

Sezione di Dottorato di Ricerca in
CONSUMATORI E MERCATO
XX Ciclo
Università degli Studi Roma Tre
Facoltà di Economia “Federico Caffè”
Dipartimento di Scienze Aziendali
ed economico-giuridiche

IL SISTEMA BANCARIO ITALIANO E LA TUTELA DEL RISPARMIATORE

TUTOR: Prof. Paolo Valensise

DOTTORANDO: Isabella Principe

Roma, 2008

INDICE

| | |
|---|----|
| Capitolo Primo | 5 |
| La legge bancaria del 36-38: il principio ordinamentale della tutela della stabilità patrimoniale e sistemica del mercato bancario..... | 5 |
| SEZIONE I..... | 6 |
| 1. LA LEGISLAZIONE BANCARIA. CENNI STORICI | 6 |
| 1.1 <i>La tutela del risparmio nei provvedimenti del 1926</i> | 6 |
| 1.2 <i>Il carattere dirigitico delle soluzioni adottate dalla legge bancaria del 1938</i> | 15 |
| SEZIONE II | 21 |
| 1. LO STATUTO DELLA ATTIVITÀ BANCARIA DEFINITO DALLA LEGGE DEL 1936. IL MOMENTO “PUBBLICISTICO” DELL’ORDINAMENTO BANCARIO ITALIANO | 21 |
| 1.1 <i>L’impresa bancaria come impresa funzione: la considerazione della attività bancaria quale servizio pubblico in senso oggettivo</i> | 21 |
| 1.2 <i>L’impresa bancaria pubblica</i> | 25 |
| 2.LA VIGILANZA SUL SISTEMA BANCARIO | 32 |
| 2.1 <i>La tutela costituzionale del risparmio. Note in tema di vigilanza.</i> | 32 |
| 2.2 <i>La costituzione del nuovo ordinamento bancario</i> | 39 |
| 2.3 <i>La progressiva concentrazione del sistema bancario. La applicazione della disciplina antimonopolistica.</i> | 46 |
| 3. La tutela del risparmiatore affidata all’ordinamento di diritto comune: la disciplina delle condizioni generali di contratto e le Norme Bancarie Uniformi..... | 53 |

| | |
|---|-----|
| 3.1 <i>Segue: le Norme Bancarie Uniformi e la disciplina della concorrenza</i> | 62 |
| 4. Verso la definizione del rapporto banca-cliente..... | 63 |
| Capitolo secondo..... | 67 |
| La riforma dell'ordinamento bancario: dalla tutela del risparmio alla tutela del risparmiatore?..... | 67 |
| 1. La codificazione del nuovo ordinamento bancario nel d.lgs. 385/1993. Quale disciplina accordata al risparmiatore? | 68 |
| 2. La trasparenza delle condizioni contrattuali | 73 |
| 2.1 <i>Considerazioni generali</i> | 73 |
| 2.2 <i>Dalla l. 154/1992, Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, al Testo unico in materia bancaria e creditizia</i> | 76 |
| 2.2.1 <i>Segue. La disciplina applicabile al rapporto contrattuale</i> | 83 |
| 2.2.2 <i>Segue. La forma del contratto ed il sistema sanzionatorio</i> | 89 |
| 2.2.3 <i>La modifica unilaterale delle condizioni contrattuali</i> | 92 |
| 2.3 <i>L'anatocismo bancario</i> | 100 |
| 3. La specialità della disciplina del credito al consumo..... | 109 |
| 4. Profili di autoregolamentazione | 115 |
| 4.1 <i>L'equilibrio delle condizioni contrattuali: le Norme bancarie uniformi</i> | 115 |
| 4.2 <i>La tutela del cliente: l'ufficio reclami e l'Ombudsman – giurì bancario</i> | 122 |

| | |
|--|-----|
| Capitolo terzo | 127 |
| La tutela del consumatore di prodotti bancari..... | 127 |
| 1.La disciplina dei contratti del consumatore | 128 |
| 1.1 <i>Il rapporto tra il sistema dei contratti dei consumatori e la disciplina dettata in tema di condizioni generali di contratto dal codice civile.....</i> | 136 |
| 2.La disciplina applicabile al settore bancario | 138 |
| 2.1 <i>Le deroghe operanti con riguardo alla prestazione di servizi finanziari. La disciplina del ius variandi</i> | 143 |
| 2.2 <i>Le deroghe operanti con riguardo alla prestazione di servizi finanziari. La disciplina del recesso.</i> | 147 |
| <i>Considerazioni conclusive.....</i> | 153 |
| <i>Riferimenti bibliografici.....</i> | 162 |

Capitolo Primo

La legge bancaria del 36-38: il principio ordinamentale della tutela della stabilità patrimoniale e sistemica del mercato bancario

SEZIONE I

1. LA LEGISLAZIONE BANCARIA. CENNI STORICI

1.1 La tutela del risparmio nei provvedimenti del 1926

L'analisi storica del settore economico-finanziario mostra come ad ogni fase critica sempre segua una riforma strutturale sotto il profilo istituzionale e sotto quello dei controlli.

Il primo intervento legislativo *organico* nel settore si colloca negli anni del primo dopoguerra, nel corso dei quali si assiste al varo di leggi bancarie in quasi tutti i Paesi¹. Questo fenomeno è riconducibile a due ordini di ragioni. La prima risiede nell'importanza che la funzione bancaria aveva acquisito attraverso la sua capacità di raccogliere capitali e di canalizzarli in tutti i settori della economia, ma anche nella ampiezza e nella complessità dei rapporti e dei negozi creati dalla pratica *ex novo* o diversificati rispetto a quelli tipici, in risposta alle mutevoli esigenze del settore. La seconda nella scarsa attenzione che alla materia era stata prestata dal diritto fino ai primi anni del '900, non in quanto le si riconoscesse scarso rilievo giuridico, ma piuttosto perché si riteneva che ad essa fosse convenientemente applicabile la disciplina di diritto comune, sia sotto il profilo soggettivo, essendo la figura del banchiere disciplinata dalle norme sulla generale capacità giuridica delle persone di diritto privato, sia sotto quello oggettivo, essendo le operazioni di banca ricondotte agli schemi tipici del contratto².

Rispetto al generale regime di libera concorrenza, una disciplina autonoma ed un penetrante controllo pubblico vigevano per il settore del credito specializzato e per la attività di emissione. Con particolare riguardo agli istituti di credito speciale

¹ Tra i Paesi che, nel dopoguerra, hanno disciplinato la materia bancaria, si ricordano in modo particolare la Norvegia, legge sulle società bancarie del 4 aprile 1924; l'Austria, legge sulla responsabilità delle banche del 29 luglio 1924 e la ordinanza sulla concessione dell'autorizzazione all'esercizio bancario del 17 luglio 1925; la Cecoslovacchia, legge 10 ottobre 1924; la Svezia, legge 22 giugno 1911; la Polonia, ordinanza del 17 marzo 1928; l'Ungheria, ordinanza del 25 gennaio 1927; la Spagna, legge 24 gennaio 1927 e la Lituania, legge sulle imprese bancarie del 31 ottobre 1924.

² P. Greco, *Corso di diritto bancario*, Padova, 1935, 2. In materia di attività bancaria l'abrogato Codice di commercio dettava due norme. L'art. 3, n.11 c. comm., il quale qualificava come atti di commercio le «operazioni di banca», sicché, in forza dell'art. 8 c. comm., erano considerati «commercianti» coloro che esercitassero tali operazioni per professione abituale; e l'art. 177 c. comm., che assoggettava le società che avessero per principale oggetto «l'esercizio del credito», all'obbligo di depositare presso il Tribunale di commercio una situazione mensile esposta secondo il modello stabilito con decreto dell'autorità governativa. Tale previsione rispondeva ad una esigenza di trasparenza e di pubblicità, in ragione della necessità di «conoscere le condizioni così mutevoli del mercato monetario, le quali hanno pure influenza notevolissima sulla produzione o sulla ricchezza nazionale». Così chiariva Finali, Ministro di Agricoltura Industria e Commercio, nella memoria presentata ai lavori preparatori del Codice di commercio.

merita rilevare che la loro origine segna un primo passo verso il riconoscimento giuridico dell'interesse alla tutela del depositante³. Questi furono infatti costituiti generalmente nella forma dell'ente pubblico, al fine di comporre le esigenze del prestatore di fondi- risparmiatore- con quelle del prenditore, sotto il profilo del rischio e della agevolazione dell'accesso al finanziamento, e ciò attraverso l'imposizione di rigide limitazioni di tipo operativo, quali la delimitazione dell'oggetto della attività svolta, della modalità di erogazione dei finanziamenti e dell'ambito territoriale di impiego, mentre il controllo pubblico al quale tali istituti erano sottoposti consisteva nella autorizzazione all'esercizio della attività e nella vigilanza sulla gestione. A controlli ancora più penetranti erano sottoposti i Monti di Credito su pegno e le Casse di risparmio di prima categoria, che si presentavano come istituzioni di pubblico interesse demandate alla tutela ed all'incoraggiamento del piccolo risparmio, attraverso la raccolta di depositi a risparmio e l'impiego in operazioni di grande sicurezza.⁴

Per il resto, la assenza di uno statuto speciale della attività bancaria ordinaria ne consentiva la libertà di inizio e di esercizio. In una fase di forte slancio alla ricostruzione ed alla crescita della economia, tale incondizionata libertà operativa, combinata al sempre maggiore peso del giro di affari delle banche, aveva reso instabile la struttura finanziaria. Essa risultava fortemente indebolita e turbata

³ Il fenomeno della specializzazione, che sarebbe stato successivamente recepito dalla legge 1936-38, riguardava l'erogazione di particolari tipi di credito e ad esso erano riconducibili gli istituti di credito agrario (legge 21 giugno 1869, n.5160; legge 23 giugno 1887, n. 4276; T.U. 9 aprile 1922, n.932) e fondiario (legge 14 giugno 1866, n. 2983 e T.U. 16 luglio 1905, n.646), ma anche l'Istituto di credito per le imprese di pubblica utilità (R.D.L. 20 maggio 1924, n. 731). Con riguardo alla attività di emissione, che sarebbe stata demandata alla Banca di Italia quale prerogativa istituzionale solo con la legge bancaria del 1936-38, la pluralità di istituti che la esercitarono sino al 1926 erano sottoposti al controllo (pubblico) sulla gestione, esplicito su tutta la attività svolta dalle banche, al fine di garantire il rispetto dei vincoli al potere di emissione e, quindi, la fiducia nei biglietti emessi.

⁴ R. Costi, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, 2001, 32. L'Autore rileva le incertezze che investivano le Casse sotto il profilo della qualificazione giuridica e, quindi, dei controlli, ripercorrendone la evoluzione dalla qualificazione di istituzioni pubbliche di beneficenza, perciò sottoposte al controllo del Ministero dell'Interno, poi trasferito al Ministero dell'Agricoltura Industria e Commercio, al quale, si ricorda, era stata attribuita la funzione di controllo monetario sulle società e gli istituti di credito per il periodo 1866-1869, sino alla legge 15 luglio 1888, n. 5546, Regolamento 21 gennaio 1897, n.43, la quale dettò una disciplina unitaria che eliminò, sul piano dei controlli, la distinzione tra Casse opere pie sottoposte al controllo del Ministero dell'Interno e Casse con prevalenti caratteri creditizi, perciò libere da qualsiasi forma di vigilanza. I Monti di credito su pegno, invece, esercitavano il credito su pegno. Tra questi andarono distinguendosi i Monti che assunsero le caratteristiche delle aziende di credito, distinzione poi recepita dal R.D. 14 giugno 1923, n. 1936. I successivi decreti del 1926 sottoposero le Casse ed i Monti al regime di tutela, pur conservandone in vigore i rispettivi ordinamenti. L'armonizzazione con le norme che già disciplinavano tali istituti avvenne con il R.D. 10 febbraio 1927, n. 269, convertito nella legge 29 dicembre 1927, n. 2587, che prevedeva forme di concentrazione coattiva tra le Casse minori e la costituzione obbligatoria di Federazioni di Casse con funzioni di coordinamento nei confronti delle aziende federate. Con i Regi decreti 25 aprile 1929, n. 967 e 3 febbraio 1931, n.225, vennero approvati i Testi Unici delle leggi sull'ordinamento delle Casse e dei monti, ed il relativo regolamento di esecuzione.

anche a causa «della facilità con la quale era stato possibile raccogliere depositi in regime di inflazione cartacea, ciò che aveva prodotto il sorgere di numerosissime banche sfornite di adeguati capitali effettivi e talora di dirigenti capaci; l'espandersi, senza misura, di aziende di credito che impiantavano costose dipendenze con lo scopo di assorbire biglietti di banca anche se a saggi di interesse molto alti; l'incitamento ad avventurarsi in ogni genere di operazioni speculative e di immobilizzazioni»⁵.

Talune di queste operazioni furono senz'altro giustificate dalle contingenti, eccezionali circostanze, ma altre furono dettate da una generalizzata frenesia che aveva condotto, nel periodo di maggiore espansione, al sovraffollamento del mercato bancario ed agevolato comportamenti imprudenti e rischiosi, tali da snaturare alcune banche e subordinarne il carattere tipico di intermediarie del credito all'ingresso ed alla permanenza nel settore industriale, attraverso la partecipazione alle imprese⁶.

Le diverse ed inevitabili crisi che si susseguirono denunciarono la irrazionalità dell'assetto del mercato che era andato definendosi, ed, al contempo, la inadeguatezza della disciplina di diritto comune ad offrire le soluzioni correttive necessarie a ricondurlo ad una condizione di stabilità, ma anche strumenti di tutela e di garanzia delle operazioni di deposito, rispetto alle quali, in considerazione del rapporto fiduciario sul quale si fondano e della parte di capitale nazionale da queste rappresentata, l'interesse dei depositanti assunse un carattere collettivo e pubblicistico⁷.

Attesa siffatta connotazione, le soluzioni fornite dai progetti che tra il 1894 ed il 1925 si susseguirono e dai definitivi provvedimenti del 1926, non furono diretti tanto ad accordare al risparmiatore una tutela per via diretta, in ragione della causa del proprio credito, quanto a ricomporre il rapporto di fiducia sulla base del quale i depositanti affidano il proprio risparmio alle banche, così sostenendo il processo di canalizzazione dei depositi al sistema commerciale ed industriale del paese. Ed ancorché quei progetti definissero dei rimedi privatistici a favore dei depositanti, in deroga ai principi di diritto comune, essi muovevano dal presupposto che la tutela

⁵ Così rilevò Bonaldo Stringher nella Relazione per l'adunanza generale ordinaria degli azionisti della Banca di Italia tenutasi il 28 marzo 1929.

⁶ U. Cajani, *La tutela del risparmio e la disciplina del credito nella legislazione italiana*, Milano, 1939, 56.

⁷ Tra i crolli bancari si ricordano, in particolare, quello della Società bancaria italiana del 1907, sul quale si veda F. Bonelli, *La crisi del 1907. Una tappa dello sviluppo industriale in Italia*, Torino, Fondazione Luigi Einaudi, 1971, 93 ss.; quello della Banca italiana di sconto del 1921, sul quale si veda P. Sraffa, *La crisi bancaria in Italia*, in *Saggi*, Bologna, 1986, 217 ss.

del risparmiatore passasse per quella generale del risparmio e risiedesse perciò nella stabilità e nella razionalizzazione del mercato bancario, come risulta evidente già da un'una approssimativa esposizione.⁸ Così, il progetto Vivante del 1894, presentato in sede di Sottocommissione per la riforma del codice di commercio, prevedeva a favore dei depositanti nei confronti delle società anonime esercenti il credito, il privilegio legale sugli ultimi tre decimi del capitale sociale in ipotesi di liquidazione o fallimento della società. Il disegno di legge Cocco-Ortu del 1908 prevedeva, in particolare, la creazione obbligatoria di una sezione autonoma, invero di non semplice realizzazione, con gestione separata dei depositi a risparmio- per i quali il progetto non forniva una definizione giuridica- e depositi fiduciari, sì da garantire la simmetria temporale tra le operazioni di provvista di fondi e quelle di impiego, ed il riconoscimento ai depositanti di un privilegio sulle attività della sezione; la previsione di conformare alle norme allora vigenti per le Casse di risparmio gli impieghi delle somme derivanti dai depositi a risparmio, con l'obbligo di inviare al Ministero dell'Agricoltura, Industria e Commercio il bilancio annuale della sezione e le situazioni semestrali dei conti. Nel 1920 furono presentati due progetti di legge. Quello a cura dell'on. Chiesa prevedeva l'obbligo di sottoporre ad autorizzazione da parte del Ministero del Tesoro, su parere della Camera di Commercio, l'esercizio del credito e la raccolta dei depositi da parte di tutte le aziende bancarie ed altresì la apertura di nuovi sportelli in Italia e all'estero; il divieto di raccogliere fidi oltre un decimo del capitale della riserva della azienda di credito; il controllo governativo da parte del Ministero del Tesoro di concerto con quello dell'Industria e Commercio e la previsione di obblighi di pubblicità del bilancio e delle situazioni mensili; l'obbligo delle aziende di ragguagliare il capitale ad almeno il dieci per cento dei depositi amministrati ed, infine, la determinazione dei limiti massimi dei tassi attivi e passivi. Il progetto dell'on. Alessio, invece, si mosse in una direzione parzialmente diversa, *in primis* prevedendo la nominatività obbligatoria dei titoli azionari delle società per azioni bancarie e definendo norme in materia di indipendenza e responsabilità degli amministratori.

