il contratto di credito; b) – il bene o il servizio specifici sono esplicitamente individuati nel contratto di credito;

\* disciplina la responsabilità del finanziatore, in caso di inadempimento del fornitore, stabilendo che il consumatore, dopo aver inutilmente effettuato la costituzione in mora del fornitore, ha diritto alla risoluzione del contratto di credito se, con riferimento al contratto di fornitura, ricorrono le condizioni di cui all'art.1455 cc.

In definitiva la risoluzione del contratto di credito opera solo in presenza di due condizioni:

- che il consumatore abbia effettuato la costituzione in mora del fornitore;
- se, con riferimento al contratto di fornitura, ricorrono, come sopra detto, le condizioni di cui all'art.1455 cc, vale a dire qualora l'inadempimento del fornitore non sia di “scarsa importanza”, avuto riguardo all'interesse del consumatore.

Le conseguenze della risoluzione del contratto di credito sono le seguenti (art.125 quinquies, comma 2):

- obbligo del finanziatore di rimborsare al consumatore le rate già pagate, nonché ogni altro onere eventualmente applicato;
- NON comporta l'obbligo del consumatore di rimborsare al finanziatore l'importo che sia stato già versato al fornitore;
- il finanziatore ha il diritto di ripetere detto importo nei confronti del fornitore stesso.

E' quindi da rilevare che, rispetto alla disciplina previgente, ai fini della sussistenza della responsabilità del finanziatore viene meno la condizione del c.d. "vincolo di esclusiva" di cui all'art.42 del Codice del consumo, articolo che è stato, appunto, abrogato dall'art.3 del decr. legsl. in commento.

Tale modifica tiene conto di pronunce giurisprudenziali aventi ad oggetto disposizioni comunitarie riguardanti la responsabilità del finanziatore per inadempimento del fornitore nell'ambito dei contratti collegati: vedasi Corte di Giustizia delle Comunità europee (sentenza 23 aprile 2009 in causa C-509/07), che ha ritenuto che la norma italiana che disciplina la fattispecie (il menzionato art.42 Codice del consumo) NON possa condizionare e subordinare il diritto del consumatore di ottenere la risoluzione del finanziamento a fronte dell'inadempimento del fornitore/venditore, nonché la restituzione delle somme già versate, all'esistenza di un rapporto di "esclusiva" tra venditore/fornitore e finanziatore.

#### Modifiche alle disposizioni del TUB

Il **TITOLO II** del decreto interviene anche sulla disciplina della trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari per riordinare e coordinare l'intera materia, realizzando due ordini di intervento.

Il primo funzionale a modificare le disposizioni del Titolo VI del TUB, nella direzione di apportare chiarimenti interpretativi ovvero di accentuare la tutela della clientela.

Il secondo finalizzato a ricondurre nel medesimo Titolo VI, anche nell'ottica del coordinamento complessivo delle disposizioni, provvedimenti adottati negli anni precedenti dal legislatore in tema di operazioni e servizi bancari.

\* Circa le modifiche riguardanti la tutela della clientela riterrai in questa sede di limitarmi a illustrare sinteticamente la modifica a mio avviso più rilevante, vale a dire la seguente.

Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali (art.118), c.d. "jus variandi" (Si indica generalmente con l'espressione jus variandi il diritto (potestativo) di una delle parti contraenti di modificare il contratto mediante una manifestazione unilaterale di volontà).

#### Modifiche al comma 1 dell'art.118

Viene sostituita nella parte iniziale del comma la locuzione "contratti di durata" con la locuzione "**contratti a tempo indeterminato**", ciò nell'intento di chiarire la portata della locuzione "contratti di durata" ampiamente dibattuta in sede interpretativa e le modalità con cui può trovare applicazione il jus variandi con riferimento alle diverse tipologie di contratti di durata. Quindi il comma 1 così come modificato prevede che:

*"Nei **contratti a tempo indeterminato** può essere convenuta, con clausola approvata specificamente dal cliente, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo. Negli altri **contratti di durata** la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse, sempre che sussista un giustificato motivo".*

Da ciò si evince che la locuzione "contratti di durata" comprende nell'ambito dell'art.118 TUB tanto i contratti "a tempo indeterminato" quanto i contratti "a tempo determinato", ancorchè la natura limitata nel

tempo dei contratti a tempo determinato fa sì che l'esercizio del *jus variandi* NON sia ammesso con riferimento ai tassi di interesse.

Sempre restando nel comma 1 altra modifica attiene all'inciso "*le altre condizioni previste dal contratto*", locuzione che sostituisce "*le altre condizioni di contratto*": l'obiettivo di tale sostituzione sta nell'intento del legislatore di ribadire quanto già enunciato dal Ministero dello Sviluppo Economico con la menzionata Nota del 21 febbraio 2007, vale a dire che le modifiche unilaterali di cui all'art.118 NON possono comportare l'introduzione di clausole ex novo, bensì solo la variazione di quelle già previste e contemplate nel contratto.

Ovviamente la proposta di modifica unilaterale delle condizioni del contratto, sia esso a tempo determinato o indeterminato, può essere formulata dalla banca e/o intermediario solo al ricorrere di un giustificato motivo.

#### Modifiche al comma 2 dell'art.118

Il comma 2 viene dal decreto in commento innovato sia stabilendo un diverso termine di preavviso, sia regolando l'ipotesi dei rapporti al portatore.

Termine di preavviso: prima della modifica era di 30 giorni, termine che viene elevato a **due mesi**, facendolo così coincidere con il termine minimo che deve essere concesso al cliente per recedere dal contratto (evidentemente era poco coerente che il cliente venisse informato 30 giorni prima e avesse facoltà di recedere nei 60 giorni).

Ne consegue che la banca può applicare le nuove condizioni decorso il termine di due mesi allorchè il cliente non abbia esercitato il recesso.

Quanto ai rapporti al portatore il nuovo comma 2 prevede che la comunicazione è effettuata secondo le modalità stabilite dal CICR.

**NOTA BENE:** è da rilevare una ulteriore e successiva modifica all'art.118 in questione, apportata dall'**art.8 del decreto legge 13 maggio 2011 n.70 c.d."Decreto Sviluppo"** "*Prime disposizioni urgenti per l'economia*", come modificato dalla legge di conversione **12 luglio 2011 n.106**.

Detta modifica ha inserito dopo il comma 2 dell'art.118 il seguente comma 2-bis:

**«2-bis. Se il cliente non è un consumatore né una micro-impresa come definita dall' articolo 1, comma 1, lettera t), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, nei contratti di durata diversi da quelli a tempo indeterminato di cui al comma 1 del presente articolo possono essere inserite clausole, espressamente approvate dal cliente, che prevedano la possibilità di modificare i tassi di interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto».**

In sostanza quest'ultima modifica, inserita dalla legge di conversione del Decreto Sviluppo, dovrebbe poter essere interpretata come una norma meramente ricognitiva di un potere già in capo alle parti alla luce della disciplina generale dei contratti e quindi se il cliente non è un consumatore, né una micro-impresa, nei contratti di durata a tempo determinato (e quindi anche nei mutui), possono essere negoziabilmente individuate, con clausole espressamente approvate dal cliente, ipotesi al ricorrere delle quali le condizioni contrattuali possono essere modificate (sembra di capire non solo il tasso di interesse).

In tale evenienza la banca dovrà comunicare al cliente il ricorrere di una delle ipotesi negoziabilmente previste e, in conseguenza, la decisione di avvalersi della possibilità di variare le condizioni contrattuali nella misura prevista nel contratto.

Non è peraltro del tutto chiaro se la fattispecie integri un vero e proprio *jus variandi* e se, di conseguenza, debba o meno essere data la possibilità al cliente di recedere dal contratto: ciò perché detta variazione è, appunto, una delle ipotesi negoziali predeterminate ed in precedenza concordate in contratto.

\* **Recepimento nel TUB di disposizioni contenute in altri precedenti provvedimenti legislativi**

Sempre in base alla delega contenuta nella menzionata legge comunitaria 2008, vengono fatte confluire nel TUB altre disposizioni emanate negli anni precedenti in materia di operazioni e servizi bancari, contenute in provvedimenti speciali. Si tratta di:

- recesso dai contratti (di durata) a tempo indeterminato, di cui al nuovo **art.120 bis**, che recepisce i contenuti del decreto legge n.223 del 2006, convertito con modifiche dalla legge n.248 del 2006 (è al riguardo da precisare che il decreto legge n.223 si riferiva ai “contratti di durata”, mentre a seguito della modifica in discorso l’art.120 bis fa invece riferimento ai “contratti a tempo indeterminato”);
- estinzione anticipata dei mutui immobiliari, di cui al nuovo **art.120 ter**, che recepisce i contenuti del decreto legge n.7 del 2007, convertito con modifiche dalla legge n.40 del 2007, in particolare gli articoli 7, commi 1 e 2, nonché l’art.13, comma 8;
- surroga nei contratti di finanziamento – portabilità, di cui al nuovo **art.120 quater**, che recepisce le pertinenti disposizioni di cui al menzionato decreto legge n.7 del 2007, articoli 8 e 13, nonché di cui al decreto legge n.185 del 2008, convertito con modifiche dalla legge n.2 del 2009, art.2;
- cancellazione delle ipoteche, di cui al nuovo **art.40 bis**, che recepisce l’art.13 del predetto decreto legge n.7 del 2007 (modifica introdotta dall’art.5 del decr. legsl. in commento). Trattasi della c.d. “cancellazione semplificata” delle ipoteche, contenuta ora nel citato art.40 bis TUB.

E’, infine, da precisare che le **norme di attuazione del decr. legsl. n.141 del 2010** in esame sono state emanate con i seguenti provvedimenti secondari:

\* **Decreto 3 febbraio 2011 del Ministero dell’Economia e delle Finanze (quale Presidente del CICR) “Determinazioni in materia di credito ai consumatori”**, (in Gazz. Uff. n.29 del 5 febbraio 2011), con cui il CICR in persona del Presidente ha delegato Banca d’Italia alla definizione delle regole relative alle nuove previsioni del TUB in materia di credito ai consumatori e all’aggiornamento della disciplina di trasparenza.

\* **Provvedimento 9 febbraio 2011 della BANCA D’ITALIA “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti – Recepimento della Direttiva sul credito ai consumatori”** (in Gazz. Uff. n.38 del 16 febbraio 2011 – Suppl. Ordinario n.40).

Al riguardo mi limiterei a notare come tali disposizioni secondarie della Banca d’Italia hanno riguardato essenzialmente le disposizioni connesse con le nuove previsioni in materia di credito ai consumatori.

Non senza tralasciare di segnalare una, a mio avviso, importante e rilevante precisazione della Banca d’Italia, che è stata espressa nei seguenti termini dallo stesso Governatore Mario Draghi:

*“La nuova disciplina del TAEG, che attua quanto previsto dalla direttiva 2008/48/CE, si estende, in virtù di quanto stabilito dalla sezione II, paragrafo 8, del provvedimento del 29 luglio 2009, a tutti i finanziamenti per i quali è richiesta la pubblicità di un indicatore sintetico di costo. Si rammenta che il TAEG ha una funzione diversa dal tasso effettivo globale medio (TEGM) previsto dalla legge n.108/1996 in materia di usura ai fini della determinazione dei tassi soglia, con la conseguenza che i due parametri hanno basi di calcolo non necessariamente coincidenti”.*

E’ evidente l’importanza di tale precisazione in ordine alla *vexata quaestio* della omogeneità delle basi di calcolo nella verifica del superamento o meno dei tassi soglia di usura.