L'obbligo di nominatività delle azioni era stabilito anche dallo studio condotto dal Tucci, che nel 1923 definì uno «Schema di progetto per la vigilanza ed il funzionamento delle società anonime esercenti il credito commerciale e che raccolgono depositi». Ancora, l'Autore prevede una riserva obbligatoria; il divieto

⁸ Per una analitica e precisa esposizione dei progetti e degli studi presentati tra il 1894 ed il 1925 si veda U. Cajani, *La tutela del risparmio e la disciplina del credito nella legislazione italiana*, cit., 21 ss.

per le singole aziende di concedere un fido superiore al decimo del proprio capitale; l'imposizione di un rapporto minimo tra patrimonio e depositi, e la soggezione ad un controllo esercitato non da un organo politico ma da un Ente autonomo, amministrato dai Direttori Generali dei Banchi di Napoli e Sicilia, dai Presidenti delle Camere di Commercio di Roma, Milano e Napoli e dai rappresentanti governativi. Nel 1924 il Nicotra redasse uno «Schema di disegno di legge portante disposizioni relative alle società commerciali aventi per oggetto esclusivo o principale l'esercizio del credito mediante depositi», il quale conteneva ancora previsioni in ordine alla autorizzazione governativa all'esercizio della attività ed alla apertura di dipendenze; la nominatività obbligatoria dei titoli; il riconoscimento di un privilegio a favore dei depositanti in ipotesi di liquidazione o fallimento, ed il conferimento al Ministero dell'Economia Nazionale di poteri ispettivi sulle aziende di credito. Infine, il prof. De Gregorio, nella prolusione al Corso di scienza bancaria presso l'Università di Roma, oltre a muovere una critica alla distinzione tra le varie categorie di depositanti, mise in rilievo la opportunità di definire un sistema di controlli sulle banche, da affidarsi alla Banca di Italia.

I progetti di disciplina e gli studi tecnico-giuridici palesano quanto sentita fosse la necessità di colmare la carenza di una disciplina generale per le banche ordinarie. A questa il legislatore ovviò recependo talune di quelle proposte, con i RR.DD.LL. 7 settembre 1926, n. 1511 «Provvedimenti per la tutela del risparmio» e 6 novembre 1926, n. 1830 «Norme regolamentari per la tutela del risparmio», convertiti nelle leggi 23 giugno 1927, recanti rispettivamente i numeri 1107 e 1108, i quali, attraverso la definizione di una disciplina autonoma, diedero un riconoscimento giuridico al problema della tutela del risparmio, del tutto ignorato dal codice di commercio, determinandone l'ingresso nell'ordinamento legislativo italiano.

Il regime si applicava alle aziende di credito in quanto raccogliessero depositi. Sotto il profilo soggettivo, risultavano quindi esclusi gli istituti che raccoglievano risparmio nella forma del prestito obbligazionario, ed altresì gli istituti di diritto pubblico e quelli ad essi assimilati, essendo questi sottoposti alla vigilanza del Ministero delle Finanze e, in alcuni casi, di quello dell'Economia Nazionale⁹.

⁹ Banco di Napoli, Banco di Sicilia, Istituto s. Paolo di Torino, Monte dei Paschi di Siena, Banca Nazionale del lavoro, Istituto Nazionale di Credito per le piccole industrie e l'artigianato. L'art. 1 del decreto 6 novembre 1926, lasciava fuori dall'ambito di applicazione le «*aziende industriali e commerciali le quali accettino in deposito, per funzione accessoria della loro attività, somme di spettanza dei loro amministratori o del dipendente personale impiegatizio ed operaio o ricevano, eventualmente, depositi in conto corrente per conto di terzi*», così escludendo le ipotesi in cui, non trattandosi di aziende di credito, queste accettassero

Sotto il profilo obiettivo, la legge non forniva una definizione di “deposito”, ancorché essa mirasse a tutelare proprio questi rapporti, mentre fissava alcune ipotesi nelle quali i “*depositi bancari o i depositi in conto corrente non sono sottoposti a tutela*”. Movendo dal presupposto che fine della disciplina fosse quello di garantire tutti coloro che affidassero il proprio risparmio alle banche, e non solo i piccoli depositanti, alla espressione «*deposito bancario*» fu data una interpretazione estensiva, che ricomprendeva nell’ambito di applicazione i crediti verso la banca per i depositi in conto corrente, oltre a quelli effettuati a risparmio.¹⁰ La stessa Banca di Italia, nelle statistiche compilate in relazione all’esercizio della tutela del risparmio, classificava i depositi a risparmio, in conto corrente, vincolati a scadenza e in titoli. In forza della ampiezza della definizione di operazione di raccolta dei depositi, interpretazione, il sistema definito dai provvedimenti del 1926 risultò così avere una portata quasi totalitaria.

Era prevista, *in primis*, la istituzione di un Albo presso il Ministero delle Finanze nel quale dovevano iscriversi tutte le aziende di credito che raccogliessero depositi. L’Albo, oltre a fornire un censimento delle aziende operanti, era strumentale alla funzione di vigilanza, demandata alla Banca di Italia, che la esercitava sugli istituti e sulle aziende di credito, con il diritto di ricevere le situazioni prescritte dall’art. 177 c. comm., con cadenza bimestrale e non mensile, ed altresì i bilanci, i rendiconti annuali e le relative relazioni, e tutti i documenti e gli atti che avesse ritenuto

deposito, di ogni genere, nell’ambito di operazioni accessorie ed eventuali. In senso parzialmente contrario, G. Miraulo, *Ordinamento bancario e tutela del risparmio*, Roma, 1927, 95, il quale riteneva che la esclusione operasse solo per i depositi in conto corrente.

Le società cooperative di credito a responsabilità illimitata erano soggette solo alle norme relative alla costituzione di nuove aziende, alla iscrizione all’albo delle aziende di credito, all’obbligo della compilazione e comunicazione del bilancio, alla vigilanza della Banca d’Italia ed alla formazione del fondo di riserva a norma dell’art. 3 D.L. 6 novembre 1926. La disciplina delle Casse di risparmio e dei Monti di pietà venne conservata dai provvedimenti del 1926. A questi, si applicavano le disposizioni indicate nell’art. 2 del D.L. 6 novembre 1926. L’art. 3 del regolamento approvato con R.D. legge 6 novembre 1926, n. 1830, assoggettava le casse rurali ed agrarie solo ad alcune prescrizioni di tutela. La legge 6 giugno 1932, n.656, sottoponendole alla vigilanza del Ministero dell’Agricoltura e delle Foreste, pur conservando le leggi speciali, ne ampliava l’osservanza. Con il R.D. 26 agosto 1937, n.1706 venne approvato il T.U. delle leggi sulle Casse rurali ed artigiane.

L’esenzione degli istituti bancari che non ricorrevano al deposito ma al prestito obbligazionario a medio e lungo termine e la sopravvivenza degli ordinamenti delle Casse favorirono quella specializzazione, fondata sulla distinzione tra aziende di credito, operanti a vista o nel breve, ed istituti, operanti nel medio e lungo termine, e quel pluralismo che sarebbero stati poi recepiti dalla legge bancaria del 1936-38.

¹⁰ A. De Gregorio, *La legislazione italiana sulla tutela del credito*, in *Riv. Dir. comm.*, 1929, 19 ss. l’Autore, rilevando la assenza di criteri giuridici ed economici di distinzione tra i rapporti di deposito, illustrò come la applicazione della disciplina ai soli depositi a risparmio sarebbe stata improduttiva di effetti: «*Non essendo previsto una riserva a favore dei depositanti, né un privilegio, le norme sull’ammontare delle riserve e sulla proporzione tra patrimonio netto della banca e depositi, determinerebbero una notevole sproporzione tra il patrimonio dell’azienda ed il complesso dei suoi creditori chirografari, tutti egualmente concorrenti su quel patrimonio, compresi i depositanti che si sarebbero voluti in special modo tutelare*».

opportuno esaminare. Per le società in nome collettivo e in accomandita semplice e per le ditte bancarie, sulle quali non gravava l'obbligo della redazione delle situazioni periodiche, veniva prescritta solamente la comunicazione del bilancio annuale, entro tre mesi dalla chiusura dell'esercizio. Queste aziende risultavano quindi sottratte al regime di trasparenza che invece investiva le società anonime ed in accomandita per azioni. La Banca di Italia fu altresì investita del potere di svolgere «*di tempo in tempo*» ispezioni sulla gestione a mezzo di funzionari tecnici, comunque vincolate alla verifica del rispetto dei coefficienti patrimoniali che appresso saranno brevemente esaminati.

Il controllo sul mercato bancario risultava nondimeno affidato in via primaria ad un organo di natura politica, non tecnica, essendo rimesso al Ministero delle Finanze, di concerto con il Ministero dell'Economia Nazionale e sentita la Banca di Italia, il potere di autorizzare la creazione di nuove aziende di credito ovvero la apertura di sedi o filiali nel Regno, nelle colonie o all'estero, ed altresì le operazioni di fusione. Ancora il Ministro delle Finanze aveva il potere di revocare la autorizzazione, in caso di violazione delle norme, la quale rivestisse, ad insindacabile giudizio del Ministro, carattere di eccezionale gravità.

L'autorizzazione era rilasciata sulla base di un giudizio di convenienza politica e tecnica, nel senso che era accordata in quanto, verificata la sussistenza di elementi oggettivi, l'operazione risultasse funzionale alla politica di stabilizzazione del mercato che il Governo intendeva perseguire. Sicché, nonostante tale potere fosse esercitato secondo un criterio di convenienza, e, quindi, discrezionale, esso fu diretto a funzionalizzare la disciplina delle aziende di credito alle esigenze di risanamento del sistema, e non ad obiettivi di politica economica ad esso estranei¹¹. In particolare, la fissazione di un elevato ammontare minimo del capitale di costituzione delle aziende di credito, oltre a rappresentare di per sé una garanzia di capacità patrimoniale a favore dei depositanti, operava da impedimento all'accesso di un numero eccessivo di piccole e medie aziende che avrebbero sovraffollato il mercato¹². Rispondeva alla esigenza di razionalizzazione del mercato anche la obbligatoria, preventiva autorizzazione alla apertura di nuove filiali, atteso che il

¹¹ R. Costi, *L'ordinamento bancario*, cit., 44.

¹² Le aziende di credito che si fossero costituite dopo il 16 dicembre 1926 dovevano avere un capitale minimo versato di cinquanta milioni di lire, se si trattava di società per azioni di credito ordinario, dieci e cinque milioni di lire, se si trattava di ditte bancarie- individuali o in nome collettivo, o in accomandita semplice- esercenti una attività interregionale, o regionale o provinciale. Per le banche popolari era sufficiente un capitale iniziale di lire trecentomila, nella ipotesi in cui esplicassero la loro attività in una provincia.

sovraffollamento, oltre a determinare una sproporzione rispetto alle esigenze della economia reale, avrebbe favorito una elevata competitività tra le imprese e, di qui, il ricorso a quelle pratiche che furono alla base di molte dei disastri bancari, tra le quali l'aumento del tasso di interesse e, quindi, della rischiosità degli impieghi.

La obbligatorietà, per le sole aziende di credito che raccogliessero depositi, della costituzione di una riserva ordinaria, mediante destinazione di almeno un decimo degli utili annuali, sino a che questa avesse raggiunto il 40% del capitale, ancora forniva la garanzia di una sufficiente consistenza patrimoniale, e, peraltro, estese la previsione contenuta nell'art. 182 c. comm., a tutte le aziende di credito a prescindere dalla forma e dal tipo adottato, raddoppiando la percentuale annua degli utili ad essa da destinarsi ed il suo ammontare minimo. Allo scopo di impedire la "corsa" alla raccolta dei depositi e la sovraesposizione della banca, si impose un vincolo oggettivo anche con riguardo al rapporto minimo che doveva sussistere tra l'ammontare del patrimonio dell'azienda di credito e l'importo dei depositi comunque costituiti, rispetto al quale il patrimonio non poteva essere inferiore ad un ventesimo¹³.

Infine, sia per gli istituti sia per le aziende di credito, era fatto divieto, salva la concessione di eventuali deroghe, di accordare ad uno stesso obbligato un fido superiore al quinto del capitale versato e delle riserve dell'azienda, al fine di evitare la concentrazione del finanziamento e del rischio, in considerazione della sua idoneità a rendere difficoltoso ed incerto lo smobilizzo dell'impiego¹⁴.

L'obiettivo informatore degli istituti esaminati era quello di tutelare il risparmio e tale tutela esigeva, preliminarmente, il risanamento ed il riordino del mercato

¹³ La eventuale eccedenza doveva essere investita in titoli di Stato o garantiti dallo Stato, da depositarsi in conto corrente presso l'Istituto di emissione, o versarsi in contanti all'Istituto medesimo, in conto corrente fruttifero. Alle aziende di credito preesistenti fu concesso un termine di quattro anni, decorrente dal 16 dicembre 1926, per uniformarsi alle norme relative alla proporzione tra patrimonio e depositi. Per patrimonio doveva essere inteso il capitale versato e le riserve, dovendosi ritenere escluse le impostazioni correttive di altre poste dell'attivo, di indicazioni di passività presunte e non accertate. Mentre con riguardo ai depositi, mancando una specificazione legislativa, operò la interpretazione estensiva esposta, A. De Gregorio, *La legislazione italiana sulla tutela del credito*, cit., 36. Mentre con riguardo ai depositi, mancando una specificazione legislativa, operò la interpretazione estensiva esposta. Vedi ancora A. De Gregorio, *La legislazione italiana sulla tutela del credito*, cit., 36.

¹⁴ I fidi concessi ad un singolo obbligato, eccedenti il quinto del capitale versato e delle riserve, dovevano essere denunciati entro tre mesi all'Istituto di emissione del capoluogo di provincia e regolarizzati nel termine di tre anni.

La limitazione del fido, peraltro, avrebbe reso difficoltosa la scalata alle banche e quindi, la possibilità di disporre del denaro delle banche medesime, ma anche e soprattutto di quello dei depositanti. Onde evitare la elusione della norma, e garantirne la piena efficacia, per fido doveva intendersi qualunque rapporto giuridico, dal quale sarebbe derivato un debito per il cliente. Così, A. De Gregorio, *La legislazione italiana sulla tutela del credito*, cit. 38

bancario, stante lo stato di dissesto in cui esso versava. Ciò fu realizzato attraverso la predisposizione di un sistema capace di prevenire e prontamente porre rimedio alle eventuali situazioni di crisi, circoscrivendole, al fine di evitare che queste si ripercuotessero sul sistema finanziario e su quello della economia nazionale. E non è un caso, infatti, che a quello del mercato bancario, si accompagnò il riordino del sistema monetario, con il R.D.L. 6 maggio 1926, n. 812, che unificò l'emissione dei biglietti di banca concedendola alla sola Banca di Italia, alla quale tale potere sarebbe stato in seguito riconosciuto dalla legge bancaria del 1936-38 come prerogativa istituzionale¹⁵.

Tuttavia, alla definizione di una disciplina di sistema non si accompagnò la definizione di una disciplina autonoma di tutela del risparmiatore e non fu dato rilievo alcuno al momento contrattuale banca-depositante, né sotto il profilo restitutorio, né sotto quello della trasparenza. La ragione deve essere probabilmente ricercata nel carattere collettivo e pubblicistico che il risparmio aveva assunto, sicché la tutela non fu accordata tanto al contratto di deposito, del quale, infatti, i provvedimenti del 1926 non fornirono neanche una definizione, quanto alla parte di capitale nazionale rappresentata dal risparmio, nella forma di deposito. Tale tutela fu affidata alla stabilità del sistema ed alla ricomposizione del rapporto fiduciario che caratterizza all'origine l'operazione di deposito, in considerazione della circostanza che *«l'obbligazione di custodia e di mantenimento delle somme depositate nella disponibilità del depositante costituisce un elemento caratteristico del contratto di deposito»*¹⁶.

I provvedimenti del 1926 mirarono quindi a tutelare la stabilità patrimoniale e sistemica delle banche in funzione della affidabilità del settore del credito, in tal modo tutelando anche il depositante, attraverso la “garanzia” in ordine alla restituzione dei depositi affidati. La legge intervenne così da moderatrice e regolatrice del mercato bancario, ponendo le basi a quel sistema di vero e proprio governo del credito che la successiva legge del 1936-38 avrebbe imposto¹⁷, sebbene i divieti, i vincoli e le misure cautelative di carattere oggettivo non legittimassero gli organi politici e tecnici, preposti a verificarne il rispetto, ad intervenire nel merito

¹⁵ Con l'unificazione della concessione di emissione in capo alla Banca d'Italia, il Banco di Napoli ed il Banco di Sicilia, pur rimanendo banche pubbliche, persero la natura di istituti di emissione

¹⁶ P. Greco, *Le operazioni di banca*, Padova, 1930, 178.

¹⁷ M. S. Giannini, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e Credito*, 1949, 115, ritiene che si possa legittimamente attribuire al sistema delineato dai provvedimenti del 1926, la qualifica di «polizia dell'economia».

degli statuti, delle deliberazioni, dell'organizzazione e della gestione della attività bancaria, stante il carattere eccezionale del sistema delineato¹⁸.

La crisi internazionale che si verificò alla fine degli anni venti e la conseguente depressione economica certamente incisero sul processo di risanamento del mercato bancario, ma l'obiettivo della razionalizzazione del mercato fu senz'altro conseguito. Unitamente alle crisi, gli istituti della revoca dell'autorizzazione e quello della fusione contribuirono a ridurre notevolmente il numero delle aziende iscritte all'albo, tra il 1927 ed il 1935, ed anche l'adeguamento del rapporto tra patrimonio e fido trovò esecuzione. Tuttavia, le molteplici e sovrapposte normative dettate in materia bancaria e la necessità di creare un ordinamento organico, che non fosse circoscritto al problema della tutela del risparmio, condussero alla promulgazione di una *legge bancaria*.

1.2 Il carattere dirigistico delle soluzioni adottate dalla legge bancaria del 1938

Il sistema delineato dai provvedimenti del 1926 contribuì alla realizzazione del risanamento del mercato bancario ed alla stabilizzazione patrimoniale e sistemica delle banche, nella quale risedette quella tutela dei depositi cui i decreti erano stati espressamente demandati. E proprio dal presupposto del superamento della fase critica, che aveva condotto alla definizione di una disciplina speciale per le banche ordinarie, si procedette ad una riforma organica che investì la materia bancaria nella sua interezza.