**7. Profili della normativa antiusura - Commissioni di remunerazione degli affidamenti e sconfinamenti – Nuovo art.117-bis TUB – Delibera CICR n.644 del 30 giugno 2012**



### Il sistema normativo antiusura e la questione relativa al computo della CMS

Con riferimento alla problematica afferente l'applicazione della legge antiusura ed in particolare la metodologia di verifica del rispetto del c.d. "tasso soglia" è da osservare sinteticamente quanto segue.

Anzitutto si ricorda che i criteri di rilevazione stabiliti dalla legge "antiusura" n.108 del 1996 – divenuta operativa a partire dall'aprile 1997 – sono i seguenti.

L'art.2 prescrive che il Ministero dell'Economia rilevi il tasso effettivo globale medio (TEGM) per categorie di operazioni omogenee, il quale, maggiorato del 50% costituisce "il limite" oltre il quale gli interessi sono sempre usurari.

Per la rilevazione del TEGM il Ministero si avvale della Banca d'Italia che, a tal fine, ha disposto, mediante proprie Istruzioni, apposite segnalazioni trimestrali da parte delle banche e degli intermediari non bancari.

A costituire il c.d. "tasso-soglia" concorrono (ex art. 644 cp) non solo gli interessi in senso tecnico-giuridico, ma anche le "commissioni, remunerazioni e le spese collegate all'erogazione del credito".

Il problema del computo della CMS nel calcolo del TEGM: al riguardo è sorto, come noto, il problema di individuare quale "addendo" rientri nel calcolo del costo del credito ai fini di stabilire il tasso-soglia, in particolare se vi debba rientrare o meno la C.M.S., che non è un interesse.

Come altrettanto noto i decreti ministeriali e le Istruzioni Bankitalia (ciò fino all'entrata in vigore della legge 28 gennaio 2009 n.2, di cui *infra*) escludono espressamente che la CMS vi rientri.

Il tasso effettivo globale medio viene fissato, come sopra detto, con decreto ministeriale, il quale recepisce i criteri indicati dalla Banca d'Italia nelle proprie Istruzioni.

In effetti sono sorte divergenze interpretative, generate anche dal fatto che Bankitalia nelle proprie Istruzioni provvedeva a rilevare separatamente la misura della CMS, senza tuttavia, come sopra evidenziato, che essa venisse inserita ai fini del calcolo del TEGM.

Si sostiene pertanto che nella verifica del superamento del tasso soglia non si possa tener conto della CMS proprio per tale ragione, vale a dire che sia le Istruzioni Bankitalia, sia i Decreti ministeriali la escludono dal computo, mentre da altre parti si evidenziavano perplessità e/o critiche sull'operato della Banca d'Italia, ritenendosi che dovesse invece rientrare anche tale voce nella "remunerazione a qualsiasi titolo" di cui fa menzione l'art.2 della legge n.108 del 1996, proprio perché si tratterebbe di un onere che il cliente sopporta in connessione con l'utilizzo del credito.

A mio avviso la tesi più corretta al riguardo è quella dell'esclusione della CMS dal computo e, ciò, per plurime ragioni:

\* la prima: i decreti ministeriali che, come sopra precisato, fissano il tasso effettivo globale medio, costituiscono atti di "alta amministrazione", in ordine ai quali la discrezionalità amministrativa dell'autorità emanante è assai ampia e, dunque, ne risulta incompatibile l'ipotesi di una loro "disapplicazione" da parte dell'autorità giudiziaria;

\* la seconda: si deve considerare che, ammesso e non concesso che si possano disapplicare i decreti ministeriali in discorso, l'effetto sarebbe quello di non disporre più di un parametro oggettivo di riferimento, perché difetterebbero i dati in base ai quali calcolare il tasso effettivo globale medio e relativa soglia e, ciò, è palesamente inammissibile;

\* la terza: l'eventuale ipotetica "disapplicazione" dei decreti ministeriali, che integrano la fattispecie penale, parzialmente "in bianco", significa disattendere il fondamentale principio di legalità in materia penale e quindi non è ammissibile;

\* la quarta: la tesi contraria è comunque erronea sol che si consideri che se il limite generale (tasso soglia) è stabilito sulla base della somma di certi fattori, NON è certamente possibile verificare, nel singolo caso concreto, l'eventuale superamento di quel limite tenendo, invece, conto di fattori e/o addendi (ad esempio la CMS) espressamente esclusi in sede di rilevazione della media di sistema (tasso effettivo globale medio).

L'art 2-bis del dl n.185/2008 inserito dalla legge di conversione n.2 del 28 gennaio 2009

A dirimere la questione è, come noto, intervenuta la legge 28/01/2009 n.2 che, innovando espressamente per l'avvenire (a far tempo dal 150mo giorno successivo all'entrata in vigore), ha stabilito che la CMS deve essere computata nel calcolo del tasso effettivo globale medio anche al fine del calcolo del tasso-soglia.

Quindi la Banca d'Italia ha in tal senso adeguato le Istruzioni e, dunque, secondo quanto previsto nelle Istruzioni dell'agosto 2009, continuano a rimanere in vigore fino al 31 dicembre 2009 i precedenti criteri indicati nelle Istruzioni del 2006, mentre le nuove modalità di calcolo si applicano solamente a partire dal trimestre gennaio-marzo 2010.

Né può discutersi fondatamente sull'applicabilità anche retroattiva delle disposizioni di cui alla citata legge n.2 del 2009 e relative Istruzioni Bankitalia dell'agosto 2009 di cui sopra.

Evidentemente tale nuova disciplina sulla computabilità della CMS non si può applicare prima della sua entrata in vigore, NON avendo la stessa valenza di interpretazione autentica per il periodo pregresso.

Al riguardo è facile rilevare che:

\* l'art.2-bis, comma 2, ha previsto l'inclusione della CMS, precisando, peraltro, che: *“il limite previsto dal terzo comma dell'art.644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono usurari, resta regolato dalla disciplina vigente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto fino a che la rilevazione del tasso effettivo globale medio non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni”*;

\* le Istruzioni di Bankitalia dell'agosto 2009 hanno confermato che (anche) nel periodo transitorio resta esclusa dal calcolo del tasso effettivo globale la CMS (vedasi punto D1 “Periodo transitorio”);

\* l'irretroattività della nuova disciplina è dimostrata anche dalla circostanza che la stessa ha imposto l'adeguamento, successivo all'entrata in vigore della legge, dei contratti in corso di esecuzione (art.2, comma 3): ciò evidentemente non avrebbe avuto alcun senso per una disciplina retroattiva.

Quanto sopra lo scrivente ha inteso precisare e ricordare, seppure *ad abundantiam*, proprio a conferma, seppur ve ne fosse bisogno, del fatto che, come sopra già illustrato, NON è logicamente possibile paragonare due dati non omogenei, vale a dire il tasso effettivo globale della singola operazione bancaria, calcolato includendo la CMS, con il tasso effettivo globale medio e relativa soglia, fissati dai decreti ministeriali senza includere detta CMS.

La modifica della legge n.108 del 1996

E' altresì da segnalare che successivamente è stata modificata la legge “antiusura” n.108 del 1996, cambiando i criteri per la determinazione del tasso soglia.

Infatti **l'art.8, comma 5, lettera d)**, del **decreto legge 13 maggio 2011 n.70**, convertito, con modifiche, dalla legge 12 luglio 2011 n.106 (il già più sopra menzionato “Decreto Sviluppo”) ha modificato radicalmente il comma 4 dell'art.2 della legge n.108, il quale così conseguentemente recita:

***“Il limite previsto dal terzo comma dell'art.644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale ai sensi del comma 1 relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali. La differenza tra il limite e il tasso medio non può essere superiore a otto punti percentuali”***.

Commissioni di remunerazione degli affidamenti e sconfinamenti - Il decreto “Salva Italia” e il nuovo art.117-bis TUB

Successivamente è intervenuto l'**art.6 bis** della legge di stabilità finanziaria (legge 22 dicembre 2011 n.214), che converte il c.d. “Decreto Salva Italia” (decreto legge n.201 del 2011), reca una dettagliata disciplina della remunerazione spettante alle banche con riferimento agli affidamenti e agli sconfinamenti, in relazione ai contratti di apertura di credito e di conto corrente.

A tal fine viene introdotto il nuovo art.117 bis nel TUB.

Devesi altresì precisare che il tenore del predetto nuovo art.117-bis è stato modificato dal successivo decreto legge 24 marzo 2012 n.29, convertito, con modifiche, dalla legge 18 maggio 2012 n.62.

In sostanza nel testo definitivo del predetto art.117-bis si prevede (comma 1) che gli unici oneri a carico del cliente per i contratti di apertura di credito siano costituiti da:

- \* una “**commissione di affidamento**” o “commissione di messa a disposizione fondi”, onnicomprensiva, calcolata proporzionalmente rispetto alla somma messa a disposizione del cliente e alla durata dell'affidamento;
- \* un tasso di interesse debitore calcolato sulle somme prelevate;
- \* l'ammontare della commissione non può essere superiore allo 0,5%, per trimestre, della somma messa a disposizione (tetto massimo).

Il comma 2 del nuovo art.117 bis del TUB in discorso, poi, disciplina gli oneri a carico del cliente a fronte di sconfinamenti in assenza di affidamento, ovvero oltre il fido. In tale ipotesi è prevista l'applicazione, quali unici oneri a carico del cliente:

- \* di una “**commissione di istruttoria veloce**” determinata in misura fissa, espressa in valore assoluto, commisurata ai costi;
- \* un tasso di interesse debitore sull'ammontare dello sconfinamento.
- \* Viene previsto che il CICR adotta disposizioni applicative in merito alle disposizioni di cui sopra;
- \* sono nulle le clausole che stabiliscono oneri diversi e/o non conformi alle nuove disposizioni; nullità comunque parziale che non comporta la nullità del contratto.

Del resto la nullità di clausole inserite nei contratti bancari in violazione delle disposizioni applicative dell'art.117-bis TUB quali adottate dal CICR era ed è stata espressamente ribadita dall'art.27-bis del decreto legge 24 gennaio 2012 n.1, convertito dalla legge 24 marzo 2012 n.27, come successivamente modificato dal già menzionato decreto legge 24 marzo 2012 n.29, convertito, con modifiche, dalla legge 18 maggio 2012 n.62, che così testualmente ha disposto:

*“1. Sono nulle tutte le clausole comunque denominate che prevedano commissioni a favore delle banche a fronte della concessione di linee di credito, della loro messa a disposizione, del loro mantenimento in essere, del loro utilizzo anche nel caso di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido, stipulate in violazione delle disposizioni applicative dell'articolo 117-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, adottate dal Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio al fine di rendere i costi trasparenti e immediatamente comparabili.”*

Delibera CICR n.644 del 30 giugno 2012

E' anzitutto da notare che la nuova normativa (art.27, comma 4, della citata legge n.27 del 2012) ha bandito definitivamente dal nostro ordinamento la CMS, in favore di un regime commissariale unico, basato, da una parte sulla “*Commissione di affidamento*” o “Commissione di messa a disposizione fondi”, commisurata all'ammontare della somma messa a disposizione del cliente, e, d'altra parte, sulla “*Commissione di istruttoria veloce*” per consentire la remunerazione degli sconfinamenti in assenza ovvero oltre i limiti del fido, sia pure nei limiti del costo sostenuto dalla banca per l'istruttoria veloce medesima.