Come esposto nel paragrafo precedente, gli interventi del 1926 avevano definito una disciplina limitata ai profili di tutela che riconosceva, sì, un ruolo primario ad un organo politico, ma attraverso la attribuzione di strumenti, quali autorizzazioni, divieti e misure cautelative, che lo limitavano ad una funzione di *polizia* e di *moderazione* del settore bancario. Diversamente, il R.D.L. 12 marzo 1936, n. 375, «*disposizioni per la difesa del risparmio e per la disciplina della funzione creditizia*», convertito, con modificazioni, nella legge 7 marzo 1938, n. 141, riflesse l'esigenza e l'opportunità di creare un ordinamento bancario organico, suscettibile, in astratto, di essere funzionalizzato ai programmi della politica economica, in un'ottica di

¹⁸ A. Scialoja, *La tutela del risparmio e la vigilanza sulle società bancarie*, in *Foro it.*, 1933, c.1556.

governo del sistema “credito”¹⁹. L’emanazione della cosiddetta *legge bancaria* si inserisce infatti in una fase in cui la crisi che colpì sul finire degli anni venti il sistema capitalistico internazionale mise diversi Stati sulla via dell’accentramento e del dirigismo e mosse ad un rinnovamento legislativo che fu fortemente condizionato dal corporativismo e dalla costruzione di uno Stato corporativo. Così l’intervento riformatore fu rivolto alla creazione di un assetto strutturale che, attraverso disposizioni operanti non solo a livello di disciplina dell’impresa, ma anche a livello di mercato, conferisse unitarietà al sistema, elevandolo ad ordinamento autonomo, ed alla definizione di una disciplina che rimettesse al Governo la disponibilità della leva del credito²⁰.

L’ispirazione non meramente limitata alla vigilanza ed alla tutela dei depositi, ma estesa all’indirizzo ed alla destinazione degli impieghi, conferì alla legge del 1938 un carattere pubblicistico, che la distinse dagli interventi del 1926 *in primis* sotto il profilo dei soggetti della vigilanza sul settore bancario- creditizio²¹. A questa fu preposta una struttura di vertice pubblica, con l’attribuzione di poteri di controllo sull’ingresso nel mercato, sulla espansione territoriale e su momento gestorio, la quale avrebbe garantito l’unità di indirizzo che al settore si voleva conferire e che avrebbe trovato un limite oggettivo nella frammentazione delle competenze tra diversi uffici ministeriali. L’alta vigilanza e la direzione politica di tutte le aziende e gli istituti di credito furono demandate ad un comitato dei Ministri, presieduto dal Capo del Governo e composto dai Ministri per le finanze, per l’agricoltura e le

¹⁹ La conversione in legge del R.D.L. 12 marzo 1936, n. 375 fu particolarmente “travagliata”. Il relativo disegno di legge, approvato con modificazioni il 23 maggio 1936, fu approvato dal Senato il 15 maggio 1937 con ulteriori emendamenti, e quindi ritrasmesso alla Camera dei Deputati. A causa della chiusura dei lavori parlamentari, il Governo ritenne necessaria ed urgente la emanazione di un nuovo decreto legge, 17 luglio 1937 n.1400, che riproducesse gli emendamenti proposti dalla Camera e dal Senato, il quale abrogò il R.D.L. 12 marzo 1936, n. 375. La conversione in legge, tuttavia, intervenne per entrambi. Con legge 7 marzo 1938, n. 141 fu convertito il decreto n. 375; con legge 7 aprile 1938, n.636, fu convertito il decreto n.1400, il quale, in sede di conversione, fu ridotto ai soli articoli modificati. L’originario R.D.L. 12 marzo 1936, n. 375, all’art. 101, disponeva la successiva emanazione di «*norme complementari e di attuazione occorrenti per l’esecuzione del presente decreto*», nella forma di decreti reali, su proposta del Capo del governo, di concerto con i Ministri per le Finanze, per l’Agricoltura e Foreste, sentito il Comitato tecnico corporativo del credito, le quali, tuttavia, furono inserite nel testo di legge, attraverso le numerose modifiche che l’originario decreto ha subito. Per una esposizione dettagliata dell’*iter* si veda G. Ruta, *Il sistema della legislazione bancaria*, Bancaria, Roma, 1975, 81 ss.

²⁰ G. Vignocchi, *Il servizio del credito nell’ordinamento pubblicistico italiano*, Giuffrè, 1968, 6, il quale individua, tra le finalità della legge bancaria, quella di creare un ordinamento autonomo, seppure sezionale, strutturato in maniera piramidale.

²¹ Sostenevano, tra gli altri, il fondamento pubblicistico della legge bancaria G. Lampis, *L’ordinamento bancario*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1939, I, 43; O. Ranelletti, *L’inquadramento sindacale degli enti di credito di diritto pubblico e delle casse di risparmio*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1938, I, 6 ss.; M.S. Giannini, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito, riv. trim. della banca nazionale del lavoro*, 1949, 105.

foreste e per le corporazioni, mentre la vigilanza “tecnica” fu attribuita ancora ad un organo dello Stato, l’Ispettorato per la difesa del risparmio e l’esercizio del credito, alle dipendenze del comitato, con a capo il Governatore della Banca di Italia, art. 12 l. bancaria, dichiarata istituto di emissione di diritto pubblico²². In particolare, il comitato era tenuto a sentire il Comitato corporativo centrale, al fine di adeguare le esigenze di sviluppo della economia nazionale e della vita dello Stato alla formazione del risparmio ed alle possibilità di credito del paese, e fissava le direttive per l’azione dell’Ispettorato, il quale agiva in forza delle attribuzioni espressamente riconosciutegli dalla legge ed in sostituzione degli organi destituiti dai ruoli che precedentemente ricoprivano sul settore bancario e creditizio²³. La soppressione dell’Ispettorato e del comitato dei Ministri, operata dal D.L. Lgt. 14 settembre 1944, n.226, con attribuzione provvisoria dei relativi compiti al Ministro del tesoro e con delegazione alla Banca di Italia delle attribuzioni di vigilanza sulle aziende di credito, che già peraltro di fatto esercitava, non deve essere ricondotta ad una, seppure temporanea, riapertura al “liberismo”, ma, piuttosto, al contingente momento politico, superato il quale si tornò ad una struttura pubblicista²⁴. Con il D.L.C.P.S. 17 luglio 1947, n.691, fu infatti istituito un nuovo comitato interministeriale per il credito ed il risparmio, con compiti di alta vigilanza in

²² Il carattere di istituto di diritto pubblico le era riconosciuto da una parte della dottrina, già sotto il vigore della disciplina previgente. P. Greco, *Corso di diritto bancario*, cit., 107 e 108, rilevava che ancorché la Banca d’Italia fosse costituita in forma di società anonima per azioni, il cui capitale poteva appartenere anche interamente a privati, non si potesse negare la circostanza che essa esercitasse funzioni vitali per l’economia nazionale, non riducibili all’ambito di una ordinaria concessione amministrativa sul servizio di emissione e su quello di tesoreria dello Stato, e che fosse una *istituzione* strumentale alla azione di governo nel campo monetario e finanziario, i cui utili erano in larga parte riservati allo Stato.

Con la qualificazione ufficiale di istituto di diritto pubblico fu modificata la disciplina del capitale, che doveva essere rappresentato da quote appartenenti solo ad enti pubblici di credito e ad enti di previdenza e di assicurazione.

²³ Secondo il R.D. 27 dicembre 1934, il comitato dava «*pareri sulle questioni riflettenti gli orientamenti politici dell’azione sindacale rispetto ai problemi nazionali della produzione ad ai fini morali dell’ordinamento corporativo*».

²⁴ In capo al Ministro per il Tesoro fu previsto l’obbligo di concertarsi con i Ministri interessati prima della adozione dei provvedimenti legislativi, regolamentari e ministeriali riguardanti l’organizzazione, l’approvazione degli statuti, la nomina degli organi amministrativi e dei dirigenti delle aziende e degli istituti di credito la cui attività ricadesse nell’ambito di competenza del Ministero dell’Agricoltura e Foreste, del Ministero dell’Industria, Commercio, lavoro o di altri Ministeri.

Il D.L.C.P.S. 23 agosto 1946, n.370, estese la disciplina dei titoli V, VI, VII e VIII agli istituti ed enti non compresi tra quelli indicati dall’art. 41, R.D.L., 12 marzo 1936, n. 375, preesistenti alla data di entrata in vigore del decreto o che si fossero costituiti successivamente.

materia creditizia e valutaria, mentre la vigilanza tecnica sulle aziende di credito fu conservata in capo alla Banca di Italia²⁵.

Il comitato era investito di una funzione di generale indirizzo politico- giuridico; il Ministero emanava ufficialmente i provvedimenti adottati dal comitato ed aveva la sovrintendenza generale e diretta su tutto l'ordinamento creditizio ed era perciò competente per la realizzazione, sul piano amministrativo- giuridico, degli orientamenti del comitato; la Banca di Italia ricopriva un ruolo di attuazione ed esecuzione delle deliberazioni adottate dagli organi ministeriali, e di accertamento e vigilanza, in una posizione di maggiore autonomia rispetto a quella originariamente riconosciuta dalla legge bancaria al destituito Ispettorato, che operava infatti *alle dipendenze* del comitato dei Ministri. Di fatto, quindi, il vertice era presieduto da un organo di natura burocratico- politica, essendo il Ministro per il tesoro ad emanare, formalmente, gli atti adottati nell'ambito delle funzioni decisorie pure rimesse al comitato e potendo questo, nei casi di urgenza, adottare decisioni senza avere previamente sentito il comitato.

Il carattere pubblicistico della legge bancaria si rinviene anche nell'oggetto della vigilanza. Il primo articolo statuiva infatti che «*La raccolta del risparmio tra il pubblico sotto ogni forma e l'esercizio del credito sono funzioni di interesse pubblico*». Su questa caratterizzazione si tornerà nei paragrafi successivi, ad essa dedicati. A fini introduttivi, basti ora rilevare che essa legittimò l'orientamento, sotto il profilo operativo, della attività bancaria ai superiori interessi nazionali, pur rimanendo essa comunque conservata nella sfera della iniziativa privata e perciò sottratta all'area della riserva a favore dello Stato, fatta eccezione per talune operazioni, in considerazione della particolare funzione assoluta o dei privilegi che le assistevano, come la emissione di biglietti di banca o l'esercizio del credito fondiario, agrario etc.

26

Un secondo rilievo deve essere fatto con riguardo alla circostanza che la norma fornì una qualificazione tecnico-giuridica della attività bancaria, individuandone gli

²⁵ Il Comitato era composto dal Ministro del tesoro, che lo presiedeva, dai Ministri per i lavori pubblici, per l'agricoltura e foreste, per l'industria commercio e artigianato, per il commercio con l'estero e dal Ministro senza portafoglio designato eventualmente alla presidenza del comitato interministeriale dei prezzi, D.L. 20 gennaio 1948, n.10.

²⁶ B. Mussolini affermò che lo Stato era chiamato in causa in quanto, essendo «*espressione politica, giuridica, morale, volitiva della nazione*», non poteva estraniarsi da quelle forme dell'attività, *anche privata*, che interessassero tutta la nazione, B. Mussolini, *La politica economica del Regime*, in *Scritti e Discorsi di Benito Mussolini. 1914-1939*, Editalia, vol. VII, 273.

Le funzioni bancarie erano esercitate da Istituti di credito, da banche di interesse nazionale, da Casse di risparmio, e da Istituti, Banche, enti ed imprese *private* autorizzati.

elementi tipici ed essenziali nella raccolta del risparmio e nell'esercizio del credito. Rispetto ai provvedimenti del 1926, la legge bancaria, proprio in quanto demandata ad istituire un ordinamento organico, estendeva così il suo ambito di applicazione alla attività bancaria *tout court*, considerata nel momento dell'esercizio del credito ed in quello della raccolta del risparmio *in ogni sua forma*, quindi anche per mezzo di emissioni obbligazionarie, così sottoponendo alla disciplina tutte le aziende di credito, a prescindere dalla lunghezza delle operazioni di raccolta²⁷.

Ancora sotto il profilo tecnico-giuridico, la legge recepì la soluzione che i provvedimenti del 1926 avevano adottato con riguardo al problema della solvibilità delle banche, fissando la distinzione delle *aziende*, che raccoglievano risparmio a breve termine, art. 5 l. bancaria, dagli *istituti*, operanti nel medio e lungo termine, art. 6 l. bancaria, le prime disciplinate nel titolo V, le seconde nel titolo VI, con l'effetto di imporre l'allineamento delle scadenze dei debiti contratti dalle banche nella raccolta del risparmio con i prestiti concessi. Peraltro, inizialmente, le banche operanti nel breve periodo furono sottoposte dalla legge ad una vigilanza particolarmente penetrante, diretta a garantirne la capacità di soddisfare tempestivamente la richiesta di rimborso da parte dei depositanti²⁸. Fissò, inoltre,

²⁷ La legge bancaria usò l'espressione «raccolta del risparmio», mentre i provvedimenti del 1926 si riferivano alla «raccolta di depositi». La raccolta del risparmio doveva costituire la ordinaria attività delle banche, mentre l'esercizio del credito doveva realizzarsi con le operazioni proprie della funzione creditizia dichiarata di interesse pubblico, quindi con operazioni di carattere bancario, esercitate come oggetto continuativo e normale, nei confronti di una categoria più o meno larga di clienti.

Anche il settore del credito mobiliare venne attratto all'area sottoposta a vigilanza. L'art. 2 sottoponeva alla autorizzazione dell'Ispettorato ogni emissione di valori mobiliari da parte delle aziende soggette al suo controllo o i relativi titoli che si volessero ammettere al mercato dei valori mobiliari nelle Borse del Regno. Gli artt. 43, 45 e 46 sottoponevano alla autorizzazione le partecipazioni bancarie a sindacati di collocamento di titoli e valori in Italia ed all'estero, nonché i prestiti e l'assunzione di partecipazioni finanziarie fuori del Regno, come pure la collocazione nel Regno di titoli esteri di Stato e di qualsiasi specie.

L'estensione del controllo era fondata anche sulla esigenza di vigilare «sulla espansione del credito oltre la normale possibilità di formazione del risparmio, per impedire l'eccessivo rincarare del denaro, che deriverebbe dalla esagerata richiesta di credito. Tale controllo tende pure a convogliare gli investimenti del denaro verso quelle forme che ne rappresentano il migliore collocamento, non tanto dal punto di vista strettamente egoistico e privato, quanto di quello dell'interesse pubblico».

²⁸ Con la legge 10 giugno 1940, n.933, la disciplina delle aziende e degli istituti di credito fu assimilata attraverso la estensione a questi ultimi dell'istituto della amministrazione straordinaria, mentre il D. lgs. c.p.s. 23 agosto 1946, n. 370, rese unitario il sistema di indirizzo e vigilanza, disponendo la applicazione a tutti gli enti ed a tutti gli istituti che raccoglievano risparmio a medio e lungo termine, le norme dettate per le aziende di credito.

La distinzione tra raccolta a breve, a medio ed a lungo termine era rimessa alle autorità creditizie. Le aziende di credito che raccoglievano risparmio a breve termine erano classificate in Istituti di credito di diritto pubblico e Banche di interesse nazionale; banche ed aziende di credito in genere che raccogliessero tra il pubblico depositi a vista o a breve termine, a risparmio, in conto corrente o sotto qualsiasi forma o denominazione; filiali esistenti nel Regno di aziende di credito straniere; Casse di risparmio; Monti dei Pegni; Casse rurali ed Agrarie.

Nessuna classificazione particolare era invece fatta con riguardo alla raccolta di risparmio a medio e lungo termine.

una generale distinzione statutaria tra banche di diritto pubblico e banche di diritto privato, che comunque sottopose alla medesima disciplina di tutela.

La specializzazione ed il pluralismo che la legge bancaria intese conservare e recepire determinarono una certa frammentazione del settore, e sebbene questa, *prima facie* possa sembrare contrastante la unitarietà che ad esso si voleva conferire, in realtà favorì ed agevolò l'intervento direttivo degli organi preposti²⁹, ed in considerazione della circostanza che l'ambito di operatività dei diversi tipi di operatori bancari era vincolato dalla specificità degli statuti, produsse l'effetto di contenere la concorrenza tra gli operatori, a favore della stabilità del sistema bancario³⁰.

La specialità dell'impresa bancaria rispetto alla disciplina dell'imprenditore commerciale dettata dal codice di commercio, come introdotta dai provvedimenti del 1926 attraverso le disposizioni in tema di autorizzazione amministrativa ed iscrizione ad apposito albo, di vincoli relativi al patrimonio, alle riserve, al rapporto tra patrimonio e le operazioni passive, dei profili contabili e della pubblicità delle situazioni, fu trasfusa nella *legge bancaria* con talune modificazioni, per lo più riconducibili al disegno di *governo* del credito, sotteso alla riforma. Così, agli organi di vigilanza si riconobbe un potere di ingerenza nella gestione societaria, con riguardo alla fissazione dei tassi attivi e passivi, delle condizioni di operazioni di deposito, di conto corrente e delle provvigioni, alla convocazione delle assemblee dei soci o degli enti partecipativi, per sottoporre loro i provvedimenti ritenuti utili alle aziende, mentre la fissazione di vincoli patrimoniali, quali il limite minimo del capitale ed il rapporto tra patrimonio, depositi e fidi non fu predeterminata, ma rimessa alla discrezionalità ancora dell'organo di controllo.

Come nel 1926, il legislatore del 1938 omise di disciplinare il momento contrattuale banca- depositante e, più in generale, banca- cliente, mancando di riconoscerne la debolezza e, quindi, il merito di un sistema di tutela che operasse per via diretta. Sotto questo profilo, risultava, quindi, ancora obbligato il rinvio al sostrato normativo di diritto comune, come si vedrà in seguito. La disciplina speciale, invece, implicitamente affidava la tutela del risparmiatore a quella della stabilità del sistema bancario- creditizio, che invero fu notevolmente rafforzata. Le barriere

²⁹ S. Cassese, *La divisione del lavoro bancario. Distribuzione funzionale e territoriale del credito dal 1936 ad oggi*, in «*Economia italiana*», 1938, 380.