Si precisa che la normativa si applica:

- \* nei rapporti con i consumatori;
- \* ed in quelli con soggetti diversi dai consumatori;
- \* ai contratti di apertura di credito di cui all'art.1842 cc;
- \* ai contratti di conto corrente non assistiti da apertura di credito;
- \* agli sconfinamenti a valere su carte di credito;
- \* agli affidamenti e sconfinamenti sui conti di pagamento di cui all'art.114-octies, comma 1, lettera a), TUB.

Per ogni altro contratto (ad esempio contratto di anticipi al sbf, anticipo fatture, sconto di carta commerciale) deve dunque ritenersi che le parti siano in via di principio libere di determinare il contenuto economico del rapporto in base ai principi generali vigenti, senza che venga in applicazione la nuova e specifica disciplina qui in esame.

La “Commissione di affidamento” assorbe ogni altro onere a carico del cliente diverso dal tasso applicato sulle somme effettivamente utilizzate.

La misura della commissione, che non può che essere calcolata sull'intera somma messa a disposizione al momento della conclusione del contratto, dev'essere proporzionale alla somma messa a disposizione, alla durata dell'affidamento e non può superare lo 0,5% di detta somma per ciascun trimestre.

L'intendimento della normativa è quello di ottenere una struttura di costo alquanto semplice, di facile confrontabilità e predeterminabile *ex ante*, con due sole voci di costo: interessi e commissione.

Il Decreto dle CICR precisa poi, per fugare ogni possibile dubbio, che restano invece percepibili dalla banca le imposte, le spese notarili, gli oneri conseguenti a inadempimento del cliente, le spese per l'iscrizione dell'ipoteca, le spese a fronte di servizi di pagamento per l'utilizzo dell'affidamento.

La “Commissione d'istruttoria veloce” (CIV) deve essere determinata, per ciascun contratto, in misura fissa ed espressa in valore assoluto.

Possono essere applicate commissioni di importo diverso a contratti diversi, anche a seconda delle tipologia di clientela.

Nei contratti con soggetti diversi dai consumatori possono essere applicate, nello stesso contratto, commissioni differenziate a seconda dell'importo dello sconfinamento, se questo è superiore a 5.000,00= euro; non possono essere previsti più di tre scaglioni di importo.

Inoltre la CIV non deve eccedere i costi mediamenti sostenuti dalla banca per svolgere l'istruttoria.

In ogni caso la CIV non è dovuta qualora lo sconfinamento in assenza di fido da parte di un consumatore non superi i 500 euro nell'ambito di ciascun trimestre e non si protragga per più di sette giorni consecutivi.

Inoltre è da ritenere, a mio avviso, degna di particolare rilievo, tra le disposizioni finali del Decreto del CICR in discorso, quella di cui all'art.5, comma 3, in base alla quale:

***“Rimane fermo quanto stabilito ai sensi dell'articolo 120 del TUB e della delibera CICR del 9 febbraio 2000 recante “Modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi scaduti nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria e finanziaria””.***

Per concludere il presente paragrafo è da rilevare, infine, quanto segue.

\* I commi 1 e 3 dell'art.2-bis della legge n.2 del 28 gennaio 2009 (di conversione del decreto legge 29 novembre 2008 n.185) sono stati espressamente abrogati dall'art.27, comma 4, della legge 24 marzo 2012 n.27 (di conversione del decreto legge 24 gennaio 2012 n.1), con ciò abolendo, come sopra detto, la CMS.

\* Il predetto art.27, comma 2, della menzionata legge n.27 del 2012 stabilisce che la “complessa disciplina” sulla remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti entra in vigore il **1°luglio 2012** e così anche il Decreto CICR del 30 giugno 2012 in questione entra in vigore sotto la stessa data del 1°luglio 2012.

#### **8. Provvedimento Banca d'Italia 15 luglio 2015 “Disposizioni in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”**

Nella Gazz. Uff. del 29 luglio 2015 n.174 è stato pubblicato il Provvedimento Bankitalia di data 15 luglio 2015 di aggiornamento e revisione della disciplina di trasparenza.

La revisione delle disposizioni in materia di trasparenza ha rappresentato l'occasione per recepire le innovazioni normative intervenute nei precedenti anni (ad esempio nell'ambito dei servizi di pagamento, del credito ai consumatori, dei conti di base), per realizzare una semplificazione dei documenti informativi (cercando di calibrare meglio la quantità e la qualità delle informazioni rese al cliente) e per fornire chiarimenti sulla disciplina.

Oggi la trasparenza è divenuto uno dei principi cardine dell'attività di vigilanza, sicchè, oltre che un mezzo per assicurare una sana e prudente gestione, costituisce un'autonoma attribuzione dell'Autorità di Vigilanza.

Le nuove disposizioni sono entrate in vigore in data 1°ottobre 2015.

Il provvedimento in discorso introduce alcune novità che determinano alcuni cambiamenti significativi, che si possono sintetizzare in quattro “macropunti”, quali i seguenti.

##### **1. Trasferimento dell'ISC dal “Documento di sintesi” (DDS) all'estratto conto**

Per alcuni prodotti più diffusi presso la clientela al dettaglio, vale a dire conti correnti e mutui, sono state previste regole diverse e più stringenti al fine di agevolare il confronto tra le condizioni economiche offerte dalle diverse banche.

La confrontabilità con le offerte degli altri intermediari è infatti agevolata dall'uso dell'Indicatore Sintetico di Costo (ISC) per i conti correnti ed affidamenti destinati alla clientela al dettaglio e di un Tasso Annuo Effettivo Globale (TAEG) per i mutui, anticipazioni bancarie, aperture di credito e altri finanziamenti compreso il credito al consumo.

L'ISC e il TAEG, calcolati secondo modalità standard predefinite da Banca d'Italia, rappresentano, quindi, indicativamente il costo complessivo del prodotto su base annua.

Per quanto riguarda i conti correnti, dunque, in relazione all'indicatore di costo suddetto, la nuova disciplina sulla trasparenza prevede lo spostamento dell'esposizione dell'ISC dal Documento di Sintesi periodico di fine anno all'**estratto conto di fine anno**.

Ne deriva, in conclusione, che l'ISC risulterà riportato sia sul Foglio Informativo (FI) che sull'estratto conto di fine anno.

Il TAEG risulta riportato sul Foglio Informativo e anche sul Documento di Sintesi.

## 2 . Distinzione tra “Consumatori” e “Non consumatori”

Tale distinzione fa riferimento sia ai prodotti che possono essere offerti a ciascun gruppo di clientela, sia alle modalità di comunicazione delle informazioni che devono essere fornite in fase pre-contrattuale, contrattuale e post-contrattuale.

In particolare nei Fogli informativi e nei Documenti di sintesi redatti per i Consumatori, i servizi accessori (es. carte di pagamento; servizi di pagamento, bonifici, utenze; servizi telematici) e le relative condizioni economiche devono essere ben distinti e identificabili (c.d. “spezzatura dei servizi accessori”), riportandone le condizioni relative in uno o più Fogli informativi concernenti i soli servizi accessori.

In sostanza la banca deve mettere a disposizione della clientela dei consumatori – oltre al Foglio informativo relativo al contratto di conto corrente – un fascicolo c.d. ”Fascicolo Informativo”, contenente i Fogli informativi di tutti i servizi accessori offerti insieme al conto.

Invece nei Fogli informativi destinati alle aziende permangono assieme anche le informazioni e condizioni economiche dei servizi accessori.

## 3 . Possibilità della banca di scegliere se inviare o meno il Documento di sintesi (DDS) periodico a fine anno nel caso di assenza di variazioni significative e, d'altro lato, la possibilità del cliente di avere in seguito il DDS aggiornato

Come noto il DDS, datato e progressivamente numerato, aggiorna quello unito al contratto e riporta le condizioni economiche in vigore e le condizioni modificate rispetto alla comunicazione precedente sono riportate con una specifica evidenza grafica (es. in grassetto).

La nuova disciplina sulla trasparenza stabilisce che, se le condizioni economiche in vigore non sono variate rispetto alla comunicazione precedente (a tal proposito si evidenzia che non devono essere considerate le variazioni fisiologiche del parametro e del bollo), l'invio o la consegna del DDS possono essere omessi a condizione che:

\* in qualsiasi momento del rapporto il cliente possa ottenere gratuitamente dalla banca copia del DDS con le condizioni economiche in vigore;

\* il cliente che abbia scelto il regime di comunicazioni telematiche possa accedere al DDS aggiornato, in qualsiasi momento, tramite il sito web della banca o ottenerne tempestivamente copia per posta elettronica.

## 4 . Necessità di esporre nel DDS l'elenco delle causali che danno origine a scrittura contabile e ad un onere economico

Al fine di rendere il cliente maggiormente consapevole dei costi e delle spese che dovrà sostenere nel corso del rapporto, la nuova normativa sulla trasparenza rileva la necessità di evidenziare, nel DDS periodico, le causali che danno, appunto, origine ad una scrittura contabile e ad un onere economico.

L'evidenziazione di tali causali può avvenire attraverso due modalità:

\* elencare solo le causali che non danno origine ad alcuna scrittura contabile e, quindi, che non generano alcun onere economico: in questo caso è implicito che tutte le altre causali generino un onere economico;

\* specificare un elenco dettagliato di causali che danno origine a scritturazione contabile cui corrisponde un onere economico.

Altri aspetti rilevanti sono i seguenti

Istituzione delle “Guide pratiche” contenenti informazioni su singoli prodotti (conto corrente; mutui ipotecari), in sostituzione del documento “Principali diritti del cliente” che viene eliminato.

Istituzione del “Conto di base”, in sostituzione del c.d. “conto corrente semplice”. Tale nuovo conto include, a fronte di un canone annuale onnicomprensivo, un numero determinato di operazioni di scritturazione contabile e di servizi.

### **Contenuto dei contratti (Sez. III, punto 3, Istruzioni)**

Con riferimento ai contratti è da segnalare particolarmente quanto segue:

- \* viene soppresso ogni riferimento alla **Delibera CICR del 9 febbraio 2000** in tema di anatocismo;
- \* viene, invece, richiamato **l’art.120 TUB** nel testo così sostituito dall’art.1, comma 629, della legge 27 dicembre 2013 n.147, a decorrere dal 1° gennaio 2014 (come meglio *infra* illustrato);
- \* viene eliminata la possibilità di approvare specificamente clausole aventi ad oggetto l’anatocismo.

**Come segnalato devesi, dunque, rimarcare che le nuove Istruzioni Bankitalia, NON richiamano più la Delibera CICR del 9 febbraio 2000.**

NON è chiaro se la soppressione di tale riferimento sia dovuta al fatto che Bankitalia avesse ritenuto abrogata detta delibera ovvero abbia voluto evitare che le Istruzioni in questione contenessero riferimenti che avessero potuto in seguito risultare superati nel momento in cui fosse stata emanata la nuova delibera da parte del CICR prevista dal citato art.120 TUB.

Stando così le cose riterrei opportuno esporre sintetici cenni sulla annosa questione relativa all’**“anatocismo”** nei rapporti bancari.

Al riguardo sembra il caso di ripercorrere, in estrema sintesi, l’evoluzione giurisprudenziale e normativa riguardante la questione della legittimità dell’anatocismo nei rapporti bancari.