³⁰ M. Nigro, *Profili pubblicistici del credito*, Padova, 1970, 48 ss, il quale rilevava come le banche non esercitassero la «attività bancaria», ma solo una frazione di questa.

giuridiche all'entrata nella forma di autorizzazione amministrativa in funzione di programmazione dell'esercizio dell'attività bancaria, la forte specializzazione operativa e geografica, le limitazioni alla possibilità di apertura di nuovi sportelli ed i numerosi vincoli patrimoniali imposti alle imprese bancarie immunizzarono il sistema nazionale da eventuali ripercussioni sistemiche delle crisi di singoli operatori ed altresì da quelle che si verificarono nel panorama internazionale. E tali previsioni furono tanto più efficaci in quanto rimesse al controllo di un apparato di natura politico- burocratica che agiva in modo unitario ed omogeneo, attraverso la precisa fissazione di ampi poteri cui non corrispondeva la definizione dei limiti o dei fini ai quali il loro esercizio avrebbe dovuto attenersi, così ampliandone la portata. Tuttavia, la tutela che ai risparmiatori si intese accordare attraverso la garanzia in ordine alla restituzione dei depositi trovò una restrizione proprio nella circostanza che l'oligopolio amministrato che si venne a configurare, sotto le apparenze di una artificiosa stabilità patrimoniale e sistemica, nascondeva la assenza della spinta concorrenziale che avrebbe condotto le imprese ad una condizione di efficienza.

SEZIONE II

1. LO STATUTO DELLA ATTIVITÀ BANCARIA DEFINITO DALLA LEGGE DEL 1936. IL MOMENTO "PUBBLICISTICO" DELL'ORDINAMENTO BANCARIO ITALIANO

1.1 L'impresa bancaria come impresa funzione: la considerazione della attività bancaria quale servizio pubblico in senso oggettivo

La connotazione pubblicistica attribuita alla attività bancaria sotto il vigore della legge del 1936 trovava espresso riconoscimento all'art. 1 del R.D.L. 12 marzo 1936, n. 375, il quale stabiliva che "La raccolta del risparmio tra il pubblico sotto ogni forma e l'esercizio del credito sono funzioni di interesse pubblico"³¹.

In via preliminare, deve essere rilevato che questa disposizione non fornisce una vera e propria nozione di attività bancaria. Tale espressione, invero, non si ritrova nella legge, che mai la menziona espressamente, pur avendo sottoposto i soggetti

³¹ Tale enunciazione è stata ribadita anche dalla giurisprudenza amministrativa, cfr Cons. Stato, 2 dicembre 1949, in *Foro amministrativo*, 1950, I, 123.

che la esercitassero ad uno statuto speciale, articolato e complesso. L'art. 2 disponeva infatti che «*tutte le aziende che raccolgono il risparmio tra il pubblico ed esercitano il credito, siano di diritto pubblico che di diritto privato, sono sottoposte al controllo di un organo dello Stato...*». Anche il successivo Codice civile ha mancato di definire il contenuto della attività bancaria, pur avendo previsto, all'art. 2195, n.4 c.c., l'obbligo di iscrizione al registro delle imprese per gli imprenditori che esercitino una «*attività bancaria*», ed altresì una disciplina dei «*contratti bancari*», il cui ambito di applicazione, peraltro, non risulta limitato a quello delle banche, essendo ammessi alla loro conclusione anche soggetti diversi³². La attività bancaria si inseriva così in un quadro normativo ampio ed al contempo indeterminato, che tuttavia non ha ostato ad una ricostruzione prevalentemente condivisa, non solo in ordine al suo contenuto effettivo, ma anche al rapporto esistente tra diritto comune e legge speciale.

Con l'espressione attività bancaria doveva intendersi una attività di intermediazione, il cui contenuto andava dedotto esclusivamente dalla legge speciale la quale, implicitamente, attraverso il combinato disposto dell'art. 1 e dell'art. 2 l. bancaria, lo fissava nella raccolta del risparmio e nell'esercizio del credito. Questo contenuto si ritenne tacitamente accolto dal codice civile, dovendosi escludere che l'art. 2195 c.c. si contrapponesse alla norma della legge bancaria³³. In particolare, secondo l'opinione prevalente, in tanto si configurava

³² La specialità dei contratti bancari si concreta nel dato soggettivo, ossia nella circostanza che una delle due parti è rappresentata da un ente bancario. Il contratto bancario, in sostanza, corrisponde quindi ad un contratto ordinario ed i contratti inerenti le operazioni accessorie, quali il servizio di cassette di sicurezza o il deposito dei titoli di amministrazione, possono essere conclusi anche da privati. Così, F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, 1183.

³³ La dottrina, mutuando le conclusioni della economia e della pratica, ancor prima della entrata in vigore della legge bancaria, era giunta a considerare la banca quale intermediaria del credito, e le operazioni bancarie quali contratti di intermediazione del credito. Vedi A. Arcangeli, *La natura commerciale delle operazioni di banca*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, 23. Nel senso del coordinamento tra il codice civile e la legge bancaria, G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1960, 70; G. Minervini, *Banca, attività bancaria e contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1962, I, 313 e ss., il quale sostiene che le *nozioni* della legge bancaria siano idonee a dare contenuto alle *enunciazioni* del codice civile; G. Molle, *Il caso Giuffrè e la legge bancaria*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1960, I, 407; W. Bigiavi, *Il Fallimento Giuffrè*, in *Giurisprudenza italiana*, 1959, I, 2, cc. 355. In particolare, l'Autore rileva la superfluità del n. 4 dell'art. 2195 c.c., ritenendo che a caratterizzare l'attività bancaria sia soltanto la legge speciale, ed altresì l'opportunità di svincolare la attività bancaria dal requisito di intermediazione, sì da risultare sottoposto alla disciplina di tutela anche la sola attività di raccolta del risparmio. *Contra*, ossia nel senso della autonomia delle nozioni civilistiche, A. Pavone La Rosa, *Recensione a Folco*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, 92; F. Messineo, *Caratteri giuridici comuni, concetto e classificazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1960, I, 321, secondo il quale «Non la banca qualifica il contratto bancario; bensì il contratto bancario qualifica la banca, la quale, dunque, è il *posterius* e non il *prius*» e, quindi, la nozione di banca doveva essere dedotta da quella di contratto bancario, *ex artt.* 1834 e ss c.c.. In giurisprudenza, si segnala l'orientamento del Tribunale di Bologna che con sentenza del 10 marzo 1961, in *Riv. dir. comm.*, 1961, II, 221, relativa al caso Giuffrè, distingue la

l'esercizio della attività bancaria e, quindi, poteva reputarsi applicabile la normativa di controllo, in quanto il momento della raccolta del risparmio e quello dell'esercizio del credito fossero funzionalmente correlati. Si ritenne cioè che la nozione di attività bancaria rinvenibile nella legge presupponesse l'esercizio congiunto della raccolta del risparmio e del suo impiego³⁴. E questa conclusione trovava conforto non solo nel dato positivo, ma anche nella *ratio* sottesa alla disciplina approntata dalla legge, ossia quella di incoraggiare la formazione del risparmio ed agevolarne l'incremento.

L'intervento nel settore bancario fu ispirato dalla necessità di tutelare il superiore interesse nazionale al regolare svolgimento della funzione creditizia ed alla salvaguardia del risparmio, quale leva per lo sviluppo della economia italiana. Rispetto a questa accezione collettiva, l'interesse del singolo risparmiatore e la sua tutela giuridica ancora risultarono relegati a una posizione di subordine rispetto alla tutela dell'interesse generale, attraverso un complesso di controlli preventivi sulla attività di impiego dei depositi che, proprio in forza della canalizzazione preordinata e "guidata", ne rendessero più sicura ed affidabile la raccolta.

A tale scopo, il legislatore del 1936 non si è limitato a definire un sistema di polizia del credito diretto alla tutela privatistica del risparmio e dei risparmiatori, ma ha

attività bancaria *lato sensu*, ossia quella contemplata dal codice civile comprendente «*il compimento di qualsiasi operazione avente per oggetto la moneta come tale, dall'emissione alla circolazione ed al credito*», da quella *stricto sensu*, disciplinata dalla legge bancaria. In senso opposto, la Corte di Appello di Bologna, con sentenza 12 giugno 1962, in *Riv. Dir. Comm.*, 1963, II, 56, relativa allo stesso caso, ha affermato la coincidenza della nozione speciale e di quella comune.

³⁴ W. Bigiavi, *Il caso Giuffrè*, cit., cc. 153; G. Minervini, *Banca, attività bancaria e contratti bancari*, cit.; Crespi, *Attività bancaria e raccolta di risparmio non autorizzata*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1960, I, 489 ss.; C. Pratis, *La disciplina giuridica delle aziende di credito*, Milano, 1959, 19; A. Lanza, *Attività creditizia delle imprese finanziarie*, in *Riv. delle società*, 1962, 389; V. Buonocore, *Postilla in tema di attività bancaria*, in *Giur. comm.*, 1976, II, 817; M. Nigro, *Profili pubblicistici del credito*, Padova, 1970, 40, il quale sul presupposto che vi è impresa bancaria solo se l'esercizio del credito sia congiunto alla raccolta del risparmio, qualifica gli imprenditori bancari come una categoria dei soggetti esercenti la attività creditizia; G. Molle, *Il «caso Giuffrè» e la legge bancaria*, cit., 411. La Corte di Appello di Bologna, con sentenza 12 giugno 1962, citata alla nota 31, ha spostato il baricentro sulla nozione di impresa bancaria, affermando che questa deve essere desunta esclusivamente dalla legge bancaria e, risultando essa «*collegata ad una attività di raccolta indiscriminata di capitali, funzionalmente preordinata alla concessione del credito*», non può prescindere dal contemporaneo esercizio della attività di raccolta e di impiego delle disponibilità monetarie, funzionalmente collegate tra di loro; Cass., 8 aprile 1965, n. 611, in *Banca, borsa e tit. di credito*, 1965, II, 337. Le conclusioni della dottrina e della giurisprudenza trovavano un diretto riscontro nei lavori preparatori della legge bancaria. Nella Relazione della Giunta generale del bilancio per la conversione in legge del R.D.L. 12 marzo 1936, n. 375, si legge che: «Le due attività -di raccolta e di esercizio del credito- debbono necessariamente concorrere perché la legge possa trovare applicazione» e che «da raccolta del risparmio è...giustamente considerata come una attività di interesse pubblico in quanto sia preordinata all'esercizio del credito». In senso contrario, A. Formigini, *Attività bancaria illecita*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, 251, il quale argomentando che «*il controllo sul credito sia stato visto come il mezzo fondamentale di controllo, che permetterà di attuare la difesa del risparmio raccolto*» riteneva possibile considerare attività bancaria, e come tale sottoposta al regime di tutela, anche lo svolgimento disgiunto della raccolta del risparmio e dell'esercizio del credito.

inteso disciplinare organicamente la materia della attività bancaria nella sua interezza, considerata, dunque, e nel momento quantitativo della raccolta ed in quello qualitativo ed imprenditoriale degli impieghi, intervenendo nel senso di tutela e razionalizzazione del primo, nel senso di controllo e direzione del secondo. Peraltro, se sotto il profilo della vigilanza, la tutela della raccolta passava per il controllo sulla sicurezza degli impieghi, i due momenti non potevano che essere funzionalmente correlati anche sotto il profilo tecnico-operativo.

Con riguardo alla natura giuridica della attività bancaria, il legislatore del 1936, come per il contenuto, non ha fornito alcuna definizione, limitandosi a identificarla come *funzione di interesse pubblico*. Il rilievo pubblicistico e la preordinazione alla realizzazione di un pubblico interesse, si fondavano proprio su questa qualificazione. In sede interpretativa, si intese valorizzare la terminologia legislativa e la sua esegesi si inserì in quel lungo dibattito dottrinale che finì con il giungere al riconoscimento della connotazione giuridica e non meramente sociologica del servizio pubblico e, quindi, alla ammissione, accanto ai servizi pubblici riconosciuti come tali sotto il profilo soggettivo, di quelli caratterizzati sotto il profilo obiettivo e sostanziale, che il legislatore cioè “cede” ai privati, pur conservandone la natura sostanzialmente pubblicistica³⁵. Così, alla attività bancaria fu attribuita la qualificazione di *servizio pubblico oggettivo in senso tecnico*³⁶. Tale ricostruzione si fondava, da un lato, sulla circostanza che l'insieme delle attività creditizie è rivolto ad assicurare prestazioni, vantaggi e benefici a favore dei singoli ma anche alla utilità generale, per cui non si trattava di una *funzione* in senso proprio, ma, appunto di un servizio a contenuto tecnico³⁷. Dall'altro lato, sul rilievo che essa, pur non

³⁵ G. Vignocchi, *Il servizio del credito nell'ordinamento pubblicistico italiano*, Milano, 1968, 49 e ss. definisce il rapporto tra lo Stato ed i privati che esercitano un servizio pubblico come “decentramento” speciale ed originario, distinguendolo da quello “normale e derivativo” tipico delle concessioni; R. Alessi, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956; M. S. Giannini, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito, riv. tri. della B.N.L.*, 1949, 113.

³⁶ In giurisprudenza, sulla qualificazione della attività bancaria come servizio pubblico in senso oggettivo vedi, per tutte, Cass. SS.UU., 10 ottobre 1981, n.10467, in *Foro it.*, 1981, II, 553 ss. con nota di F. Capriglione, la quale, peraltro, qualificò i soggetti privati legittimati ad esercitare la attività bancaria alla stregua di incaricati di pubblico servizio, ex art. 358, n.2 c.p.; Cass. pen., VI sez., 13 novembre 1985, n. 1520, in *Foro it.*, 1997, II, 75 ss.

³⁷ G. Vignocchi, *Il servizio del credito*, cit., 39. L'Autore, rileva che le locuzioni impiegate dal legislatore, in questo caso *funzione di interesse pubblico*, non sono vincolanti per l'interprete, soprattutto quando non avendo un carattere strettamente tecnico, siano smentite da dati ed elementi di sistema. Mentre devono ritenersi rispondenti all'effettivo significato le locuzioni che definiscono le attribuzioni degli organi pubblici dotati di poteri autoritativi di controllo e direzione nei confronti delle attività creditizie. Ancora, questi illustra l'*Excursus* attraverso cui si è giunti al riconoscimento giuridico del servizio pubblico in senso oggettivo, accanto ai servizi pubblici caratterizzati come tali sotto il profilo soggettivo e funzionale, e, quindi, ad una sostanziale dilatazione della materia dei servizi pubblici; Id, *Aspetti pubblicistici del servizio del credito*, in *Riv. tri. dir. pub.*, 1961, 555. Sulla nozione

essendo formalmente riferibile allo Stato né dallo stesso *concessa* ai privati, era comunque indirizzata al perseguimento di un interesse pubblico e sottoposta ad un sistema di vigilanza ed ad un penetrante intervento ad opera di organi pubblici. La identificazione della natura giuridica della attività bancaria passò quindi per la ammissione che, ai fini della qualificazione di servizio pubblico, non fosse rilevante solo l'aspetto formale dell'imputazione allo Stato di una determinata attività, ma anche la natura pubblica della attività esercitata, a prescindere da quella del soggetto che la esercitasse³⁸.

1.2 L'impresa bancaria pubblica

Il rilievo pubblico della attività bancaria, quindi, in quanto formalmente riconosciuto, si configurava indipendentemente ed a prescindere dal soggetto che la esercitasse, ossia dalla sua natura, pubblica o privata che fosse. Ed, invero, sotto il profilo soggettivo tanta e tale era la varietà degli operatori bancari, da rendere legittimo individuare nel *pluralismo* uno dei caratteri più marcanti del sistema definito dalla legge del 1936, e ciò, appunto, stante comunque la natura pubblica del loro oggetto. Accanto alle persone giuridiche pubbliche, componevano il settore le società commerciali private e le ditte individuali, in via transitoria. Tra le prime, gli istituti di credito di diritto pubblico, le casse di risparmio, i monti di pegno, gli istituti di credito pubblici, il consorzio di credito per le opere pubbliche, l'istituto per le imprese di p.u., l'istituto centrale per il credito a medio termine a favore delle medie e piccole industrie, ed altri istituti specializzati, anche aventi funzioni di credito, di partecipazione e di gestione, come L'I.m.i. e l'I.r.i.

La definizione ed, in altri casi, il mero riconoscimento di un'area pubblica nel mercato del credito non ebbe origine propriamente ed esclusivamente dalla volontà politica di circoscrivere una riserva di indirizzo, suscettibile di essere strumentalizzata alla programmazione economica nazionale, né a tale riserva condusse³⁹. La funzionalizzazione del credito e del risparmio ai disegni della politica

di servizio pubblico vedi G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, V, Milano, 1958, 345, il quale lo definisce come «qualunque prestazione di utilità fatta da un ente pubblico alla generalità dei cittadini o a determinate persone»; G. Vacchelli, *Servizi pubblici comunali e l'industria per l'illuminazione elettrica*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, I, 209.

³⁸ In tal senso si esprime anche la giurisprudenza di legittimità Cfr. Cass. 15 febbraio 1968, n.1816; 15 aprile 1975, n. 4133; 22 marzo 1980, n. 4058; 11 dicembre 1980, n.1216.

³⁹ R. Costi, *Riflessioni in tema di enti creditizi pubblici*, in *Bancaria*, 1983, 583 ss..

economica muoveva ed era al contempo legittimata *in primis* dalla pubblicità oggettiva della attività creditizia in sé considerata, ed era semmai integrata da quella soggettiva. Alla suddivisione fondata sulla natura giuridica dell'ente non corrispondeva, infatti, una diversità di disciplina sotto il profilo della vigilanza, essendo, in linea generale, tutte le imprese bancarie assoggettate allo stesso sistema di controllo ed indirizzo, ed al medesimo grado di ingerenza da parte degli organi di governo del settore.

Il ruolo assunto dalle banche pubbliche nell'ordinamento del credito deve essere valutato avuto riguardo anche ad altre considerazioni, di ordine diverso. Sul punto merita riportare la posizione assunta da una autorevole parte della dottrina nel rilevare l'esigenza di delineare la difformità di contenuti delle banche pubbliche, in considerazione della diverse istanze sottese alla loro stessa pubblicità ed altresì della diversità delle discipline speciali⁴⁰. In particolare, taluni autori hanno indistintamente applicato agli enti creditizi pubblici, in ragione della loro mera pubblicità, il modello organizzativo tipico degli enti di gestione delle partecipazioni statali, la cui attività di impresa è neutra rispetto all'interesse pubblico perseguito e deve perciò essere all'uopo indirizzata da parte dell'autorità pubblica. Sulla scorta di siffatta generalizzata ricostruzione, la pubblicità avrebbe comportato, aprioristicamente, la funzionalizzazione della banca al perseguimento di uno scopo pubblico ulteriore, e la sua sottoposizione ad un potere di manovra altrimenti non esercitabile, che avrebbero investito la banca pubblica di un ruolo diverso da quello attribuito alla banca privata⁴¹. Tuttavia, a questa conclusione si è opposto che la funzionalizzazione, alla quale dovrebbe corrispondere un potere di direttiva da parte delle autorità creditizie, deve essere accertata sulla base dell'ordinamento positivo, e non astrattamente, sulla base cioè dell'assunto secondo il quale, in

⁴⁰ R. Costi, *Riflessioni in tema di enti creditizi pubblici*, cit., 583 ss..

⁴¹ M. Nigro, *Profili pubblicistici del credito*, Padova, 1970, 53; G. Vignocchi, *Il servizio del credito*, cit., 146; M. Porzio, *Banche pubbliche- Banche private*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1981, I, 310 ss., il quale insiste su due elementi comuni alle strutture giuridiche pubbliche: la assenza dello scopo di lucro e la natura pubblica delle nomine. Ed in particolare dalla mancanza dello scopo di lucro fa discendere la maggiore libertà di potere delle autorità rispetto ai soggetti pubblici; A. Predieri, *Le ragioni e le leve del potere economico: credito e imprese pubbliche*, in AA.VV., *Il governo democratico dell'economia*, Bari, De Donato, 1976, 127. L'Autore sottolinea il carattere strumentale della banche pubbliche rispetto alla politica economica incentrata sui programmi di sviluppo, ma sembra svuotare di significato le sua conclusione, denunciando la svalutazione del ruolo pubblico delle banche pubbliche; V. Mezzacapo, *Enti pubblici creditizi*, CRIEC, Milano, 1966, 71; G. Molle, *La banca nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1980, 44. In questo senso vedi anche Cass. pen., 16 dicembre 1978, n. 2969, in *Giur. comm.*, 1979, II, 370, la quale ha affermato che «L'attuazione degli indirizzi e la realizzazione della politica economica governativa rappresentano il modo specifico di soddisfare i bisogni e gli interessi pubblici in funzione dei quali sono stati costituiti gli enti pubblici creditizi».

quanto pubbliche, le banche perseguono uno scopo specifico, ulteriore a quello proprio della attività bancaria.

L'indagine sulla sussistenza di particolari interessi politici o collettivi sottesi alla banca pubblica, rispetto a quella privata, specificamente aderenti, in concreto, alla tutela del risparmio, deve dunque essere condotta avendo riguardo al merito della disciplina speciale e dello statuto delle aziende di credito pubbliche, da un lato, e degli istituti di credito pubblici, dall'altro.

Le aziende di credito, e tra queste gli istituti di credito di diritto pubblico, *ex artt.* 5, lett.a) e 25, l. bancaria, quali il Banco di Napoli⁴², il Banco di Sicilia⁴³, il Banco di Sardegna⁴⁴, il Monte dei Paschi⁴⁵, l'Istituto San Paolo di Torino⁴⁶, la Banca Nazionale del Lavoro⁴⁷, le Casse di risparmio ed i Monti di credito, erano disciplinati dalla legge bancaria, dalle norme speciali e dai rispettivi statuti, approvati e modificati con decreto del Ministero per il Tesoro, sentito il Comitato Interministeriale, ed erano istituzionalmente preposte all'esercizio dell'attività sul breve periodo.

La natura pubblica delle aziende di credito risale a vicende storiche ed a disposizioni speciali anteriori alla legge bancaria, che si è quindi limitata a ratificarla,

⁴² Il Banco di Napoli trae origine dalla unificazione dei vari Banchi e Monti di Pietà sorti tra il XV ed il XVIII sec. Assunse autonoma personalità giuridica dopo l'unificazione del Regno di Italia, sotto la sorveglianza del Ministero dell'Agricoltura, Industria e Commercio. Confermato Istituto di emissione nel 1874, a seguito della unificazione del servizio di emissione operata dal R.D.L. 6 maggio 1926, n.812, divenne azienda di credito ordinario. Vedi, G. Filangieri, *I Banchi di Napoli dalle origini alla costituzione del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1940; C. Zappulli, voce *Banco di Napoli*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1964, vol. II, 256.

⁴³ Il Banco di Sicilia, nasce nel 1850 come filiazione del Banco di Napoli e nel 1874 divenne del pari Istituto di emissione. Con l'unificazione del servizio, divenne azienda di credito ordinario. Vedi C. Zappulli, voce *Banco di Sicilia*, in *Novissimo Digesto italiano*, cit., 263.

⁴⁴ Il Banco di Sardegna si aggiunge agli altri istituti di credito di diritto pubblico nel secondo dopoguerra e nasce dalla fusione ad opera della legge 11 aprile 1953, n.298, tra l'Istituto di credito agrario per la Sardegna (legge 25 luglio 1928, n.1760) ed il Banco di Sardegna (D.L.Lgt. 28 dicembre 1944, n.41). Vedi A. M. Grazioli, voce *Banco di Sardegna* in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1964, vol. II, 262.

⁴⁵ Il Monte dei Paschi di Siena nasce nel 1624 e, a partire dalla città di Siena, espanse progressivamente la propria operatività, tanto da istituire nel 1833 una cassa di risparmio, da iniziare l'esercizio del credito fondiario nel 1866, e quello del credito agrario nel 1871. La legge bancaria del 1936 ha conferito al Monte la qualifica di istituto di credito di diritto pubblico. Vedi V. Falaschi, voce *Monte dei Paschi-Banco di Siena*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1964, vol. X, 883.

⁴⁶ L'Istituto Bancario San Paolo trae origine dalla Venerabile Compagnia di San Paolo sorta con scopi benefici. Nel 1923, con decreto 14 giugno n. 1936, viene classificato Monte di Pietà di prima categoria ed in seguito all'assorbimento della Banca Agricola Italiana, nel 1931, fu trasformato in istituto di credito di diritto pubblico e tale confermato dalla legge bancaria del 1936. vedi C. Pratis, voce *Istituto Bancario san Paolo di Torino*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IX, cit., 240.

⁴⁷ La Banca Nazionale del lavoro nasce nel 1913 (R.D. 15 agosto 1913, n.1140) con la finalità di erogare credito alle istituzioni cooperative ed ai loro consorzi. Fu soggetta a successivi riordinamenti e con il R.D.L. 27 settembre 1929, n.1727 ebbe il riconoscimento di istituto di credito di diritto pubblico, in seguito confermato dalla legge bancaria. Vedi C. Pagliuzzi, voce *Banca Nazionale del Lavoro*, in *Novissimo Digesto Italiano*, cit., vol. II, 249.

senza null'altro disporre, oltre alla competenza ministeriale sugli statuti, *ex art.* 27, comma 1 l. bancaria.

Gli istituti di credito di diritto pubblico erano accomunati dalla previsione statutaria di devoluzione a finalità pubbliche degli utili conseguiti attraverso l'esercizio dell'attività, quali beneficenza ed assistenza, finalità in ogni caso estranee a quella di tutela del risparmio, mentre nessuno specifico vincolo era previsto con riguardo alla fase dell'impiego dei depositi, ovvero alla fase prettamente gestoria che, semmai, godeva di una certa autonomia rispetto alla disciplina generale⁴⁸. In particolare, all'interno di questi istituti operavano delle «gestioni speciali» e delle «sezioni autonome» che si caratterizzavano per il fatto di essere autorizzate ad erogare credito e raccogliere risparmio nel medio e lungo termine. Attraverso queste articolazioni, gli istituti di credito di diritto pubblico finivano in sostanza con il superare la rigida suddivisione che, sotto il profilo temporale, a garanzia della simmetria tra le operazioni di raccolta e quelle di impiego, la legge bancaria fissava tra aziende ed istituti di credito, mentre alle banche private tale possibilità rimaneva preclusa. Talune di queste sezioni erano separate solo sotto il profilo economico-gestionale, altre, invece, erano formalmente dotate di personalità giuridica⁴⁹. Peraltro, la garanzia dei terzi non era, in ogni caso, limitata al patrimonio della sezione, e delle operazioni poste in essere in regime di autonomia rispondeva anche l'istituto con il suo patrimonio, escutibile ove quello della sezione fosse risultato insufficiente. L'autonomia patrimoniale non si configurava neanche in forza di una eventuale previsione statutaria, essendo a tal fine necessaria una espressa previsione normativa⁵⁰. Al riguardo, la Corte Suprema, stabilì che gli statuti dovevano essere considerati fonti normative di grado inferiore ed ad efficacia limitata ma che «disciplinando i fini, i mezzi di azione, i poteri dell'ente e degli organi rappresentativi, possono contenere norme giuridiche rilevanti per i terzi che

⁴⁸ Invero, la destinazione degli impieghi era disciplinata dagli statuti, ma in via generica. Ad esempio, quello del Banco di Sicilia prevedeva l'esercizio del credito finalizzato alla assistenza ed allo sviluppo delle attività produttive e delle risorse economiche nazionali, con particolare riguardo a quella della Regione Siciliana, e di tenore non dissimile era la previsione dello statuto del Banco di Napoli, il quale disponeva che l'esercizio della attività doveva avere particolare riguardo allo sviluppo del Mezzogiorno.

⁴⁹ In particolare, erano dotate di personalità giuridica la sezione della Banca Nazionale del Lavoro, e quella di credito fondiario del Monte dei Paschi di Siena

⁵⁰ In particolare, lo statuto del Banco di Sicilia disponeva che il patrimonio era costituito anche dai fondi di dotazione e di riserva delle sezioni, e stabiliva che essi garantivano solo le operazioni per le quali erano stati specificamente costituiti. Lo statuto dell'Istituto S. Paolo di Torino prevedeva che le Sezioni avevano propria contabilità e proprio bilancio, ma lo statuto della Sezione di credito alle opere pubbliche attribuiva alla Sezione patrimonio, contabilità, e bilancio separati.

entrano in rapporto con gli istituti, ma senza derogare alle norme ordinarie ed ai principi comuni, salvo che tale deroga non sia liberamente accettata dalle parti»⁵¹.

Siffatta maggiore libertà operativa, quasi anticipatrice di quella tipica della banca “universale”, non sembra comunque sufficiente a ricondurre la natura pubblica alla realizzazione di interessi di ordine collettivo, ulteriori rispetto a quello di “garantire” un presidio permanente verso eventuali spinte concorrenziali ad opera degli operatori privati, delle quali si considerava solamente l’effetto destabilizzante. Al mero riconoscimento della pubblicità di questi istituti da parte del legislatore del 1936, quindi, non era sottesa l’istanza di assicurare ai risparmiatori un maggiore grado di protezione, né esso di fatto trovò realizzazione, se non nel senso di salvaguardia generalizzata della stabilità del sistema, attraverso la conservazione del preesistente potere di controllo sulla attività in capo all’apparato pubblico⁵². La pubblicità soggettiva integrava quella oggettiva senza, però, delineare strumenti di tutela ulteriori ed autonomi sotto il profilo del risparmio e giammai del risparmiatore. E sembra dunque pacifico escludere che queste aziende fossero assoggettate ad un qualche particolare asservimento alle autorità creditizie, e che fossero perciò strumentali al potere di direttiva dell’autorità politico-amministrativa più delle altre banche, pubbliche e private.

A conclusioni analoghe si giunge con riguardo agli istituti di credito pubblici. Essi, diversamente dalle aziende di credito pubbliche, operavano nel medio e lungo termine e furono istituiti su espressa iniziativa pubblica, e diretti all’esercizio dei crediti speciali, quali il credito fondiario, il credito agrario, il credito edilizio, il credito alberghiero e turistico, il credito industriale e mobiliare ed il credito minerario⁵³. In particolare, la loro creazione era autorizzata o disposta dallo Stato, al quale era altresì attribuita una riserva sulla nomina degli organi amministrativi e

⁵¹ Cass. 10 luglio 1976, n.820, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1976, II, 142 ss. Ancora, la Suprema Corte ha stabilito che «la creazione di speciali Sezioni di un Istituto di credito, dovuta alla considerazione di operazioni da svolgere in un determinato settore del credito, qualificato da una particolare disciplina economica e giuridica, comporta una semplice autonomia amministrativa e contabile del patrimonio destinato a tali operazioni».

⁵² R. Costi, *Riflessioni in tema di enti creditizi pubblici*, cit., 583 ss..

⁵³ La legge bancaria, all’art. 6, prevedeva il controllo sulle operazioni di raccolta del risparmio a medio e lungo termine e sulle aziende che lo esercitassero, e dedicava il titolo VI alla «disciplina della raccolta del risparmio a medio e lungo termine». In particolare, l’art. 41 l. bancaria, deferiva al Comitato Interministeriale tutte le attribuzioni prima spettanti ai diversi Ministeri, con riguardo agli istituti di credito fondiario, di credito edilizio, di credito agrario, all’Istituto Mobiliare Italiano, al Consorzio di Credito per le Opere Pubbliche, all’Istituto di credito per le Imprese di pubblica utilità, all’Istituto di Credito Navale (poi assorbito dall’I.M.I.) ed all’Istituto Nazionale di Credito per il Lavoro Italiano all’Esterio. Con il D.L.C.P.S. 23 agosto 1946, n. 370, la disciplina organica originariamente dettata dalla legge bancaria per le aziende di credito operanti nel breve fu estesa anche agli istituti operanti nel lungo termine.

direttivi di taluni enti ed, ancora, il patrimonio era formato, in alcuni casi, con fondi di pertinenza dello Stato. L'origine di questi istituti e la loro destinazione, «agli scopi e funzioni di finanziamento e di impulso in vari settori di opere pubbliche o per le iniziative di particolare interesse nazionale»⁵⁴, ossia la circostanza che essi furono talora creati *ad hoc* dallo Stato per l'esercizio di una determinata attività di erogazione, non deve indurre ad individuare negli istituti di credito pubblici una funzionalizzazione particolare da parte delle autorità di settore. Rispetto agli istituti di credito privati, infatti, non sussistevano differenze rilevanti sotto il profilo della disciplina pubblicistica del settore. La loro pubblicità, analogamente a quella degli istituti di credito di diritto pubblico, garantiva l'esclusione degli operatori privati dal controllo su una vasta area del settore e, quindi, la stabilità del sistema, ma non si traduceva in una disciplina "speciale" di tutela del risparmiatore.

Le Casse di Risparmio e dei Monti di Credito su pegno di prima categoria erano riconducibili alla categoria delle aziende di credito in quanto preposti dalla legge all'esercizio della attività bancaria nel breve termine⁵⁵. Fatta salva, anche per queste aziende, la possibilità di superare le limitazioni tipiche della specializzazione temporale, essendo esse ammesse alla raccolta del risparmio a medio termine per il tramite della emissione di buoni fruttiferi o di conti di deposito, nei limiti fissati dai rispettivi statuti, ed altresì ad effettuare impieghi oltre il breve termine⁵⁶. Le Casse ed i Monti di prima categoria furono parificati con il r.d. n.967, del 25 aprile 1949, che dettò il testo Unico delle leggi sulle Casse⁵⁷. Così, oltre alla legge bancaria, i

⁵⁴ G. Vignocchi, *Il servizio del credito*, cit., 60. L'Autore rileva così che si trattava, generalmente, di enti di diritto pubblico.

⁵⁵ La disciplina organica delle Casse di risparmio e dei Monti di Credito su pegno di prima categoria era definita dal Testo unico delle leggi sulle Casse di risparmio e sui Monti di pietà di prima categoria, approvato con R.D. 25 aprile 1929, n.967, e dal regolamento di esecuzione, R.D. 5 febbraio 1931, n.225. Essa fu successivamente modificata, in particolare dal R.D.L. 24 febbraio 1938, n.204, con riguardo alla nomina dei vertici di amministrazione, che fu rimessa al Ministro per il Tesoro su proposta del Governatore della Banca di Italia, sentito CICR, e dalla legge 26 maggio 1966, n.371, con riguardo alla destinazione degli utili. Merita rilevare che le Casse non erano definite dalla legislazione speciale come enti dotati di personalità giuridica pubblica, ma si riteneva comunque fossero enti pubblici economici, F. Zuelli, *Considerazioni sulla natura delle Casse di risparmio*, in *Giur. it.*, 1970, I, 2, cc 550; Cass. SS.UU. 15 febbraio 1978, n.696, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce *Impiegati dello Stato*, n.534.

⁵⁶ In particolare, le Casse, ai sensi dell'art. 32, ultimo comma, l. bancaria, non erano soggette al potere delle autorità creditizie di limitare la operatività delle aziende oltre il breve termine, se non nei limiti fissati dai rispettivi statuti. Peraltro, alcune Casse erano dotate di Sezioni speciali per il credito fondiario ed il finanziamento delle opere pubbliche, che potevano esercitare a scadenza prorattata. Deve essere tuttavia rilevato che, ai sensi dell'art.18 del T.U., la modalità dell'impiego era in ogni caso vincolata alla indicazione statutaria.

⁵⁷ Il r.d. n. 967 del 1929 disponeva al cpv. dell'art.1 che «I Monti di Pietà, che per il rilevante ammontare dei depositi fruttiferi da essi ricevuti abbiano assunto carattere prevaletto di istituti di credito, sono classificati in prima categoria. Essi sono sottoposti alle disposizioni del presente testo

Monti e le Casse risultavano sottoposti alla stessa disciplina speciale, storicamente ispirata dalla volontà delle classi più elevate di educare quelle meno abbienti a risparmiare e, quindi, di offrire loro una collocazione sicura dei risparmi. Si può anzi affermare che le disposizioni dettate con specifico riguardo alle Casse ed ai Monti di prima categoria non attribuivano al risparmio il valore “collettivo” di leva per lo sviluppo economico ed industriale del Paese, meritevole di essere tutelato in quanto tale, ma una accezione individuale, riferita cioè al singolo risparmiatore ed alla sua tutela.