L’art.1283 del cc, norma che ha carattere imperativo ed inderogabile, determina i presupposti di operatività dell’anatocismo, facendo, però, salvi gli *“usi contrari”*, da intendersi esclusivamente quali usi **“normativi”**, ex artt. 1 e 8 delle disposizioni preliminari del cc.

Con le note sentenze innovative della **Cassazione 16 marzo 1999 n.2374** e **30 marzo 1999 n.3096** la Suprema Corte ha, infatti, affermato che la capitalizzazione trimestrale degli interessi non corrisponde ad alcun uso normativo, ma ad un semplice uso *“negoziale”*, inidoneo quindi ad integrare la previsione dell’art.1283 cc, con conseguente nullità della relativa pattuizione.

A seguito della menzionata giurisprudenza della Cassazione era, quindi, intervenuto il legislatore con una disciplina volta, per un verso, a *“coprire”* il passato e, per l’altro, a regolare il futuro.

Con **l’art.25 del decr. legis. 4 agosto 1999 n.342**, infatti, il Governo, avvalendosi di una delega conferitagli in precedenza, aveva modificato **l’art.120 del T.U.B.** come segue.

Il secondo comma legittimava in via definitiva la produzione di interessi sugli interessi nelle operazioni bancarie, demandando al CICR il compito di stabilirne modalità e criteri, con il limite che *“nelle operazioni in conto corrente”* venga *“assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori che creditori”*.

Il terzo comma introduceva una norma transitoria per convalidare (retroattivamente) e sanare la nullità delle clausole anatocistiche contenute nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera che il CICR avrebbe emanato in base al secondo comma di cui sopra (c.d. “primo intervento salvabanche”).

Peraltro la **Corte Costituzionale**, con sentenza del **17 ottobre 2000 n.425**, aveva tempestivamente dichiarato l’illegittimità costituzionale del –solo- terzo comma dell’art.25 del decr. legsl. n.342 del 1999, per eccesso di delega.

Nel frattempo il **CICR** era intervenuto con la nota **Delibera del 9 febbraio 2000** – entrata in vigore il successivo 22 aprile 2000 – per regolamentare l’anatocismo nelle operazioni bancarie, in attuazione di quanto come sopra previsto dal modificato art.120 del T.U.B. comma 2.

Le conseguenze di tutto quanto sopra erano le seguenti.

Per i contratti bancari stipulati dopo il 22 aprile 2000, le banche hanno adeguato le clausole contrattuali alle modalità e criteri stabiliti dal CICR con la predetta delibera del 9 febbraio 2000, vale a dire prevedendo contrattualmente la omogeneità della periodicità (mensile; trimestrale; semestrale) di capitalizzazione nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori.

Per il periodo anteriore al 22 aprile 2000, cioè per i contratti stipulati prima di tale data, rimaneva dunque impregiudicato il rilievo della nullità delle clausole di capitalizzazione, dal momento che, come sopra detto, la Corte Costituzionale aveva sancito l’illegittimità costituzionale del terzo comma dell’art.25 del decr. legsl. n.342 del 1999 (comma che aveva l’intendimento di sanare per il passato e cioè retroattivamente la nullità delle clausole anatocistiche, come sopra visto).

E’ poi da ricordare che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza 4 novembre 2004 n.21095, hanno confermato la nullità delle clausole in discorso, inserite nei contratti bancari stipulati anteriormente all’entrata in vigore della nuova disciplina sopra illustrata.

Da menzionare una ulteriore e successiva vicenda legislativa, vale a dire la Legge 26 febbraio 2011 n.10, art.2, comma 61, (legge Milleproroghe), c.d. “secondo intervento salvabanche”, che così prevedeva:

*“In ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l’articolo 2935 del codice civile si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall’annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell’annotazione stessa. In ogni caso non si fa luogo alla restituzione di importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”.*

La norma peraltro è stata dichiarata incostituzionale con sentenza n.78 del 2012 della Corte Costituzionale.

A seguito di ciò si è giunti ad un nuovo, recente, intervento legislativo con l’**art.1, comma 629, della legge 27 dicembre 2013 n.147 (Legge di Stabilità per il 2014)**, entrata in vigore il 1° gennaio 2014, con cui è stato ulteriormente innovato l’**art.120, comma 2, TUB** nei termini che seguono:

**“ 2. Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell’esercizio dell’attività bancaria, prevedendo in ogni caso che:**

- a) nelle operazioni in conto corrente sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori;**
- b) gli interessi periodicamente capitalizzati non possano produrre interessi ulteriori che, nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale.”.**

Al riguardo si osserva che detta norma ha demandato ancora al CICR di stabilire modalità e criteri per la “produzione di interessi” nelle operazioni bancarie, prevedendo comunque una significativa modifica



limitativa rispetto alla norma originaria, che disponeva, invece, la legittimità dell'anatocismo alla sola condizione che gli interessi attivi e passivi fossero capitalizzati con la stessa periodicità

(Solo per completezza è il caso di ricordare che con l'art.31 del Decreto Legge n.91 del 24 giugno 2014 si è provato a modificare ancora una volta il testo dell'art.120 TUB, tentando di legittimare nuovamente la capitalizzazione –annuale- degli interessi, ma, in sede di conversione del decreto con la legge 11 agosto 2014 n.116, tale disposizione è stata stralciata e abrogata, con la conseguenza che è stata ripristinata la situazione normativa anteriore, vale a dire quella di cui alla predetta Legge di Stabilità per il 2014, con il testo dell'art.120, comma 2, TUB sopra riportato).

#### **NOTA BENE:**

nonostante il tempo trascorso dall'entrata in vigore della Legge di Stabilità (1° gennaio 2014) **non è stata adottata la normativa di attuazione, vale a dire la Delibera del CICR** prevista dal nuovo testo dell'art.120 TUB, anche se nell'agosto 2015 la Banca d'Italia ha posto in consultazione la relativa proposta di delibera da sottoporre al CICR medesimo.

Stando così le cose era sorta una rilevante problematica relativa alla legittimità o meno della capitalizzazione degli interessi, stante il fatto che mancava la delibera CICR di attuazione della norma entrata in vigore il 1° gennaio 2014, come sopra detto.

Al riguardo si sono generate due contrapposte teorie, che possono essere sintetizzate come segue.

- A) – **Immediata applicabilità dell'art.120 TUB a far data dal 1° gennaio 2014:** questa interpretazione ritiene che la nuova formulazione dell'art.120, comma 2, TUB avrebbe introdotto un divieto assoluto dell'anatocismo nei rapporti bancari, per cui al “legislatore secondario”, vale a dire al CICR, non potrebbe comunque essere demandata alcuna funzione interpretativa-modificativa della norma primaria.
- B) – **Necessità della delibera CICR:** secondo questa diversa ed opposta interpretazione l'art.120, comma 2, TUB, in combinato disposto con l'art.161, quinto comma, del TUB medesimo, individuano un meccanismo normativo per il quale è indispensabile l'assunzione della delibera CICR. In effetti, il comma 5 dell'art.161 menzionato stabilisce che le disposizioni emanate dalle autorità creditizie ai sensi di norme abrogate o sostituite continuano a essere applicate fino alla data di entrata in vigore dei provvedimenti emanati ai sensi del TUB stesso. (Tralasciando di elencare la numerosa e contrapposta giurisprudenza sul punto, segnalerei soltanto la recente Ordinanza Collegiale del Tribunale di Bologna, IV Sez. Civ., in data 16-25 marzo 2016, di conferma del precedente provvedimento dello stesso Tribunale, in composizione monocratica, di data 7 dicembre 2015, che aveva rigettato il ricorso proposto da Federconsumatori, in via d'urgenza, ex artt. 37 e 140, comma 8, Codice Consumo).

La rilevante quanto vessata questione andava opportunamente risolta per via legislativa ed infatti è ora intervenuta la disposizione normativa di cui all'art.17 bis della **legge 8 aprile 2016 n.49**, di conversione del decreto legge 14 febbraio 2016 n.18, recante “*Misure urgenti concernenti la riforma delle banche di credito cooperativo, la garanzia sulla cartolarizzazione delle sofferenze, il regime fiscale relativo alle procedure di crisi e la gestione collettiva del risparmio*”.

**La normativa in discorso è stata pubblicata sulla Gazz. Uff. n.87 del 14 aprile 2016.**

**La disposizione di cui all'art.17 bis modifica ancora una volta il comma 2 dell'art.120 TUB e prevede quanto segue:**

#### *Art. 17 bis*

**Modifiche all'articolo 120 del decreto legislativo 1° settembre 1993,  
n. 385, relativo alla decorrenza delle valute e al calcolo degli**

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,  
registro affari amministrativi numero 8231/11*

*Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376*

*interessi*

*1. Al comma 2 dell'articolo 120 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n.385, le lettere a) e b) sono sostituite dalle seguenti:*

*«a) nei rapporti di conto corrente o di conto di pagamento sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori, comunque non inferiore ad un anno; gli interessi sono conteggiati il 31 dicembre di ciascun anno e, in ogni caso, al termine del rapporto per cui sono dovuti;*

*b) gli interessi debitori maturati, ivi compresi quelli relativi a finanziamenti a valere su carte di credito, non possono produrre interessi ulteriori, salvo quelli di mora, e sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale; per le aperture di credito regolate in conto corrente e in conto di pagamento, per gli sconfinamenti anche in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido: 1) gli interessi debitori sono conteggiati al 31 dicembre e divengono esigibili il 1° marzo dell'anno successivo a quello in cui sono maturati; nel caso di chiusura definitiva del rapporto, gli interessi sono immediatamente esigibili; 2) il cliente può autorizzare, anche preventivamente, l'addebito degli interessi sul conto al momento in cui questi divengono esigibili; in questo caso la somma addebitata è considerata sorte capitale; l'autorizzazione è revocabile in ogni momento, purché prima che l'addebito abbia avuto luogo».*

In sostanza, salvo effettuare i dovuti approfondimenti del caso, si può sintetizzare il tratto saliente della nuova normativa come segue, con ogni salvezza di miglior interpretazione.

Viene vietata la capitalizzazione infrannuale degli interessi, cioè con periodicità inferiore a un anno, prevedendosi che gli interessi vadano conteggiati al 31 dicembre ovvero nel momento in cui termina il rapporto.

Con riferimento alle aperture di credito ed agli sconfinamenti (in assenza di fido ovvero oltre il limite del fido) gli interessi debitori si calcolano al 31 dicembre e diventano esigibili il 1° marzo successivo (sono invece immediatamente esigibili in caso di chiusura del rapporto), così consentendo al debitore due mesi di tempo per provvedere al relativo pagamento.

Peraltra il cliente può autorizzare, anche preventivamente, l'addebito sul conto corrente di tali interessi nel momento in cui diventano esigibili: in questo caso la somma addebitata in conto diventa sorte capitale e quindi, sull'eventuale scoperto che si produce sul conto per effetto dell'addebito, si calcolano nuovi interessi. Il cliente può revocare l'autorizzazione in ogni momento.

## **9. Brevi cenni in materia di trasparenza nei servizi finanziari - Obblighi delle banche e degli intermediari - Giurisprudenza**

In estrema sintesi – poiché la materia è molto complessa – si tratta di trasparenza delle informazioni e di obblighi comportamentali dell'intermediario nei confronti dell'investitore.

L'impostazione normativa di cui al **Decr. Legsl. 24 febbraio 1998 n.58, TESTO UNICO DELLA FINANZA** (c.d. TUF)

Il concetto-base è quello per cui la banca e/o l'intermediario nell'offerta dei servizi finanziari devono fornire agli investitori tutte le informazioni rilevanti affinché gli stessi possano giungere ad una decisione di

investimento adeguata alle loro esigenze, nonché devono agire in modo da servire al meglio gli interessi dei clienti.

L'impianto normativo disciplinante gli intermediari prevede l'esercizio della Vigilanza sulle attività di cui trattasi, avente per obiettivi: a) – la salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario; b) – la tutela degli investitori; c) – la stabilità e il buon funzionamento del sistema finanziario; d) – la competitività del sistema finanziario; e) – l'osservanza delle disposizioni in materia finanziaria (**art.5, comma 1, TUF**).

Per quanto riguarda la distinzione delle competenze tra BANKITALIA e CONSOB è da rilevare che il medesimo art.5, nei commi 2 e 3 stabilisce che:

\* la **Banca d'Italia** è competente per quanto riguarda il **contenimento del rischio, la stabilità patrimoniale e la sana e prudente gestione degli intermediari**;

\* la **Consob** è competente per quanto riguarda la **trasparenza e la correttezza dei comportamenti**.

Tra le norme fondamentali di carattere generale sono da segnalare in particolare le seguenti.

L'art.21, che disciplina i criteri generali per lo svolgimento dei servizi finanziari, prevedendo che gli intermediari devono:

- a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati;*
- b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati;*
- c) utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti;*
- d) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività.*

*1-bis. Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e dei servizi accessori, le Sim, le imprese di investimento extracomunitarie, le Sgr, le società di gestione armonizzate, gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 107 del testo unico bancario, le banche italiane e quelle extracomunitarie:*

- a) adottano ogni misura ragionevole per identificare i conflitti di interesse che potrebbero insorgere con il cliente o fra clienti, e li gestiscono, anche adottando idonee misure organizzative, in modo da evitare che incidano negativamente sugli interessi dei clienti;*
- b) informano chiaramente i clienti, prima di agire per loro conto, della natura generale e/o delle fonti dei conflitti di interesse quando le misure adottate ai sensi della lettera a) non sono sufficienti per assicurare, con ragionevole certezza, che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato;*
- c) svolgono una gestione indipendente, sana e prudente e adottano misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati.”*

L'art.23, che disciplina i contratti, disponendo che:

*“1. I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, escluso il servizio di cui all'articolo 1, comma 5, lettera f), e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. La CONSOB, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo.*

*2. E' nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico. In tali casi nulla è dovuto.*

*3. Nei casi previsti dai commi 1 e 2 la nullità può essere fatta valere solo dal cliente.*

4. *Le disposizioni del titolo VI, capo I, del T.U. bancario non si applicano ai servizi e attività di investimento, al collocamento di prodotti finanziari nonché alle operazioni e ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell'articolo 25-bis ovvero della parte IV, titolo II, capo I. In ogni caso, alle operazioni di credito al consumo si applicano le pertinenti disposizioni del titolo VI del T.U. bancario.*

5. *Nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera a), non si applica l'articolo 1933 del codice civile."*

6. *Nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta.*

Da notare, anzitutto, che, ai sensi del surriportato art.23, comma 4, TUF, le disposizioni in materia di "Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari" del TUB non si applicano ai servizi ed alle attività di investimento, né al collocamento dei prodotti finanziari di origine bancaria, né alle componenti bancarie dei prodotti finanziari misti sottoposti alla disciplina della trasparenza prevista dal TUF, salvo che si tratti di operazioni riconducibili al credito al consumo, alle quali va necessariamente applicata la disciplina del Titolo VI del TUB. In questo senso si richiama l'art.25-bis, comma 1, del TUF, che prevede espressamente: "gli articoli 21 e 23 si applicano alla sottoscrizione e al collocamento di prodotti finanziari emessi da banche e da imprese di assicurazione".

Ciò precisato è da rilevare che, con riferimento ai contratti, dunque, è prevista dalla normativa in esame la necessità della forma scritta a pena di nullità (mutuata dall'art.117 TUB), nonché dell'obbligo della consegna del documento contrattuale al cliente.

Forma scritta a pena di nullità che, secondo la prevalente giurisprudenza, vie richiesta per il solo contratto di intermediazione (c.d. contratto quadro) e non per le singole operazioni (ad esempio gli ordini di investimento) che detto contratto presuppongono e di cui costituiscono esecuzione, salvo una diversa previsione contrattuale o specifiche previsioni per particolari tipi di ordini (ad esempio per negoziazioni disposte al di fuori dei mercati regolamentati).

In caso di contratto sottoscritto solo dal cliente e non anche dall'intermediario la giurisprudenza prevalente ne sancisce la validità, posto che la forma scritta deve intendersi quale forma di protezione del cliente, da ritenersi rispettata se il contratto è redatto per iscritto ed è sottoscritto, appunto, dal cliente medesimo, nel cui interesse tale forma è sancita (del resto non sussiste un interesse della banca a sottoscrivere un modulo che essa stessa ha predisposto e quindi ben conosce). In tal senso vedasi:

- Cassazione 22 marzo 2012 n.4564;

- Tribunale di Milano, 12 novembre 2013.

**N.B.** Peraltro si segnala sull'argomento che la recentissima Cassazione 24 marzo 2016 n.5919 ha preferito non dare continuità alla propria precedente del 2012 sopra menzionata, con la conseguenza per cui non è stato ritenuto valido l'ordine d'acquisto conferito dal cliente perché "a monte" non è da ritenersi sussistente un valido contratto-quadro, in quanto sottoscritto solo dal cliente (il cui perfezionamento – secondo il mutato orientamento della Cassazione – si verificherebbe solamente *ex nunc* dal momento della produzione in giudizio da parte della banca, mentre, invece, al momento di conferimento dell'ordine contestato in giudizio, non era sussistente un valido contratto-quadro, che non potrebbe perfezionarsi *ex tunc*).

Di essenziale importanza è, poi, l'obbligo per la banca e/o l'intermediario, di fornire all'investitore una "informazione adeguata in concreto", tale cioè da soddisfare le specifiche esigenze del singolo rapporto, in relazione alle caratteristiche personali e alla situazione finanziaria del cliente.

Per riconoscere debitamente assolto l'onere dell'adeguata informativa in concreto non sono sufficienti informative generiche ed indeterminate, dovendo invero essere fornite all'investitore specifiche avvertenze circa la natura e le caratteristiche del titolo, il suo emittente, il rating nel periodo di esecuzione dell'operazione e quant'altro secondo il caso concreto.

Vi è poi la necessità e/o obbligo da parte dell'intermediario di conoscere le caratteristiche ed i bisogni della propria clientela e di conoscere, ovviamente, le caratteristiche dei prodotti offerti alla clientela stessa.

Inoltre vi è l'obbligo per l'intermediario di determinare il profilo di rischio del cliente.

Quanto sopra si riconduce alla logica che l'intermediario, bancario o meno, non può non conoscere il proprio cliente e valutarlo sulla base dei rischi che lo stesso presenta e che si riflettono sulla sua gestione.

All'interno della categoria generale dei clienti si individuano i c.d. "Clients al dettaglio", cui appartengono non solo i "consumatori", cioè le persone fisiche che agiscono per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, ma anche ad altri soggetti quali micro-imprese, enti senza finalità di lucro, artigiani e professionisti che si caratterizzano per la piccola dimensione.

In relazione a quanto sopra è da rilevare che le modalità ordinarie utilizzate dagli intermediari per la raccolta delle informazioni sono i questionari ovvero dei prospetti di domande stampate su un modulo, aventi la finalità di far comprendere gli obiettivi dell'investimento, la reale situazione patrimoniale del cliente, la conoscenza specifica e l'esperienza in prodotti finanziari del cliente stesso.

Per valutare l'appropriatezza dell'operazione l'intermediario deve chiedere al cliente informazioni riguardanti la sua conoscenza ed esperienza circa il tipo di strumento o servizio proposto o richiesto. Più precisamente deve chiedergli quali sono i tipi di servizi, operazioni e strumenti finanziari con i quali ha dimestichezza, la natura, la dimensione e la frequenza delle operazioni finanziarie realizzate in passato, il livello di istruzione e la professione svolta.

In linea di massima un prodotto è appropriato se il cliente ha conoscenza ed esperienza sufficienti per comprendere i rischi connessi al prodotto stesso.

A fronte di un'operazione non adeguata può esservi dato corso soltanto a seguito di un ordine impartito per iscritto dall'investitore, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute.

### Brevi cenni sulla MiFID II

E' in corso l'iter attuativo della nuova Direttiva europea c.d. MiFID II (ovvero MiFID Review) – già approvata da parte del Parlamento e del Consiglio europeo, ma che necessita ancora di numerosi atti delegati da parte della Commissione europea -; tale Direttiva modifica i requisiti specifici concernenti la prestazione dei servizi di investimento, i requisiti organizzativi e le norme di condotta per le imprese di investimento, i requisiti organizzativi per le sedi in cui avvengono le negoziazioni, le facoltà delle Autorità competenti, le sanzioni e quant'altro.

In data 10 febbraio 2016 la Commissione europea ha annunciato un rinvio di un anno delle nuove regole, da perfezionarsi sotto l'aspetto tecnico, e pertanto l'entrata in vigore è ora prevista per il **3 gennaio 2018**.

Non è il caso di prendere in esame, neppure sinteticamente, una materia così vasta, non senza, però, segnalare i seguenti aspetti che riterrei più rilevanti per la "trasparenza" dei comportamenti degli intermediari nella distribuzione di prodotti finanziari.

\* Anzitutto verranno resi più stringenti i principi relativi all'obbligo da parte dell'intermediario di conoscere le caratteristiche ed i bisogni della clientela (*conosci il tuo cliente*), nonché relativi all'obbligo di conoscere i prodotti offerti alla clientela stessa (*conoscere il prodotto venduto*).

\* Così come saranno più pregnanti gli obblighi informativi posti a carico dell'intermediario che intenda offrire propri servizi di investimento.

\* E' previsto un rafforzamento della **protezione** degli investitori, con obblighi per gli intermediari di operare nel miglior interesse dei propri clienti.

\* Principio per cui l'intensità delle conoscenze e competenze richieste a coloro che prestano servizi di **consulenza** in materia di investimenti deve rispondere a criteri più elevati di quelli applicati a coloro che si limitano a fornire informazioni riguardanti prodotti e servizi di investimento.

\* Nuova disciplina degli "incentivi" nei servizi di investimento: previsione del **divieto** per i soggetti che prestano il servizio di consulenza su base indipendente e per le gestioni patrimoniali su base individuale (ciò con la finalità di incidere sui meccanismi di remunerazione del servizio al fine di rafforzare la protezione degli investitori e di delimitare i conflitti di interesse nella prestazione dei servizi). Gli operatori vengono chiamati a verificare che la percezione degli incentivi – ove ammessi – non sia in contrasto col dovere di agire nel miglior interesse del cliente e con l'obiettivo di innalzare la qualità del servizio reso al cliente medesimo.