La disciplina delle Casse e dei Monti si distingueva infatti sotto il profilo della agevolazione e della facilitazione all’accesso del credito da parte del piccolo “consumatore”. In particolare, ai sensi dell’art.1, T.U. del 1929, che testualmente riproduceva il disposto della previgente legge 15 luglio 1888, n.5546, le Casse nascevano *«per raccogliere i depositi a titolo di risparmio e...trovare ad essi conveniente collocamento»*. La realizzazione di questo fine era assicurata dalla destinazione dei sette decimi degli utili netti annuali, senza alcun limite massimo, alla formazione obbligatoria di una massa di rispetto, mentre la destinazione degli utili residuali ad opere di beneficenza e di pubblica utilità era solo eventuale. Di questi sette decimi, due dovevano sempre essere accantonati come contributo al fondo comune di garanzia della federazione, alla quale la Cassa apparteneva⁵⁸.

Disposizioni effettivamente aderenti allo scopo istituzionale erano previste sia con riguardo al momento della raccolta sia con riguardo a quello degli impieghi. In particolare, le Casse avevano la facoltà di istituire i depositi di piccolo risparmio, ai quali erano ammessi gli istituti di beneficenza previsti dallo statuto e classi speciali di soggetti, precari o appartenenti alle fasce meno abbienti. Questi depositi si caratterizzavano per un limite minimo inferiore rispetto a quello dei depositi ordinari, un saggio di interesse più alto di quello corrisposto ai depositi di risparmio ordinario ed un limite determinato, oltre il quale il deposito non era considerato

unico, eccettuate quelle concernenti le Casse di Risparmio fondate da associazioni di perone, nonché la disposizione dell’art.48 del presente testo unico».

⁵⁸ La formazione delle federazioni, ai sensi degli artt.15-18 T.U., 10 Regol., avveniva o per obbligo di legge o per ordine governativo ed esse erano rette da uno statuto approvato dal Comitato dei ministri. È in questo fine particolare che si rinveniva la pubblicità della Casse di risparmio, ritenendosi che il suo perseguimento non potesse essere rimesso ai privati, ma dovesse rimanere in mano pubblica.

Per i Monti, invece, era previsto che gli utili netti conseguiti fossero destinati per cinque decimi alla massa di rispetto, e per i residui cinque decimi assegnati ad opere di beneficenza e di pubblica utilità.

credito fruttifero⁵⁹. Con riguardo alla fase dell'impiego dei depositi, lo statuto delle Casse, approvato dal Governo, ne prevedeva tassativamente i modi, e ad essi il Consiglio di amministrazione della azienda era quindi vincolato. Il Consiglio doveva altresì curare che l'impiego, comunque prescelto tra quelli statutariamente previsti, presentasse dei requisiti di realizzazione, *ex art.* 18, n.5, Reg. Ancora, a garanzia della liquidità delle Casse, era fatto divieto di impiegare i depositi nell'acquisto di beni immobili in eccedenza rispetto a quelli necessari per l'esercizio dell'impresa⁶⁰. Infine, il rimborso dei depositi era in ogni caso garantito dal fondo comune di garanzia delle federazioni, al quale le Casse federate avrebbero potuto attingere, ai sensi dell'art. 15 T.U., nella ipotesi in cui avessero esaurito i propri mezzi.

2.LA VIGILANZA SUL SISTEMA BANCARIO

2.1 La tutela costituzionale del risparmio. Note in tema di vigilanza.

La concezione dirigistica dell'economia, sottesa agli interventi politici e legislativi adottati nel dopoguerra, ha trovato la sua massima e definitiva espressione nella Carta Costituzionale, con la quale lo Stato si fa garante di fronte alla collettività di una politica di sviluppo e progresso economico, subordinandone il perseguimento alla enunciazione di una serie di diritti di natura sociale ed economica.

In particolare, l'art. 41 della Costituzione sancisce la libertà di iniziativa economica privata e fissa una riserva di legge per cui essa può essere limitata solo in forza di un provvedimento legislativo che individui il fine sociale capace di giustificare la limitazione. Questo principio deve ritenersi valido anche per la attività bancaria, che, dunque, è, in linea generale, libera e rimessa alla autonomia privata. Invero, la legge del 1936 riconobbe alle autorità creditizie una serie di poteri di controllo e di intervento, tanto incisivi da limitare, di fatto, l'esercizio della attività, sottraendola alla piena autonomia dei privati, e ciò senza espressamente individuare il fine che

⁵⁹ Le classi comprendevano i soggetti che svolgessero lavoro manuale, prestassero servizio a giornata o che dimostrassero di essere retribuiti in modo continuativo per una somma annua ed al netto, non eccedente un certo limite.

⁶⁰ Il Comitato dei Ministri poteva autorizzare, l'acquisto di immobili fino alla concorrenza di un decimo del patrimonio e della riserva. L'acquisto era altresì autorizzato se finalizzato alla tutela dei crediti in caso di espropriazione forzata dei debitori della Cassa, o in caso di eredità o donazione, ma con l'obbligo di alienazione nel termine di dieci anni.

potesse giustificare tale restrizione. Esso sembra potere essere individuato nella Costituzione medesima che, all'art.47, afferma la necessità dell'intervento dello Stato per la tutela e l'incoraggiamento del risparmio, e per la disciplina, il controllo ed il coordinamento dell'esercizio del credito. La norma costituzionale, dunque, attraverso la statuizione di carattere generale in ordine al controllo sulla attività bancaria, attribuisce ad esso un riconoscimento autonomo e distinto rispetto a quello del principio del controllo per l'indirizzo ed il coordinamento dell'attività economica a fini sociali, complessivamente considerata, e colma la lacuna della legge bancaria, individuando nella tutela del risparmio il fine sociale capace di giustificare la limitazione della attività medesima⁶¹. Tale autonomo ed unitario riconoscimento del fenomeno risparmio-credito, in forza della formulazione letterale dell'art.47 Cost., ha dunque legittimato il sistema di oligopolio amministrato introdotto dalla legge bancaria, fondato sulla definizione formale della natura pubblica della attività, e diretto a tutelare il risparmio e, quindi, ad incoraggiarne la formazione, attraverso il controllo sul suo reimpiego, ossia, dell'esercizio del credito⁶². Il nuovo indirizzo di politica bancaria assurse così a principio costituzionale, inserendosi, legittimamente, nel quadro di politica economica generale⁶³. La volontà di ratificare costituzionalmente i principi fissati dalla legge bancaria è peraltro manifesta nei lavori preparatori, dove si legge che «è consigliabile una esplicita enunciazione nella Carta Costituzionale, che sancisca il carattere di pubblico interesse che riveste la funzione di intermediazione del credito, carattere già riconosciuto dalla legge del 1936, e conseguentemente stabilisca la necessità di ordine economico e sociale di tutelare il regolare esercizio di tale funzione mediante pubblico controllo»⁶⁴.

⁶¹ Al riguardo, F. Capriglione osserva che «L'aver il legislatore costituzionale considerato autonomamente il credito rispetto agli altri settori economici imprenditoriali significa che esso ha riconosciuto come questo, più degli altri, assume rilievo pubblicistico nel perseguimento di finalità proprie dello Stato», *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Milano, 1978, 102. Sulla necessità della autonoma considerazione del fenomeno risparmio-credito rispetto al problema dell'indirizzo pubblico dell'economia, vedi *Atti parlamentari*, Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, III Sottocommissione, 15-16 ottobre 1946, 202.

⁶² Sull'affermazione di un interesse pubblicistico ad una disciplina unitaria del settore da parte dell'art.47, vedi G. Ruta, *In tema di validità costituzionale dell'intervento dello Stato nel settore creditizio*, in *La disciplina pubblicistica del credito atti del secondo convegno della Associazione Italo- Spagnola dei professori di Diritto Amministrativo, Venezia, 12-14 ottobre 1968*, a cura di M Nigro e M. S. Retortillo, Padova, 1970, 181 ss.; L. Spagnuolo Vigorita, *Principi costituzionali sulla disciplina del credito*, in *Rass. dir. pubblico*, 1962, 365.

⁶³ Cfr. G. Ruta, *Il risparmio nel sistema della legislazione bancaria*, Milano, 1965, 27 ss..

⁶⁴ Così si legge nel rapporto della Commissione Economica, IV, *Credito e Assicurazione I Relazione*, presentato all'Assemblea Costituente, 37 ss., ed, ancora, «in conseguenza della presente ampiezza del pubblico intervento nell'attività creditizia e della natura sempre più pubblicistica dell'ordinamento delle aziende e degli istituti di credito, la Commissione ha ritenuto di porre il quesito

La conferma costituzionale della pubblicizzazione dell'ordinamento bancario e del sistema di controlli che sulla base di essa è stato delineato, non contiene specificazioni, né con riguardo al tipo di controllo né con riguardo al risparmio oggetto del controllo medesimo, che il dettato costituzionale considera infatti «in tutte le sue forme», salvo dedicare, al comma secondo dell'art. 47 Cost., una distinta indicazione al risparmio popolare, ossia quello particolarmente meritevole di essere tutelato ed incentivato. Rispetto alla concezione di risparmio tipicamente destinato agli operatori bancari considerata della legge del 1936, dunque, la norma amplia il contenuto, dovendosi ritenere comprensiva di tutto il risparmio, indiscriminatamente, qualunque sia la sua destinazione, ed anche di quello competente e consapevole, che cioè formi oggetto di investimento diretto da parte del risparmiatore, senza il ricorso ad intermediari⁶⁵. Tuttavia, deve essere precisato che se l'art. 47 Cost., non distingue, estendendo la propria portata al risparmio *tout court*, tale accezione incorpora le elaborazioni già formulate dalla dottrina giuspubblicistica ed implicitamente accolte dal Costituente, secondo le quali il *risparmio* assume rilievo giuridico qualora presenti un carattere economico e dinamico. Ossia esso è meritevole di essere tutelato e garantito non in quanto configuri un accumulo privato e personale di risorse, ma solo in quanto sia convogliato nel ciclo economico e sia quindi strumentale alla ripartizione della ricchezza nel sistema economico, per il tramite di un intermediario o direttamente, ad opera dello stesso risparmiatore. È perciò a questo risparmio che il precetto costituzionale deve intendersi riferito, e ciò coerentemente alla *mens legis* del 1936, che, spingendosi ben al di là di una mera salvaguardia della disponibilità monetaria del risparmiatore, ha inteso tutelare il risparmio quale fonte di finanziamento dell'economia e dello sviluppo del Paese. Il sopravvenuto indirizzo costituzionale si attaglia quindi a quello legislativo: la disciplina del risparmio e del credito resta strumentale alla politica economica ed alla canalizzazione delle risorse allo sviluppo nazionale.

sull'opportunità che nella Carta costituzionale vengano inclusi alcuni principi ed alcune norme generali sul controllo del credito...si ritiene di dovere osservare che l'attuale estensione dell'intervento diretto od indiretto dello Stato nel settore del credito non dovrebbe essere totalmente ignorato dalla Carta costituzionale, anche ai fini della precisazione degli scopi e dei limiti dell'intervento stesso... ».

⁶⁵ La rilevata genericità del dettato costituzionale ha indotto taluni ad una interpretazione riduttiva dello stesso. Per tutti vedi M. S. Giannini, secondo il quale « l'art. 47 è una enunciativa generica dei principi della legge bancaria », in *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 205. Sul risparmio competente vedi B. Bracco, *I depositi a risparmio*, Padova, 1939, 55; E. Colagrosso- G. Molle, *Diritto bancario*, Roma, 1960, 4.

Con riguardo all'intervento dello Stato ed ai soggetti ad esso concretamente preposti, l'art. 47 Cost., non fornisce alcuna indicazione, circoscrivendolo alle funzioni di tutela del risparmio, di disciplina, coordinamento e controllo dell'esercizio del credito. Il Costituente si è così limitato a dare rilevanza costituzionale e programmatica al principio della tutela del risparmio e della disciplina del credito, rimettendone la concreta realizzazione alla "Repubblica", e non alla legge, così di fatto legittimando qualsiasi possibile soluzione, sia sotto il profilo formale, sia sotto quello sostanziale⁶⁶. Risultano perciò conformi gli interventi di tipo amministrativo previsti dalla legge bancaria, maggiormente aderenti, per la loro stessa natura, alla peculiare e contingente realtà economico-finanziaria ed alle sue mutevoli esigenze. Rispetto alla riserva di legge fissata dall'art. 41, comma tre, Cost., quindi, la «politica creditizia» alla quale l'art. 47 Cost., assoggetta questo settore, rappresenta una specificazione, che consente tecniche di intervento sulla limitazione alla libertà di iniziativa economica diverse, ma pur sempre fondate sull'interesse alla tutela del risparmio⁶⁷.

Si è sottolineato in precedenza che la rilettura della legge bancaria e degli istituti da questa introdotti alla luce dei principi fissati dalla Costituzione, ne impone l'orientamento alla tutela del risparmio, non essendo ravvisabili altri interessi capaci di giustificare ulteriori controlli sulla attività. La tutela del risparmio era affidata alla liquidità del sistema ed alla sua stabilità, ed il sistema dei controlli definiti dalla legge e legittimati dalla Costituzione rispondeva alla istanza di rimettere alla valutazione unitaria delle autorità di vertice ogni determinazione che potesse influirvi, anche indirettamente. Mentre i poteri e gli strumenti previsti erano elastici ed avulsi da una finalità predeterminata, come sopra rilevato, così determinando la «doppiezza» della legge bancaria⁶⁸.

⁶⁶ Secondo G. Gandolfi, *Legge bancaria e Costituzione*, in *Scritti in onore di Ugo Caparra*, F. Vallardi, Milano, 1975, 13, «la coincisione riflette...il proposito di evitare delle precisazioni, di competenza piuttosto del legislatore ordinario, che possono poi implicare la necessità di addvenire al procedimento di revisione costituzionale».

⁶⁷ Negli atti della costituente si legge che il tenore letterale dell'art. 47 Cost., nell'affermare che «La Repubblica...disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito» è espressione dell'intento legislativo di assoggettare la attività creditizia ad una «logica» di piano, che si traduce in una «politica creditizia», cfr. *Assemblea costituente, Atti, Discussioni dal 16 aprile 1947 al 19 maggio 1947*, IV, 4040. Sul rapporto tra gli artt. 41 e 47 della Costituzione ed, in particolare, sulla specificità dell'art. 47, cfr. A. Predieri, *Tecniche legislative per una politica anticongiunturale*, relazione al Convegno *Potere politico e amministrativo nella società post-industriale: L'esperienza degli Stati Uniti d'America*, Roma, 1972.

⁶⁸ La qualificazione è di R. Costi, *L'ordinamento*, cit., il quale rileva che la legge attribuiva alle autorità creditizie poteri di conformazione della attività bancaria, senza fissare i fini che pure avrebbero dovuto giustificare il loro esercizio, 68.

L'ingerenza dei poteri delle autorità creditizie nella vita delle aziende e degli istituti di credito era particolarmente incisiva con riguardo al profilo strutturale, disciplinato, *in primis*, dall'art.28, l. bancaria, che fissava le condizioni di autorizzazione da parte della Banca di Italia alla costituzione, all'esercizio dell'attività, all'apertura di nuovi sportelli. Al provvedimento di autorizzazione erano subordinate anche le vicende modificative ed estintive degli operatori bancari, e tra queste il procedimento di fusione ed incorporazione, la chiusura di sedi o filiali, *ex art.34 l. bancaria*, la trasformazione *ex art.47 ss. l. bancaria* e la fattispecie estintiva *ex art.67 l. bancaria*. Al riguardo deve essere rilevato che ancorché questo potere fosse riconosciuto ad un organo tecnico dotato di personalità giuridica, quale la Banca di Italia, la sua concreta esplicazione era filtrata da un organo politico, ossia il Cicr, in conformità delle cui deliberazioni di carattere generale, infatti, la Banca doveva operare. Con particolare riguardo alla costituzione⁶⁹, il momento autorizzativo era caratterizzato da una certa discrezionalità da parte delle autorità di controllo, che invero, fondavano la propria decisione non già sull'accertamento in ordine al possesso di requisiti oggettivi e predeterminati, ma sulla verifica della rispondenza al pubblico interesse alla tutela del risparmio, individuato prevalentemente nella stabilità del sistema e, *a contrario*, nella compressione delle spinte concorrenziali che la libertà di ingresso avrebbe comportato⁷⁰. Ciò, diversamente dal sistema previsto dai provvedimenti del 1926,

⁶⁹ Ai sensi dell'art. 28 l. bancaria, le aziende di credito indicate nell'art. 5- istituti di credito di diritto pubblico, le banche di interesse nazionale, le banche ed aziende di credito in genere comunque costituite che raccogliessero depositi tra il pubblico, le filiali delle aziende di credito straniere, le Casse di risparmio, i Monti di credito su pegno, le banche popolari e le casse rurali ed artigiane-non potevano costituirsi, né iniziare le operazioni se non avessero ottenuto l'autorizzazione dall'Ispettorato. Con riguardo agli istituti di credito, invece, la originaria disciplina prevista dalla legge del 1936 si limitava a prevedere, all'art. 6, che il controllo da parte dell'Ispettorato sulle operazioni di raccolta di risparmio a medio e lungo termine e sulle aziende che lo esercitassero, secondo le norme dettate dal titolo VI, che nulla dettava in tema di autorizzazione alla costituzione. Il successivo D.L.C.p.S. 17 luglio 1947, n.69, sulla scorta della caduta del fascismo, costituì un Comitato dei Ministri, denominato Comitato interministeriale per il Credito e il Risparmio, presieduto non più dal Capo del Governo ma dal Ministro del Tesoro, mentre alla Banca di Italia furono devolute le funzioni del cessato Ispettorato per la difesa del risparmio e per l'esercizio del credito, ed al suo Governatore furono attribuite le «facoltà e attribuzioni» prima attribuite al Capo dell'Ispettorato. Per una ricostruzione più dettagliata, si veda la Sezione I del presente capitolo. Esso estese quindi la disciplina dettata dai titoli V, VII e VIII agli istituti di credito, che risultarono così sottoposti all'art. 28 l. bancaria.