### Cenni sulla giurisprudenza

\* **Cassazione 6 agosto 2014 n.17726**, in tema di dichiarazione del cliente con cui dà atto di aver ricevuto l'avvertenza circa il grado di rischiosità e/o di operazione non adeguata e ciononostante dispone di voler comunque dar corso all'operazione, ha confermato dei principi molto rigorosi in merito, statuendo che:

*“Questa corte di legittimità ha enunciato il principio secondo cui, in tema d'intermediazione finanziaria, la dichiarazione riassuntiva e generica del cliente, contenuta nell'ordine di acquisto, con la quale egli dà atto di avere ricevuto le informazioni necessarie e sufficienti ai fini della completa valutazione del "grado di rischiosità" del prodotto finanziario, non può essere qualificata come confessione stragiudiziale, essendo a tal fine necessaria la consapevolezza e volontà di ammettere un fatto specifico sfavorevole per il dichiarante e favorevole all'altra parte, ed è inidonea ad assolvere gli obblighi informativi prescritti dal D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 21 e art. 28 del reg. Consob n. 11522 del 1998 (v. Cass. n. 11412/2012 e n. 6142/2012, entrambe hanno confermato le sentenze impugnate che avevano dichiarato la risoluzione del contratto e condannato la banca alla restituzione delle somme investite).*

*Il suddetto principio è stato enunciato in casi analoghi a quello di cui ora si tratta: il cliente aveva dichiarato, su un modulo predisposto unilateralmente e in via generale dalla banca, di avere ricevuto da questa "le informazioni necessarie e sufficienti ai fini della completa valutazione del grado di rischiosità" dei titoli acquistati.*

*Nel caso in esame la C. dispose anche di voler dare corso comunque all'operazione nonostante le fosse stata segnalata l'inadeguatezza da parte della banca, ma ciò non giustifica una valutazione diversa da quella compiuta nei precedenti giurisprudenziali poc'anzi richiamati.*

*Se la dichiarazione del cliente circa l'adeguatezza delle informazioni ricevute non ha natura confessoria - non essendo idonea a dimostrare il corretto adempimento degli obblighi informativi della banca (anche in relazione alle condizioni economico finanziarie del soggetto o "gruppo" dal quale provengono le obbligazioni acquistate, alla potenziale redditività e ai rischi ad esse correlati) proprio perchè avente ad oggetto la formulazione di un giudizio e non l'affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo e perchè implicante una conoscenza riassuntiva e generica, intrinsecamente inidonea ad accertare quali concrete informazioni siano state fornite a quel cliente in ordine a quello specifico prodotto finanziario - allora è logico ritenere che anche la connessa disposizione del cliente di voler "comunque dare corso all'operazione" (art. 29, comma 3, del reg. Consob n. 11522 del 1998) risulti inidonea ad esonerare la banca da responsabilità.*

*Presupposto di detto esonero, infatti, è che quest'ultima abbia offerto rigorosa dimostrazione di avere adempiuto agli obblighi informativi dovuti nei confronti del cliente in base al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 21,*

comma 1, lett. a-b) e art. 28, comma 1, del reg. Consob citato, anche con riguardo alle concrete e specifiche "ragioni per cui non è opportuno procedere alla... esecuzione" dell'ordine riferito ad operazioni inadeguate (art. 29, comma 3, del reg. cit.).

Solo in presenza di una tale dimostrazione in concreto è possibile ritenere che quella di voler dare corso all'operazione costituisca una scelta libera e consapevole del cliente che per questo è tenuto ad esprimerla mediante un ordine impartito o registrato per iscritto.

Ne consegue la fondatezza della censura inerente la sostanziale inversione dell'onere della prova compiuta dai giudici di merito: infatti, in tema di intermediazione finanziaria, è sufficiente che l'investitore alleggi l'inadempimento delle obbligazioni poste a carico dell'intermediario dal D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 21 (integrato dalla normativa secondaria) e che provi che il pregiudizio lamentato consegua a siffatto inadempimento; l'intermediario ha invece l'onere di provare d'aver rispettato i dettami di legge e di avere agito con la specifica diligenza richiesta (v. Cass. n. 22147/2010, n. 18039/2012).

Inoltre è necessario precisare che la violazione degli obblighi informativi, riguardanti le operazioni d'investimento e disinvestimento in esecuzione del contratto-quadro, diversamente da quanto prospettato dalla ricorrente, non è causa di nullità ma di risoluzione del contratto e può condurre alla responsabilità contrattuale, con il risarcimento del danno, come statuito da questa Corte a sezioni unite (a partire dalla sentenza n. 26724 del 2007)."

\* **Cassazione 12 giugno 2015 n.12262**, in tema di responsabilità e/o inadempimento della banca, ha statuito i seguenti principi:

"Si tratta della deduzione della violazione delle regole volte a disciplinare la prestazione dei servizi previsti nel contratto di intermediazione finanziaria, secondo cui l'intermediario deve acquisire le informazioni rilevanti circa la situazione finanziaria del cliente (know your customer rule), tenerlo costantemente informato per valutare appieno la natura, i rischi e le implicazioni delle singole operazioni, astenersi dal consigliare ed effettuare operazioni con frequenza non necessaria o di dimensioni inadeguate alla situazione finanziaria del cliente (suitability rule), non effettuare, salvo espressa autorizzazione scritta, con il cliente o per suo conto operazioni nelle quali egli abbia, direttamente o indirettamente, un interesse in conflitto.

Come chiarito invero da Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, alcuni di questi obblighi si pongono nel momento antecedente il contratto-quadro, altri lo seguono e rilevano nella sua fase esecutiva, quella stessa cioè in cui si collocano i singoli "ordini" o operazioni negoziali, che l'intermediario compie per conto del cliente. La violazione dei doveri dell'intermediario riguardanti la fase successiva alla stipulazione del contratto d'intermediazione può assumere i connotati di un vero e proprio inadempimento, o inesatto adempimento, contrattuale. Ne consegue che l'eventuale loro violazione, oltre a generare eventuali obblighi risarcitori in forza dei principi generali sull'inadempimento contrattuale, può, ove ricorrano gli estremi di gravità postulati dall'art. 1455 c.c., condurre anche alla risoluzione del contratto d'intermediazione finanziaria in corso."

\* **Cassazione 17 aprile 2015 n.7922**, in tema di inversione dell'onere della prova circa la responsabilità della banca, che ha confermato i seguenti principi:

"Questa Corte ha chiarito come dev'essere ripartito l'onere della prova: l'investitore deve allegare l'inadempimento dell'intermediario alle obbligazioni scaturenti dal contratto di negoziazione, dal t.u.f. e dalla normativa secondaria, nonchè fornire la prova del danno e del nesso di causalità fra questo e l'inadempimento, anche sulla base di presunzioni; l'intermediario, a sua volta, deve provare l'avvenuto adempimento delle specifiche obbligazioni poste a suo carico, allegate come inadempite dalla controparte e, sotto il profilo soggettivo, di avere agito "con la specifica diligenza richiesta" (Cass. n. 3773 del 2009; n. 22147 del 2010; n. 18039 del 2012).

Spettava, dunque, alla banca convenuta fornire la prova di essere stata adempiente e, dunque, di avere acquisito e fornito ai clienti l'"offering circular"; di avere fornito le informazioni ad entrambi gli investitori,

acquisendo da entrambi le prescritte autorizzazioni, salva la prova (che dalla sentenza impugnata non risulta neppure essere stata richiesta) della pienezza di poteri di uno solo dei cointestatari anche in ordine al contratto di gestione; di avere informato gli investitori in modo completo in ordine alla propria posizione in relazione ai rapporti con la società "arranger" e con quella "dealer" dell'emissione delle obbligazioni e, infine, di avere "acquisito" informazioni sulla rischiosità dell'operazione a prescindere dal solo rating attribuito e ciò proprio in relazione ai rapporti con l'"arranger" (banca mandataria del gruppo di banche che aveva erogato e organizzato il prestito)."

**\* Cassazione 29 ottobre 2010 n.22147**, sempre in materia di responsabilità risarcitoria della banca, ha stabilito quanto segue:

*"Giova ricordare che si è già affermato, con sentenza delle S.U. n. 26724/2007, che gli obblighi di comportamento previsti dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 21 T.U.F. impongono all'intermediario il rispetto del dovere di comportarsi con diligenza, correttezza e professionalità nei confronti del cliente nella fase, che in questa sede interessa, di esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria.*

*La norma richiamata, che ribadisce il disposto del D.Lgs. n. 495 del 1996, art. 17 che aveva recepito la direttiva 93/22/CEE del 10 maggio 1993), stabilisce che; nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento i soggetti abilitati devono "acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati" (comma 1, lett. b)". Integrando la regola sostanziale prevista nella clausola generale di correttezza sancita nel codice civile, richiamata del resto nella lett. a) della norma in oggetto, impone all'operatore l'adozione di un comportamento specifico, adeguato al rischio intrinseco all'operazione finanziaria, che ponga l'investitore in grado di effettuare una scelta consapevole cogliendo effettivamente contorni ed effetti dell'operazione. La disciplina regolamentare attuativa contenuta nella Delib. CONSOB 1 luglio 1998, n. 11522, applicabile razione temporis, prescrive che tale comportamento riceva formale consacrazione in un ordine scritto dell'investitore, contenente l'esplicito riferimento alle avvertenze ricevute. L'art. 29, comma 3. del suddetto regolamento prescrive infatti, che gli intermediari autorizzati, quando ricevono dall'investitore disposizioni relative ad un'operazione non adeguata, sono tenuti a fornire informazioni su tale circostanza e sulle ragioni per cui non è opportuno procedere all'operazione. Devono dunque avvertire adeguatamente il cliente sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione prima sia di consigliare operazioni o di prestare il servizio di gestione, sia di effettuare operazioni con o per conto dell'investitore. E, se questi comunque intende dar corso all'operazione, devono acquisirne una precisa disposizione scritta in cui si fa riferimento alle avvertenze ricevute.*

*La norma, che come si già sostenuto nel precedente di questa Corte n. 17340/2008 pronunciato in caso identico, si applica a tutti i servizi di investimento prestati nei confronti di qualsiasi investitore che non sia un operatore qualificato, sia ove sussista una discrezionalità dell'intermediario sia se questi operi dietro istruzione del cliente, ed introduce una regola di comportamento - responsabilità, ispirata ad esigenza di adeguata protezione del risparmiatore in una prospettiva che, oltre che sull'interesse del singolo investitore incide sul risparmio in genere che, costituendo un aspetto dell'economia- art. 47 Cost. -, rappresenta interesse di carattere generale. Di qui la sua valenza di ordine pubblico, sostanziandosi in norma imperativa. I profili incidenti su eventuale nullità dell'ordine, diffusamente trattati dalle S.U. nel citato arresto, non interessano in questa sede. Ciò che rileva è che l'inadempimento all'obbligo normativamente prescritto comporta la responsabilità risarcitoria della banca, che del resto è presunta dallo stesso D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23 T.U.F. che, prescritta al comma 1 la forma scritta in relazione ai contratti in oggetto, al comma 6 stabilisce che "Nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nelle svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta".*

**\* Cassazione 26 gennaio 2016 n.1376**, in materia di gestione patrimoniale, ha ribadito il principio seguente:

*"E' configurabile la responsabilità dell'intermediario finanziario che abbia dato corso ad un ordine, ancorché vincolante, ricevuto da un cliente non professionale, concernente un investimento particolarmente*



*rischioso, dal momento che la professionalità del primo, su cui il secondo abbia ragionevolmente fatto affidamento in considerazione dello speciale rapporto contrattuale tra di essi intercorrente, gli impone di valutare comunque l'adeguatezza di quella operazione rispetto ai parametri di gestione concordati, con facoltà di recedere dall'incarico, per giusta causa, ai sensi degli artt. 1722, comma 1, n. 3, 1727, comma 1, c.c. e art. 24, comma 1, lett. d), D.Lgs. n. 58 del 1998, qualora non ravvisi tale adeguatezza."*

**\* Cassazione 24 maggio 2012 n.8237**, sempre in materia di servizi di gestione patrimoniale la Cassazione ha avuto modo di precisare che:

*"Vengono perciò in evidenza anzitutto gli obblighi gravanti sull'intermediario, tra i quali assume soprattutto rilievo, oltre alla clausola generale di tutela degli interessi del cliente e dell'integrità del mercato (D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 21, comma 1, lett. a tuf), il dovere di operare sempre in funzione del miglior risultato possibile per l'investitore, in relazione al livello di rischio da costui prescelto (art. 26, lett. f, del regolamento Consob n. 11522 del 1998). Quanto agli obblighi più specificamente inerenti al servizio di gestione di portafogli, devono essere anche ricordati quello di attenersi alle istruzioni impartite dal cliente circa le operazioni da compiere (D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 24, comma 1, lett. b tuf), quello di assumere informazioni dal cliente, prima della stipulazione del contratto, in ordine alla sua situazione finanziaria, ai suoi obiettivi d'investimento ed alla sua esperienza in materia (art. 28, comma 1, lett. a, del regolamento cit.) e di informarlo sulla natura e sui rischi delle operazioni di cui si tratta (art. cit., comma 2), indicando in modo specifico nel contratto le caratteristiche della gestione, con riferimento alle categorie di strumenti finanziari destinati ad essere oggetto d'investimento, alla tipologia delle relative operazioni, alla misura dell'eventuale "leva finanziaria" utilizzabile ed ai parametri cui commisurare il rendimento (artt. 37 e segg. del regolamento cit.), con l'ulteriore precisazione che l'esecuzione delle operazioni di gestione deve aver luogo sulla base delle strategie generali d'investimento preventivamente definite, tenendo conto delle informazioni concernenti il cliente di cui l'intermediario dispone e delle istruzioni eventualmente impartite dal cliente medesimo (art. 43, comma 2, del regolamento cit.). ... OMISSIS ....*

*Tra gli obblighi gravanti sul gestore di portafogli, come s'è già detto, certamente rientra quello di attenersi alle caratteristiche della gestione pattuita col cliente, sia quanto alle categorie degli strumenti finanziari oggetto d'investimento, sia quanto alla tipologia delle operazioni da compiere su tali strumenti. In concreto ciò si traduce nel sottoporre al cliente la scelta tra diverse "linee d'investimento", caratterizzate da un differente profilo di rischio e da una differente correlata aspettativa di guadagno.*

*Operata contrattualmente tale scelta, è naturale che l'intermediario vi si attenga fin quando il cliente non si avvalga della facoltà di modificarla. In difetto di un'inequivoca manifestazione di volontà in tal senso da parte dell'investitore, non può esigersi che l'intermediario modifichi unilateralmente la precedente linea d'investimento, nè gli si può quindi imputare di non averlo fatto. ... OMISSIS ...*

*Colui il quale, essendosi rivolto ad un intermediario finanziario per la prestazione del servizio di gestione individuale di portafogli d'investimento, agisca poi in giudizio per il risarcimento del danno imputando all'intermediario di aver violato gli obblighi di comportamento al cui rispetto è tenuto - ed, in particolare, lamenti che l'intermediario medesimo non si sia adeguato alle istruzioni che il cliente ha facoltà di impartire e che sia venuto meno al proprio dovere di operare per realizzare al meglio l'interesse di detto cliente - ha l'onere di allegare le specifiche circostanze in cui gli inadempimenti dell'intermediario si sono concretizzate, richiedendosi, quanto all'obbligo di rispettare le istruzioni del cliente, che queste siano precisamente determinate e non si risolvano in esortazioni o lamenti di carattere generico e, quanto al compimento di operazioni non adeguate, che le stesse risultino sufficientemente identificate".*

Dalla giurisprudenza richiamata si desumono determinati principi regolanti la materia che, conclusivamente si possono sintetizzare come segue, per come confermati anche dalla più recente **Cassazione 9 febbraio 2016 n.2535**.

In tema di servizi di investimento, la banca intermediaria, prima di effettuare operazioni, ha l'obbligo di fornire all'investitore **"un'informazione adeguata in concreto"**, tale cioè da soddisfare le specifiche

esigenze del singolo rapporto, in relazione alle caratteristiche personali ed alla situazione finanziaria del cliente, e, a fronte di un'operazione non adeguata, può darvi corso soltanto a seguito di un ordine impartito per iscritto dall'investitore in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute.

La dichiarazione resa dal cliente, su modulo predisposto dalla banca e da lui sottoscritto, in ordine alla propria consapevolezza, conseguente alle informazioni ricevute, della rischiosità dell'investimento suggerito dalla banca e della inadeguatezza dello stesso rispetto al suo profilo di investitore non può di certo costituire dichiarazione confessoria, in quanto è rivolta alla formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo.

Tale dichiarazione può, al più, comprovare l'avvenuto assolvimento degli obblighi di informazione incombenti sull'intermediario, sempre che sia corredata da una, sia pure sintetica, indicazione delle caratteristiche del titolo, in relazione al profilo dell'investitore ed alla sua propensione al rischio, tali da poterne sconsigliare l'acquisto, come nel caso in cui venga indicato nella dichiarazione che si tratti di titolo non quotato o emesso da soggetto in difficili condizioni finanziarie.

E' pertanto configurabile la responsabilità dell'intermediario finanziario che abbia dato corso ad un ordine, ancorché vincolante, ricevuto da un **cliente non professionale**, concernente un **investimento particolarmente rischioso**; la professionalità del primo, infatti, su cui il secondo abbia ragionevolmente fatto affidamento in considerazione dello speciale rapporto contrattuale tra essi intercorrente, gli impone, invero, di valutare comunque l'adeguatezza di quell'operazione, con **facoltà di recedere** dall'incarico, per giusta causa, ai sensi degli artt. 1722, comma 1, n. 3 e 1727, comma 1, c.c., qualora non ravvisi tale adeguatezza.

## **10. Ulteriore giurisprudenza in tema di trasparenza, correttezza e buona fede**

Traendo le conclusioni da tutto quanto come sopra esaminato sotto i vari profili attinenti in vario modo al tema della trasparenza segnalo alcune sentenze della Suprema Corte, ritenute significative per l'applicazione in concreto dei principi giuridici di cui trattasi.

\* **Cassazione 8 ottobre 2008 n.24795**, che applica il canone della buona fede in relazione alla conclusione di un contratto di leasing che era risultato pregiudizievole per il cliente a seguito di comportamento ritenuto dalla Cassazione colposo da parte della società concedente, che aveva omesso di fornire alla controparte doverose informazioni circa la già avvenuta sospensione di rilevanti contributi fiscali, aspetto questo ritenuto decisivo per la conclusione stessa del contratto.

La Cassazione ha ritenuto rilevante nella fattispecie il disposto degli articoli 1337 e 1338 cc, chiarendo che la regola posta dall'art.1337 *Trattative e responsabilità precontrattuale* va ben oltre l'ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative e assume il valore di una clausola generale, il cui contenuto implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto, concludendo che:

*“La violazione, pertanto, dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento della trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace (artt. 1338 e 1398 c.c.), ma anche quando il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto (stessa Cass. 19024/05; e in tal senso, ancorché in relazione ad altra situazione di specie, Cass. S.U. n. 26725/2007). In tal caso, invero, che la stipula del contratto sia avvenuta successivamente è irrilevante, giacché il comportamento illegittimo altrui si è già verificato nella fase delle trattative.”*

\* **Cassazione 27 settembre 2001 n.12093**, che applica i principi della correttezza e buona fede in riferimento al ritenuto dovere della banca ex art.119 TUB di consegna della documentazione relativa ad operazioni bancarie (estratti conto) ad esito della richiesta del curatore del fallimento del correntista.

In effetti l'art.119 TUB prevede al comma 4:

*“4. Il cliente, colui che gli succede a qualunque titolo e colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni hanno diritto di ottenere, a proprie spese, entro un congruo termine e comunque non oltre novanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni. Al cliente possono essere addebitati solo i costi di produzione di tale documentazione.”*

La Cassazione al riguardo ha precisato che il diritto alla consegna della documentazione è un diritto autonomo e che:

*“Esso nasce dall'obbligo di buona fede, correttezza e solidarietà, che è accessorio di ogni prestazione dedotta in negozio e consente alla parte interessata di conseguire ogni utilità programmata, anche oltre quelle riferibili alle prestazioni convenute, comportando esso stesso una prestazione, cui ognuna delle parti è tenuta, in quanto imposta direttamente dalla legge (art. 1374 c.c.); per cui agli effetti del contratto, che discendono dalle clausole pattizie, vanno aggiunti quelli che la norma produce, in forza del rilevato principio, il quale fissa una regola di condotta, cui debbono attenersi i soggetti del rapporto obbligatorio, alla stregua di quanto dispone l'art. 1375 c.c., secondo il quale il contratto deve essere eseguito, appunto, secondo buona fede, generando doveri di comportamento, la cui inosservanza costituisce inadempimento, al pari di quella riferita agli obblighi convenzionali.*

*In tema di esecuzione del contratto la buona fede si atteggia, infatti, come un impegno di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del "neminem laedere", siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico (Cass. 2503/1991).*

*La clausola generale di buona fede e correttezza è operante tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio, quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti alla esecuzione di un contratto, specificandosi nel dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte e ponendosi come limite di ogni situazione attiva o passiva, negozialmente attribuita, determinando così integrativamente il contenuto e gli effetti del contratto (Cass. 1078/1999; 3775/1994; 3362/1989; 1960/1986; 89/1966); e la sua rilevanza si esplica nell'imporre il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dalla esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge (Cass. 12310/1999).”*

\* **Cassazione 7 giugno 1999 n.5562**, che si segnala sotto un duplice aspetto, vale a dire da un lato conferma e delinea i principi della buona fede e delle regole d'azione da osservarsi da parte della banca, la cui inosservanza integra gli estremi di una omissione imputabile e la conseguente responsabilità civile (*culpa in omittendo*), mentre, d'altro canto, ne delinea anche i limiti in cui circoscrivere gli obblighi in discorso, di talchè, nella fattispecie, esclude la configurabilità di una *culpa in omittendo* da parte della banca, escludendo conseguentemente l'ipotizzabilità di una colpa grave della banca, idonea a superare la presunzione di buona fede.

Fattispecie relativa alla costituzione da parte di una società fiduciaria di un pegno titoli, di proprietà dei clienti fiducianti, a favore di una banca a garanzia di un finanziamento dalla banca concesso ad una società terza: nella causa il commissario liquidatore della società fiduciaria (che era stata posta in liquidazione coatta amministrativa), nonché i fiducianti, intervenuti nel giudizio, prospettavano la violazione da parte della banca di un preteso obbligo, nell'ambito dell'acquisizione della garanzia pignorizia sui titoli, di verificare la corrispondenza agli interessi del fiducianti-mandanti dell'atto di costituzione del pegno titoli posto in essere da parte della società fiduciaria-mandataria e all'uopo sostenevano che la banca beneficiaria del pegno avrebbe dovuto svolgere indagini sul soggetto con cui intratteneva il rapporto, cioè la società

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,*

*registro affari amministrativi numero 8231/11*

*Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376*

fiduciaria costituente il pegno, al fine di verificare se la medesima, nel costituire il pegno, avesse, in concreto, agito in conflitto di interessi con i propri clienti fiducianti-mandanti, con la conseguenza che, se la banca aveva ommesso tale indagine, versava –secondo la prospettazione degli attori – in colpa grave e quindi non avrebbe potuto invocare la propria buona fede.