⁷⁰ Sulla natura della autorizzazione *ex art. 28 l. bancaria*, G. Vignocchi, in considerazione dell'inquadramento della attività bancaria tra i pubblici servizi in senso oggettivo, ha rilevato la inidoneità del concetto di autorizzazione in senso stretto a qualificare quella alla costituzione ed all'inizio della attività bancaria, in ragione del «condizionamento, all'origine, dell'assunzione e dell'espletamento del servizio ad un primo intervento dello Stato». Essa si distacca «dal comune schema del nulla osta, configurandosi come abilitazione ad assolvere funzioni al cui svolgimento positivo la pubblica amministrazione è direttamente interessata ». si tratterebbe quindi di

che subordinava l'autorizzazione a predeterminati minimi di capitale⁷¹. L'accesso sul mercato bancario come disciplinato dalla legge bancaria trovava, così, un vincolo nella valutazione di opportunità rispetto all'indirizzo protezionistico di politica economica, necessitato dalla esigenza di ricomporre la situazione di irrazionalità e sovraffollamento nella quale la legge si inserì, e che fu, peraltro, *istituzionalizzato* per un quinquennio, sul finire degli anni sessanta, con la deliberazione della linea di blocco permanente da parte del Cicc⁷². La discrezionalità riconosciuta alla Banca di Italia non faceva venire meno, in ogni caso, la natura di autorizzazione amministrativa del provvedimento *ex art. 28 l. bancaria*, che, invero, in quanto rilasciata in funzione delle esigenze economiche del Paese, finiva con il realizzare una sostanziale limitazione della libertà di iniziativa economica, giustificata dall'interesse alla tutela del risparmio. Si deve comunque escludere la natura concessoria, la quale si configura, al contrario, con riguardo alle ipotesi di attività tipicamente riservate allo Stato⁷³. Analogamente può dirsi del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, *ex art.67*, che realizzava, in sostanza, una revisione del rilascio dell'autorizzazione e quindi della opportunità della esistenza di una banca⁷⁴.

Il profilo funzionale-operativo, invece, era caratterizzato, in linea generale, da un maggiore margine di autonomia nel concreto esercizio della attività bancaria, la quale, comunque, risultava inserita in un quadro normativo che ancora incideva sulla gestione e sul funzionamento delle aziende e degli istituti. In forza degli artt. 2, primo comma e 6 l. bancaria, le aziende e gli istituti di credito erano sottoposti al controllo della Banca di Italia⁷⁵. In particolare, era prevista una serie di poteri di

autorizzazione *ut facias*, schiudente l'accesso all'esercizio di un pubblico servizio, *Aspetti pubblicistici del servizio del credito*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, Padova, 1965.

⁷¹ Inoltre, sotto il vigore dei provvedimenti del 1926, l'autorizzazione era prevista solo con riguardo alle aziende di credito, e non anche agli istituti, e la competenza spettava al Ministero della Economia Nazionale.

⁷² Con delibera del 23 giugno 1966, si decise che «per stabilire un processo di razionalizzazione del sistema bancario, la Banca di Italia non può rilasciare autorizzazioni per la costituzione di aziende di credito di qualsiasi categoria, sino a quando la situazione non sia mutata in senso favorevole alla istituzione di nuove aziende», *Bollettino della Banca di Italia, Vigilanza sulle aziende di credito*, n.16, 45. il Comitato Interministeriale, con delibera del 14 maggio 1971, revocò la sospensione della autorizzazione, limitatamente alle Casse rurali ed artigiane, in considerazione della necessità di coprire le zone scoperte dal servizio.

⁷³ R. Costi, *L'ordinamento*, cit. 284.

⁷⁴ Cfr. L. Desiderio, secondo cui «la presenza di una delle circostanze *ex art. 67* induce la P.A. a rivedere le precedenti valutazioni che presiedettero al rilascio della autorizzazione, per verificare la rispondenza rispetto agli obiettivi ispiranti la disciplina pubblicistica del credito», *Autorizzazioni ex art. 28 L.B. e procedure di liquidazione delle aziende di credito*, in *Banca, borsa e tit. di credito*, 1976, II, 375 ss.

⁷⁵ Con riguardo alle aziende di credito ed agli istituti non compresi nell'art.41 l. bancaria, il controllo era esercitato in base agli artt. 31, 32, 33, 34,35, 36, e 37 l. bancaria. Con riguardo agli altri istituti di

intervento, taluni esercitabili nei confronti della generalità delle banche, altri, di carattere funzionale, in quanto immediatamente e direttamente espletabili rispetto al singolo ente. Gli interventi di carattere funzionale miravano a garantire la economicità e la solvibilità delle banche ed a promuovere, indirettamente, forme di maggiore sviluppo del sistema. Tra questi, rientrano le istruzioni della Banca di Italia, comunicate in conformità alle deliberazioni del Comitato Interministeriale, in ordine alla proporzione tra le diverse categorie di investimenti in rapporto alla liquidità ed alle branche di attività economiche cui si riferiscono gli investimenti; in ordine alle percentuali minime degli utili da destinarsi a riserva, anche in eccedenza rispetto alle previsioni di legge; in ordine al rapporto tra patrimonio netto e passività, alle forme di impiego dei depositi raccolti in eccedenza all'ammontare del rapporto medesimo; alle cautele rispetto agli aggravamenti delle esposizioni dovute al cumulo dei fidi. Ancora, ai sensi dell'art.35 l. bancaria, la Banca di Italia era investita della facoltà, tra l'altro, di ordinare l'avvio di procedure esecutive contro i debitori; di fissare le modalità per l'eliminazione, la riduzione o la sistemazione di immobilizzazioni; di stabilire i limiti massimi dei fidi concedibili, e di fissare norme e termini per la riduzione dei fidi concessi⁷⁶. Con riguardo alle cautele previste rispetto ai rischi derivanti dal cumulo dei fidi, l'art. 32 lett. h) l. bancaria, disponeva altresì la istituzione della Centrale dei rischi bancari, con la quale si rese possibile, al contempo, la segnalazione periodica della posizione dei clienti affidati da parte delle aziende di credito, la acquisizione di dati inerenti nuovi potenziali clienti richiedenti un fido, e la cognizione circa la esposizione globale della azienda verso il sistema. Nell'ambito della attività di vigilanza complessivamente considerata, le autorità sono intervenute, prevalentemente, nel senso di favorire la solvibilità delle imprese bancarie, ampliandone il raggio di operatività e l'omogeneizzazione, e di sostenere i salvataggi dalle crisi, attraverso il ricorso agli schemi privatistici della fusione, della incorporazione, ovvero di prevenirne il dissesto attraverso quello della cessione aziendale, nell'interesse pubblicistico alla stabilità ed alla liquidità del sistema. L'azione tecnico-amministrativa delle autorità creditizie ha quindi ridotto ad *unicum*

credito, operanti nel medio e lungo termine ai sensi dell'art.4 l. bancaria, il controllo era esercitato in base agli artt. 42 e 44 l. bancaria.

⁷⁶ Ai sensi dell'art. 35, secondo comma, lettera b) l. bancaria, dettato con riguardo ai limiti massimi dei fidi concedibili, la Banca d'Italia, nel luglio del 1973, dispose, nell'ambito di una politica anti-inflazionistica, che le aziende di credito non potessero incrementare, in misura superiore al 12%, al 31 marzo del 1974, i crediti complessivamente erogati a determinate categorie di clienti, al 31 marzo del 1973. Questa previsione fu prorogata, alla scadenza, sino al 1975. Il provvedimento determinò una selezione qualitativa dei destinatari di credito, a favore delle piccole e medie imprese, nelle quali la propensione speculativa era decisamente più sfumata, e perciò meritevoli di particolare tutela.

l'interesse pubblicistico alla funzionalizzazione del sistema bancario in senso programmatico e promotore dello sviluppo economico, e quello di conservazione della disponibilità monetaria del risparmio, che nel primo ha trovato indiretta realizzazione. Nondimeno, da un lato, tale forma di tutela indiretta soffriva il limite della esclusività, non essendo previsto dalla legge bancaria alcuno strumento di tutela immediata a favore del risparmiatore, e, dall'altro, il prevalente *favor* verso la stabilità sacrificava la competitività delle imprese bancarie e, quindi, i profili di efficienza, ai quali, pure, l'interesse privatistico del risparmiatore è riconducibile.

2.2 La costituzione del nuovo ordinamento bancario

Sotto il vigore della legge del 1936, l'uso congiunto del potere di autorizzazione all'esercizio della attività *ex art. 28 l. bancaria*, e quello di chiusura *ex art.34 l. bancaria*, unitamente alla possibilità di intervento autorizzativo sulle forme concentrative, doveva consentire, secondo le intenzioni degli estensori, la ristrutturazione del mercato, e risultava dunque giustificato dalle esigenze di politica economica. Sulla scorta dell'esercizio di questo, e degli altri poteri di intervento descritti nel paragrafo precedente, si verificò la progressiva riduzione del numero degli operatori bancari e la loro estensione dimensionale, già, peraltro, avviatesi nel periodo antecedente il 1936. Il sistema si presentava altresì caratterizzato da un elevato grado di specializzazione oggettiva, da un canto, e da un forte pluralismo, dall'altro. In particolare, la specializzazione si configurava con riguardo alla lunghezza delle operazioni, all'ambito territoriale ed anche a quello della destinazione dei finanziamenti, mentre il pluralismo era riconducibile alla diversità soggettiva degli enti che svolgevano la attività bancaria, essendo ricompresi, tra questi, soggetti pubblici, privati, soggetti tipicamente caratterizzati dallo scopo lucrativo ed altri da quello mutualistico.

Non si intende in questa sede illustrare specificamente le numerose forme attraverso le quali la specializzazione ed il pluralismo del sistema bancario si manifestavano⁷⁷. Basti rilevare che sino agli anni sessanta, esso si presentava

⁷⁷ Per approfondimenti, si vedano M. Monti e T. Padoa Schioppa, *Per un riesame del sistema creditizio italiano*, a cura di G. Carli, Bologna, Il Mulino, 1978; A. Bertoni, *Il concetto di «specializzazione» dell'attività creditizia nel pensiero di Giordano Dell'Amore*, in AA.VV., *Evoluzione dell'attività bancaria*,

caratterizzato da una forte restrizione della libertà delle banche, che di fatto o di diritto vedevano la propria operatività limitata ad una frazione della attività bancaria, ed al contempo da un'elevata concentrazione, alla quale le autorità accordavano un certo *favor*, in quanto strumentale all'assorbimento della insolvenza di singoli operatori, stante la sua idoneità a generare ripercussioni sistemiche. L'elevazione a principio ordinamentale della stabilità patrimoniale e sistemica aveva invece ricondotto il settore ad una condizione di razionalità e di permanente stabilità complessiva, preservandolo da situazioni di crisi. Tuttavia, come già rilevato in precedenza, questo "oligopolio amministrato" obliterava i profili della competitività: la normativa introdotta dalla legge bancaria, ancorché diretta a conseguire e conservare la stabilità e la solidità del sistema considerato nel suo complesso a tutela del risparmio, lo faceva, al contempo, a spese del risparmiatore, il quale, infatti, pur beneficiando della efficienza complessiva, risultava sottratto dei benefici che una maggiore grado di concorrenzialità, ossia una maggiore efficienza delle singole banche, avrebbe comportato.

Tale inadeguatezza si fece più evidente allorché le disposizioni introdotte dalla legge iniziarono a perdere la loro aderenza alla realtà fattuale, sulla scorta delle modificazioni che intervennero nel settore bancario ed in quello finanziario nel corso degli anni settanta. In questo periodo si assiste infatti alla nascita ed alla diffusione di prodotti finanziari atipici, alternativi alle forme di investimento tradizionali, ed alla nascita di nuovi operatori, che misero in luce tutti i limiti del frazionamento e della rigidità del sistema italiano, improvvisamente esposto alla concorrenza da questi esercitata rispetto alla attività bancaria tipica⁷⁸. Ciò rese necessario l'adeguamento legislativo. Esso prese avvio proprio con il processo di despecializzazione delle aziende e degli istituti di credito, e, quindi, con la rimozione, sul piano giuridico ed amministrativo, dei vincoli alla operatività ed alla competenza territoriale, il che comportò, peraltro, l'uniformazione sotto il profilo delle destinazioni e delle provviste. Le aziende, oltre ad incrementare il volume degli impieghi sul lungo termine, iniziavano a diversificare la operatività anche

Milano, 1983, 171 ss.; R. Ruozi, *Il pluralismo nel sistema bancario: riflessioni e dubbi*, in *Il pluralismo nel sistema bancario italiano*, a cura di P. Mottura, Milano, 1978, 17 ss.

⁷⁸ In tal senso si è espresso N. Salanitro, il quale ha rilevato che «...L'efficienza complessiva del sistema bancario, perseguita dalla precedente disciplina oligopolistica, malcelava l'inefficienza, più o meno diffusa, di molte delle singole imprese nazionali, non stimolate, proprio dalla mancanza di concorrenza, ad una competitività produttiva di maggiore efficienza: con conseguente carico di costi maggiori, anche di lavoro; con ritardi organizzativi, con carenze di nuovi prodotti, con spese superflue, o almeno poco produttive», *La concorrenza nel settore bancario*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1996, I, 759.

attraverso l'estensione della attività a servizi di intermediazione e di consulenza *lato sensu* finanziari, non riservati, sia pure attraverso il sistema delle partecipazioni. Mentre con specifico riguardo agli istituti di credito, furono, tra l'altro, eliminate le diversificazioni in ordine alla emissione delle obbligazioni e dei certificati di deposito. Nell'ambito della normativa secondaria, quindi, andò acquisendo rilevanza il principio della efficienza operativa, attraverso la adozione di parametri oggettivi, a garanzia della solidità patrimoniale e della diversificazione degli impieghi.

Tuttavia, sul piano legislativo, la riforma dell'ordinamento bancario ebbe inizio propriamente solo con il processo di armonizzazione dei singoli diritti nazionali in materia bancaria, e, quindi, con l'uniformazione dei parametri di concorrenza, operata dal diritto comunitario. Tale uniformazione prese le mosse dalla introduzione della regola della libertà di stabilimento, da parte della I direttiva n. 77/780 del 12 dicembre 1977 (coordinamento delle legislazioni nazionali in materia di accesso alla attività bancaria *ex art. 57.2 Trattato CEE*), la quale, invero, è stata di scarsa rilevanza pratica, in quanto precedette di poco alcune sentenze della Corte di Giustizia, che dichiararono precettivi i principi di libero stabilimento e di libera circolazione dei servizi. Il D.P.R. 27 giugno 1985, n.350, di recepimento della direttiva, ha avuto in ogni caso una efficacia sistematica, da un lato sostituendo alla concezione dell'impresa bancaria quale impresa- funzione, quella di impresa- diritto e riconoscendo, quindi, il diritto alla libertà di iniziativa economica nel settore bancario; dall'altro lato, vincolando la autorità di vigilanza al controllo sulla singola impresa, con specifico riguardo alla sua stabilità e liquidità⁷⁹.

⁷⁹ L'art. 1, comma 2, del D.P.R. 350/85 stabiliva che «L'autorizzazione all'esercizio della attività bancaria è rilasciata dalla Banca d'Italia alle condizioni che seguono, ferme le altre disposizioni di applicazione generale: a) esistenza di un capitale nel caso di società azionarie, a responsabilità limitata e cooperative ovvero di un capitale o fondo di dotazione nel caso di enti pubblici, di ammontare non inferiore a quello determinato in via generale dalla Banca d'Italia, b) possesso da parte di persone, alle quali per legge o per statuto spettano poteri di amministrazione o direzione, di requisiti di esperienza adeguata all'esercizio delle funzioni connesse alle rispettive cariche in conformità delle previsioni di cui ai successivi artt.2, 3 e 4; c) possesso, per le persone indicate sub b), per quelle che esercitano funzioni di controllo nonché per coloro che, in virtù della partecipazione al capitale, siano in grado di influire sull'attività dell'ente, dei requisiti di onorabilità di cui al successivo art. 5; d) presentazione di un articolato programma di attività in cui siano indicate in particolare la tipologia delle operazioni previste e la struttura organizzativa dell'ente». La norma si riferisce testualmente alla autorizzazione all'esercizio dell'attività, eliminando così la distinzione imposta dall'art.28 l. bancaria, tra autorizzazione alla costituzione ed all'inizio dell'attività. In dottrina vedi M. Porzio, *La legislazione bancaria di attuazione della direttiva Cee 77/80. Prime riflessioni*, in *Mezzogiorno d'Europa*, 1985, 383; A. Nigro, *Il D.P.R. n.350 del 1985 e la legge bancaria: l'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia*, in *Dir. banc. merc. Fin.*,1989, 15 ss.; R. Costi, *Autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e costituzione degli enti creditizi*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 567 ss.

In particolare, il provvedimento subordina l'autorizzazione all'esercizio della attività bancaria al riscontro di condizioni oggettive (esistenza di fondi propri e distinti, e di ammontare minimo sufficiente) e soggettive (onorabilità e professionalità degli esponenti aziendali), predeterminate, svincolandolo quindi da valutazioni di tipo discrezionale con riferimento alle «esigenze economiche del mercato»⁸⁰. L'autorizzazione diventa atto dovuto ed il suo diniego, obbligatoriamente motivato, è suscettibile di controllo giurisdizionale⁸¹. Allo stesso tempo, in forza della modifica apportata all'art.34 l. bancaria, l'autorità di vigilanza viene sottratta del potere di chiudere una filiale al fine di realizzare «una migliore distribuzione territoriale delle aziende di credito». La nuova qualificazione della attività bancaria è accolta anche dalla Suprema Corte, che, mutando l'orientamento precedentemente espresso⁸², non si limita a ratificare la natura di impresa della attività bancaria, ma fa una considerazione di carattere sistematico, ponendo tale natura in relazione con le istanze di concorrenza del settore⁸³.

Ancora con riguardo alle fonti comunitarie, la II direttiva n.89/646 del 15 dicembre 1989, introduce il principio secondo cui la vigilanza su ciascuna banca è esercitata dalla Autorità preposta nel paese di origine, il cosiddetto *Home country control*; afferma il mutuo riconoscimento, in forza del quale l'autorizzazione rilasciata dalla Autorità competente dello stato membro di origine legittima la banca ad esercitare tutte le attività indicate nell'allegato della direttiva, in tutti gli Stati membri; introduce il principio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, per cui la banca autorizzata dalla Autorità competente del paese di origine ha diritto di aprire succursali in un altro paese membro, ed ha altresì diritto di svolgere direttamente la propria attività sul territorio di un altro paese membro, senza che ciò comporti l'obbligo di stabilimento⁸⁴.