Al riguardo, sotto un primo aspetto la sentenza della Cassazione conferma i principi di buona fede che devono essere osservati dalla banca, così statuendo:

*“Questa Corte ha affermato, con precedenti (Cass. 13 gennaio 1993, n. 343; Cass. 8 gennaio 1997, n. 72) implicitamente richiamati dalla ricorrente, che sebbene nel nostro ordinamento giuridico non esista un dovere generale di attivarsi al fine di impedire eventi di danno, vi sono molteplici situazioni dalle quali possono nascere, per i soggetti che vi sono coinvolti, doveri e regole d'azione, la cui inosservanza integra gli estremi di una omissione imputabile e la conseguente responsabilità civile. In particolare, dalla normativa che regola il sistema bancario vengono imposti, a tutela del sistema stesso e dei soggetti che vi sono inseriti, comportamenti in parte tipizzati, in parte enucleabili caso per caso, la cui violazione può costituire culpa in omittendo. Il dovere primario dei soggetti dell'ordinamento bancario, informato alla tutela dell'interesse pubblico collegato alla raccolta del risparmio ed alla erogazione del credito (come si desumeva dall'art. 1 del r.d.l. n. 375 del 1936, vigente all'epoca dei fatti, secondo cui "la raccolta del risparmio ... e l'esercizio del credito sono funzioni di interesse pubblico" e come si desume oggi dall'art. 5 del d.lgs. n. 385 del 1993, secondo cui "le autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza ... avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza ed alla competitività del sistema finanziario"), consiste "in una corretta erogazione del credito, nel rispetto non soltanto delle ragioni dell'utenza, ma di quelle delle altre imprese inserite nel sistema, con privilegio per le comunicazioni e le informazioni reciproche" (Cass. n. 343/1993 cit.).”*

Sotto altro aspetto, peraltro, la Cassazione ha altresì posto dei limiti al contenuto degli obblighi di comportamento di cui sopra, precisando quanto segue con riferimento alla fattispecie in questione.

*“L'adozione di cautele, tuttavia, non si può estendere sino all'accertamento ed al sindacato dei rapporti interni tra il mandatario, che chiede l'accesso al credito o garantisce l'accesso al credito di altri, ed i suoi mandanti, che hanno consentito la costituzione in pegno dei titoli acquistati per loro conto dal mandatario. A fronte di una formale legittimazione a disporre dei beni costituiti in pegno, è inesigibile la valutazione, da parte degli istituti di credito, della corrispondenza della costituzione di pegno all'interesse dei mandanti, con una ingiustificata ingerenza nel merito dei rapporti tra fiducianti e mandatario ed un sindacato, non consentito ad un terzo, della discrezionalità con cui il mandatario ha esercitato i poteri conferitigli. Del resto, l'eccesso di mandato in relazione allo scopo produce effetti soltanto nei rapporti tra mandate e mandatario e non nei rapporti tra mandatario e terzi (art. 1711 c.c.). Conseguentemente, non è prospettabile un dovere degli istituti di credito, sul quale i terzi possano fare affidamento, di verificare la corrispondenza agli interessi del mandante dell'atto di disposizione posto in essere dal mandatario. L'esclusione della configurabilità di una culpa in omittendo, esclude logicamente l'ipotizzabilità di una colpa grave, idonea a superare la presunzione di buona fede”.*

\* **Cassazione 8 gennaio 1997 n.72**, che tratta in linea teorica l'ipotesi di “omissione imputabile” rispetto a doveri e regole d'azione con conseguente responsabilità della banca e che, peraltro, anche nella fattispecie decisa, esclude, in concreto, che vi sia stata la pretesa violazione di doveri gravanti sulla banca medesima.

Fattispecie in cui si imputava alla banca convenuta di aver tenuto comportamenti che, se evitati (consegna di carnets assegni anche dopo un protesto), avrebbero impedito il giro di assegni a vuoto o comunque l'aggravamento del danno.

Comunque il concetto che qui interessa è quello espresso, in via generale, relativo alla responsabilità che può derivare nei casi della c.d. “culpa in omittendo”.

*“In effetti la sentenza impugnata contiene talune affermazioni di massima che appaiono censurabili, come quella secondo cui non esiste un obbligo giuridico che imponga al soggetto Banca "di strutturarsi e di*

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,*

*registro affari amministrativi numero 8231/11*

*Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376*

*operare in modo da non agevolare colpevolmente l'azione delittuosa di terzi". Tale affermazione va recisamente corretta dovendosi ribadire che, sebbene nel nostro ordinamento non esista un generale dovere, a carico di ciascun consociato, di attivarsi al fine di impedire eventi di danno, tuttavia vi sono molteplici situazioni da cui possono nascere, per i soggetti che vi sono coinvolti, doveri e regole di azione, la cui inosservanza integra la nozione di omissione imputabile e la conseguente responsabilità civile. In particolare, come è stato rilevato (Cass., 13 gennaio 1993, n. 343) dalla normativa che regola il sistema bancario vengono imposti, "a tutela del sistema stesso, e dei soggetti che vi sono inseriti, comportamenti, in arte tipizzati, in parte enucleabili caso per caso", la cui violazione può costituire culpa in omittendo (v. anche Cass., 20 dicembre 1986, n. 7801)".*

**\* Cassazione 13 gennaio 1993 n.343**, resa in fattispecie analoga alla precedente, enuncia sostanzialmente gli stessi principi in tema di correttezza e buona fede già più sopra evidenziati.

Inoltre, essendo la sentenza stata resa in applicazione della "vecchia" Legge Bancaria (R.D. 12 marzo 1936 n.375), ivi si rinvencono anche riferimenti a quella funzione "pubblicistica" del sistema bancario che veniva riconosciuta in modo più pregnante nel vigore della predetta Legge Bancaria e che, a mio parere, può considerarsi affievolita a seguito del sostanziale mutamento della disciplina giuridica dell'attività bancaria intervenuto con l'entrata in vigore del TUB (vedasi il disposto di cui all'art.10 del TUB che stabilisce che l'attività bancaria ha carattere di impresa).

*"Come la sentenza impugnata ha chiaramente enunciato, l'imprenditore che esercita l'attività creditizia, ancorché eserciti un'attività privata, è soggetto ai poteri pubblicistici di controllo e repressione previsti dalla legge bancaria (R.D.L. 12 marzo 1936 n. 375 e success. mod.). Il primo articolo di tale legge recita infatti "la raccolta del risparmio per il pubblico sotto ogni forma, e l'esercizio del credito sono funzioni di interesse pubblico, regolate dalle norme della presente legge". Ciò significa, per quanto attiene all'esercizio del credito, che tale attività ha profili pubblicistici, che giustificano non soltanto la regolamentazione contenuta nella stessa legge, ma la possibilità di imporre obblighi e divieti su tale esercizio, in quanto "funzione", senza che venga per ciò intaccata l'autonomia dell'impresa creditizia.*

*Scopo della regolamentazione così realizzata è soprattutto infatti, quello di garantire la solvibilità e la liquidità degli Istituti di credito, inseriti in un sistema, quello bancario, che, in tal modo organizzato, costituisce un ordinamento giuridico. Il dovere primario dei soggetti di tale ordinamento, cioè degli Istituti di credito, consiste, dunque, in una corretta erogazione del credito, nel rispetto non soltanto delle ragioni dell'utenza, ma di quelle delle altre imprese inserite nel sistema, con privilegio per le comunicazioni e le informazioni reciproche.*

*In funzione di ciò la legge bancaria citata dispone che le aziende di credito utilizzino, oltre ai normali libri obbligatori per tutti gli imprenditori e ai libri sociali, anche un libro fidi sempre aggiornato (art. 37), prevedendo il controllo degli organi di vigilanza della banca d'Italia, al fine di disciplinare la concorrenza fra le Aziende stesse, ed adottare le cautele derivanti, come ha rilevato anche la sentenza impugnata, dal cumulo dei fidi (art. 32 lett. h).*

*Gli stessi organi di vigilanza hanno la potestà di adottare provvedimenti atti ad impedire l'abusiva circolazione degli assegni (Cass. 2579/88), poiché in un sistema siffatto, il cui funzionamento ottimale è assicurato dalla coincidenza della entità e durata dei risparmi, con l'entità e durata degli investimenti, l'abusiva concessione del credito ad imprenditore potenzialmente insolvente, può integrare una probabile lesione e dell'equilibrio del sistema, e dei terzi.*

*Se è vero infatti che in fattispecie, attinente all'erogazione di credito bancario, quale quella prevista dall'art. 218 della [l.f.](#), il reato di ricorso abusivo da credito si configura in presenza di una dissimulazione, da parte dell'imprenditore insolvente, del proprio stato di dissesto, è vero altresì che non informa a diligenza professionale la propria condotta il banchiere che ignori i reiterati segnali provenienti (come è accaduto per il conto Meoni, presso la Cassa di Risparmio di Modena) dall'emissione allo scoperto, per un periodo di circa nove mesi, di assegni in sequenza ed in pari data, ad opera dello stesso traente, per importi cospicui e*

*in cifre tonde, non riferibili ad operazioni commerciali di acquisizione di beni o servizi, e non girati a terzi (pg. 25 sentenza impugnata).*

*Il "bonus argentarius" deve, infatti, proprio in ossequio alle regole dell'ordinamento cui appartiene, cercare di impedire, con varie misure, che vanno allo scambio di informative col banchiere mandante, alla chiusura del conto al cliente di dubbia solvibilità, un evento dannoso, quale quello nella specie verificatosi, che non poteva non apparire, alla luce delle circostanze prima evidenziate, nonché probabile, altresì prevedibile.*

*La colpa extracontrattuale, dunque, in concreto sostanziata nell'omissione della gamma di cautele imposte alle aziende che esercitano il credito, è consistita, come la sentenza impugnata ha sottolineato, nella violazione dei doveri gravanti sul soggetto "banca" a causa del proprio "status"; non può pertanto affermarsi che il banchiere, soltanto perché rispettoso del dato formale di presentazione dei titoli all'incasso nei termini cui all'art. 32 della L. n. 1739/1933, abbia tenuto un comportamento corretto, nel caso di specie.*

*Anche se non è infatti previsto un generale dovere di attivarsi al fine di impedire eventi di danno, vi sono situazioni molteplici, da cui possono nascere per i soggetti in essi coinvolti, doveri e regole di azione, la cui inosservanza integra la nozione di "omissione", e la conseguente responsabilità prevista dall'art. 2043 del codice civile. Nella specie, dalla normativa che regola il sistema bancario, vengono imposti, a tutela del sistema stesso e dei soggetti in esso inseriti, comportamenti in parte tipizzati, in parte enucleabili caso per caso, qualora la relazione logica fra le regole generali di condotta imposte ai soggetti di quel sistema e l'attività in concreto svolta dagli stessi, evidenzia quell'assenza di diligenza, e di cautele in cui si sostanzia la "culpa in omettendo".*

\*\*\*\*\*

**Ferrara, 15 aprile 2016**

**(Avv. Giorgio Orioli)**