Mentre alla Autorità del paese dove la banca si sia stabilita o eserciti la attività spetta la vigilanza sulla liquidità delle succursale, e la possibilità di adottare misure in attuazione della politica monetaria. La II direttiva comunitaria ha così definitivamente aperto il mercato bancario, determinando una situazione di piena

⁸⁰ La discrezionalità risulta conservata con riguardo al provvedimento di autorizzazione alla apertura delle succursali, termine introdotto dalla direttiva medesima. Essa verrà abrogata dalla seconda direttiva in materia bancaria.

⁸¹ R. Costi, *L'ordinamento*, cit., 289.

⁸² Il riferimento è a Cass. S. U. pen, 10 ottobre 1981, in *Foro it.*, cit.

⁸³ Cass. S. U. pen 23 maggio 1987, in *Foro it.*, 1987, II, 481 ss. In tal senso vedi anche Corte App. Bologna 27 maggio 1986, in *Dir. fall.*, 1987, II, 107 ss.

⁸⁴ La prima e la seconda direttiva comunitaria sono confluite nella Direttiva 2000/12/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 marzo 2000.

ed effettiva concorrenzialità, non solo tra gli operatori bancari, ma anche tra gli ordinamenti.

In Italia, il suo recepimento è avvenuto con la legge 19 febbraio 1992 che, all'art. 25, ha delegato il governo a darle attuazione ed ha altresì conferito la delega alla emanazione di un testo unico delle disposizioni adottate sulla scorta del recepimento medesimo, coordinate con le altre vigenti in materia. Il d.lgs. 481/1992, applicativo della direttiva, ha in particolare riconosciuto il modello della banca universale, ammettendolo ad esercitare tutte le attività riconducibili al mutuo riconoscimento, ad esclusione, quindi, di quelle assicurative e di quelle riservate alle società di gestione del risparmio, ed ha altresì soppresso la distinzione tra *aziende* ed *istituti di credito*, in ordine alla lunghezza delle operazioni, introducendo il termine *ente creditizio*⁸⁵. Alle banche risulta riconosciuta anche la possibilità di adottare il modello del gruppo polifunzionale, composto da diversi soggetti bancari, specializzati sotto il profilo operativo, sottoposti alla direzione unitaria della *holding*, soggetta a vigilanza. Con riguardo all'autorizzazione alla attività bancaria, il decreto richiede la adozione della forma giuridica della società per azioni, o di società cooperativa per azioni. In considerazione della circostanza che la precedente legge 1/1991 aveva esplicitamente riconosciuto agli enti creditizi la possibilità di esercitare tutte le attività di intermediazione mobiliare, secondo la disciplina dettata per le società di intermediazione mobiliare, agli inizi degli anni novanta il sistema italiano, conformemente a quelli europei concorrenti, perde il carattere della specializzazione, ed acquisisce quello della libertà operativa e di modello, nel senso che le banche risultano svincolate dalla rigidità imposta dalla legge del 1936 sotto il profilo organizzativo, essendo esso rimesso alla autonomia privata.

Anche sotto il profilo della vigilanza, coerentemente con le altre modifiche, il decreto realizza un capovolgimento dei criteri fissati nel 1936. Come esposto nelle pagine che precedono, infatti, la legge bancaria aveva definito in capo alle autorità di vigilanza una serie di poteri piuttosto incisivi, idonei ad ingerirsi nell'esercizio della attività ed ad indirizzarlo, al fine ultimo e generale della tutela del risparmio.

⁸⁵ Il D. lgs. 481/92 ha peraltro ammesso tutti gli enti creditizi, su espressa previsione statutaria, all'esercizio dei crediti speciali ed agevolati; ha eliminato la categoria delle banche di interesse nazionale, quella degli Istituti di credito di diritto pubblico; ha ammesso la trasformazione delle Banche popolari in società per azioni bancarie. Esso ha altresì eliminato la specializzazione settoriale delle aziende di credito, relativa alle Casse rurali ed artigiane: l'art. 42 del decreto, infatti, conferma che esse esercitano il credito prevalentemente a favore dei soci, ma elimina la prescrizione in ordine allo *status* di artigiani o agricoltori, stabilendo solo che essi devono risiedere o operare nel territorio di competenza della Casse. Peraltro, ne modifica la denominazione in Casse di credito cooperativo con il T.u.b. esse diventeranno Banche di credito cooperativo.

Fine, peraltro, espressamente indicato e fissato dalla Costituzione, all'art. 47, che ha così colmato quel vuoto che l'art. 41 della stessa avrebbe altrimenti determinato rispetto alla legge bancaria, nella parte in cui dispone che l'iniziativa economica privata può essere limitata solo in forza di una disposizione legislativa, che individui il fine sociale giustificativo della restrizione medesima. Tuttavia, la concreta esplicazione dei poteri e delle attribuzioni riconosciuti alle autorità restava in ogni caso svincolata da parametri specifici e predeterminati, e risultava quindi condizionata dalle esigenze di controllo strutturale, sottese alla normativa bancaria. Il decreto ha profondamente innovato questo scenario, ancorché, sul piano fattuale, i criteri adottati dalla Banca di Italia e dal Cicr, nella emanazione della normativa secondaria, già movessero verso le soluzioni adottate. Da un lato, infatti, esso legifica il fine della attività di controllo e vigilanza, in particolare individuandolo nella «sana e prudente gestione dell'impresa», successivamente mutuato dal T.u.b.; dall'altro, delegifica i mezzi, rimettendo alle autorità creditizie la concreta modalità di attuazione delle decisioni. Ciò ha determinato l'imposizione di un nuovo «stile» di vigilanza: da strutturale essa diventa «prudenziale» ed esercitata sulla singola impresa bancaria, al fine di garantirne la continuità e l'efficienza, e non già sul sistema nel suo complesso⁸⁶. Tale mutamento sembrerebbe ricondurre il sistema sui binari tracciati dai provvedimenti del 1926, ossia verso una disciplina di «polizia» del mercato, piuttosto che di «governo».

La costituzione del nuovo ordinamento bancario non è passata solo attraverso la despecializzazione del settore, ma anche e soprattutto attraverso la sua semplificazione sotto il profilo soggettivo, che vede nella riforma e nella successiva privatizzazione, formale e, quindi, sostanziale, delle banche pubbliche, uno dei momenti più significativi, ed anche più articolati, considerando i numerosi interventi legislativi che si sono susseguiti nella sua realizzazione. Se, infatti, l'apertura del mercato e la accentuazione dei profili imprenditoriali tipicamente privatistici della attività bancaria avevano rivelato l'inefficienza degli operatori privati, tanto più lo fecero nei riguardi di quelli pubblici, e non solo sotto il profilo economico, ma anche sotto quello organizzativo e strutturale, a causa della loro

⁸⁶ R. Costi al riguardo afferma: «La vigilanza sul settore bancario è ormai una vigilanza dal punto di vista degli oggetti e dei fini ben delineata: si esercita solo sull'impresa e non anche sul mercato e persegue la stabilità e l'efficienza dell'ente e non anche l'adeguamento coatto delle sue scelte d'impresa alle decisioni di politica economica del potere politico», *L'ordinamento*, cit., 83.

natura pubblica e, quindi, della sottrazione alle norme dettate per le società private in tema di *governance*, di trasparenza e di integrità del capitale sociale⁸⁷.

La riforma legislativa degli enti creditizi pubblici è stata attuata dalla legge Amato, del 30 luglio 1990, n.218, che ha disposto la ristrutturazione delle banche pubbliche ed ha delegato il Governo a stabilirne le modalità di attuazione, fissate dal successivo D.lgs. del 20 novembre 1990, n.356. Gli enti pubblici sono stati così ammessi ad adottare la forma di società per azioni, attraverso la trasformazione o la fusione con altri enti di qualsiasi natura, a condizione che da esse, appunto, risultassero comunque società per azioni operanti nel settore del credito⁸⁸. Gli istituti previsti, peraltro, erano disciplinati dal decreto medesimo, in deroga al diritto comune.

Nella prima fase, il controllo delle società per azioni bancarie che ne sono derivate restava conservato in mano agli enti conferenti, le cosiddette fondazioni bancarie, stante in ogni caso lo scorporo tra l'esercizio dell'impresa bancaria ed il suo controllo. Il successivo D.lgs. 481 del 1992 attribuiva al Ministro del Tesoro, all'art. 43, comma 3, la facoltà di impartire direttive agli enti per la cessione delle partecipazioni maggioritarie, normalizzando la dismissione del controllo dalla mano pubblica. In particolare, la Direttiva Dini del 18 novembre 1994 ha imposto agli enti un termine di cinque anni per la diversificazione del loro attivo, ossia per la dismissione delle partecipazioni maggioritarie nelle banche. La privatizzazione degli enti pubblici è stata successivamente formalizzata dalla legge Ciampi- Visco, n.461 del 1998 e dal D.lgs. n.153 del 1999, i quali prevedevano, per gli enti conferenti, l'adozione di un nuovo statuto organizzativo e la assunzione della qualifica di

⁸⁷ Sulla sopravvenuta inattualità della banca pubblica e sulla esigenza della sua riforma si esprime anche la Banca d'Italia, in una memoria dell'ufficio studi del 1981, nella quale la Banca Centrale afferma la necessità di prendere atto della circostanza che le banche pubbliche sono nate per scopi specifici legati a realtà regionali ed a strutture ormai superate e che hanno perso nel tempo le loro originarie funzioni, e, quindi, l'esigenza di modificare gli statuti, al fine di sancire il principio che la loro attività è attività bancaria, svolta con l'unico scopo di ricavare un profitto.

⁸⁸ L'art. 1 del D.lgs. 356/1990 così disponeva: «Gli enti creditizi pubblici possono effettuare trasformazioni, conferimenti o fusioni» dai quali risultassero «comunque società per azioni operanti nel settore del credito. Queste operazioni, nonché i conferimenti di azienda effettuati dai medesimi enti in una o più società per azioni già iscritte, ovvero appositamente costituite anche con atto unilaterale e aventi per oggetto l'attività svolta dall'ente conferente o ramo di esso, sono regolate dal decreto presente». In particolare, la trasformazione era riservata agli enti pubblici a struttura associativa. Atteso, quindi, che le aziende di credito di natura pubblica avevano tutte struttura di fondazione, con riguardo ad esse la ristrutturazione è avvenuta tramite l'istituto del trasferimento di azienda. Tra gli istituti di credito, invece quelli di natura pubblica erano ammessi anche alla trasformazione. Il decreto stabilì, tra l'altro, che le società bancarie risultanti dalla trasformazione degli istituti di credito pubblici ed aventi per oggetto la raccolta del risparmio a medio e lungo termine, avrebbero potuto esercitare anche le altre attività a medio e lungo termine previste dagli statuti.

“persone giuridiche private con piena autonomia statutaria e gestionale”, subordinatamente al possesso di una serie di requisiti di carattere amministrativo e patrimoniale⁸⁹. L’adeguamento statutario comportava il riconoscimento della qualifica di enti non commerciali, rilevante anche sotto il profilo delle agevolazioni tributarie, la cui conservazione era subordinata alla dismissione della partecipazione di controllo, da attuarsi nel periodo transitorio di quattro anni. Peraltro, se la dismissione non fosse avvenuta entro questo termine, né nei due anni successivi alla sua scadenza, ad essa avrebbe provveduto la Autorità di Vigilanza «nella misura idonea a determinare la perdita del controllo e nei tempi ritenuti opportuni, in relazione alle condizioni di mercato ed alla esigenza di salvaguardare il valore del patrimonio», ex art. 25, D.lgs. 153/1999.

2.3 La progressiva concentrazione del sistema bancario. La applicazione della disciplina antimonopolistica.

Nell’esposizione della evoluzione del sistema bancario italiano, occorre dedicare alcune distinte considerazioni alla materia della concorrenza, stante la sua incidenza, seppure indiretta, sulla tutela del risparmiatore, tema del presente lavoro.

In ambito nazionale, la disciplina antimonopolistica è stata introdotta dalla legge n.287 del 1990, che ha riprodotto, in larga misura, le disposizioni già dettate in ambito europeo dal Trattato di Roma del 1957 e successive modifiche⁹⁰. Con

⁸⁹ Di avviso diverso, F. Merusi, *Pubblico e privato nella legge Ciampi. Le fondazioni in bilico tra privatizzazione formale e sostanziale*, in *Bancaria*, n.3 del 1999, 18 ss., secondo il quale «il *nomen iuris* persone giuridiche private usato dal legislatore è del tutto irrilevante» e ancora, gli enti avrebbero dovuto continuare ad essere considerati pubblici sino a che avessero mantenuto il controllo diretto o indiretto della società conferitaria.

⁹⁰ Per esigenza di completezza, occorre rilevare che la normativa europea ha largamente preceduto la introduzione di discipline della concorrenza nei singoli Stati. Peraltro, il sistema europeo è stato fortemente condizionato dalle esigenze di creazione di uno spazio economico, e successivamente politico, comune, diversamente da quello statunitense, che, invece, ha preso le mosse dalle esigenze economiche contingenti. Le origini della disciplina sovranazionale si individuano nella firma da parte di Francia, Germania, Italia e Benelux, del Trattato di Parigi del 1951, istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell’Acciaio. Esso prevedeva misure proibitive in ordine alle barriere al commercio, ed alle pratiche discriminatorie e restrittive. In particolare, l’art. 65 del Trattato, proibiva gli accordi o le pratiche concertate tra imprese ed associazioni di imprese, che aspirassero ad impedire, restringere o distorcere la normale concorrenza all’interno del Mercato Comune; mentre l’art. 66 regola l’abuso di posizione dominante. Queste disposizioni sono state riprodotte dal successivo Trattato di Roma, del 1957, istitutivo della CEE, agli artt. 85 (art. 81 Trattato di Amsterdam) e 86 (art. 82 Trattato di Amsterdam). Tuttavia, il Trattato di Parigi considerava anche gli istituti della fusione e della concentrazione, diversamente dal Trattato di Roma che, infatti, non accenna alla ipotesi di fusione tra imprese. Solo nel 1989, con il Regolamento 4064/89, questa fattispecie trova una compiuta regolamentazione.

specifico riguardo al settore bancario, la applicabilità della normativa comunitaria e, quindi, del principio della libertà di concorrenza, è stata invece affermata diversi anni dopo la sua entrata in vigore: l'art. 85 del Trattato di Roma (art. 81 Trattato di Amsterdam), dettato in materia di intese, ha trovato infatti attuazione per la prima volta solo nel 1981, con la sentenza Zuchner⁹¹. Con essa, la Corte di Giustizia ha affermato che “Il parallelismo di comportamento nella riscossione di una commissione bancaria uniforme per i trasferimenti di somme da uno Stato membro all'altro, trasferimenti effettuati dalle banche sui depositi della propria clientela, costituisce una pratica concordata, vietata dall'art. 85, n.1, del trattato CEE, qualora il giudice nazionale accerti che tale parallelismo possiede le caratteristiche di coordinamento e collaborazione che contraddistinguono una pratica del genere”.

Le ragioni di questo differimento sono da ricercarsi nel consolidato convincimento in ordine al presunto conflitto tra l'obiettivo della stabilità e quello della concorrenza, e nella prevalenza del primo quale principio ordinamentale del settore bancario. Ciò, sul presupposto che la libertà di concorrenza ed il processo di selezione che essa avvia, possono costituire un fattore di destabilizzazione, in quanto il confronto, o la “guerra”, tra imprese in termini di prezzo e di qualità che il sistema concorrenziale normalmente sollecita e sostiene, spesso giocato sulla maggiore propensione al rischio, determina l'espulsione di quelle inefficienti. Ma se ciò, in astratto, determina certamente un beneficio per il consumatore, non altrettanto sembrerebbe potersi dire per il risparmiatore, e per il sistema economico-industriale considerato nel suo complesso. La crisi di una banca e la sua uscita dal mercato comportano infatti la perdita dei risparmi e della fonte di finanziamento ed è perciò idonea ad ingenerare ripercussioni sistemiche. Nel sistema bancario, il beneficio “sociale” derivante dalla stabilità è stato quindi a lungo ritenuto incompatibile e prevalente rispetto a quelli che possono derivare dalla concorrenza e dalla sua tutela⁹². Prima delle modificazioni apportate dagli

⁹¹ In *Foro it.*, 1982, IV, 473. Lo stesso può dirsi con riguardo all'ordinamento statunitense, dove la disciplina antitrust ha trovato applicazione al settore bancario con la sentenza Philadelphia del 1963, a distanza di ottanta anni dalla introduzione della legge antimonopolistica, lo Sherman act, del 1890. Già prima della “storica” sentenza Zuchner, nel 1973, la «relazione presentata a nome della commissione economica» del Parlamento Europeo «sulla prima relazione della Commissione sulla politica di concorrenza» invitava la Commissione a completare le sue future relazioni sui rapporti di concorrenza con dati relativi alla concorrenza in alcuni settori terziari, tra i quali quello delle banche, doc. 253/72, 7, punto 18.

⁹² Nel senso della esclusione della applicabilità degli artt. 85-86 del Trattato di Roma al settore bancario, vedi R. Franceschelli, *Attività bancaria e regole di concorrenza interne e comunitarie*, parere pubblicato in R. Franceschelli, *Studi e capitoli sul diritto della concorrenza*, Milano, 1974, 1073; G. Ruta, *La concorrenza bancaria e le sue limitazioni*, in *Riv. dir. ind.*, 1975, I, 5. In Italia si è assistito comunque a

interventi adottati in sede comunitaria, peraltro, tali considerazioni risultavano avvalorate dalla compressione dei profili privatistici ed imprenditoriali che la legge del 1936 e le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali avevano operato rispetto alla attività bancaria. In considerazione della sua natura pubblica, essa risultava funzionale al perseguimento di interessi superiori e, quindi, di fatto sottratta al principio di libertà di iniziativa economica privata.

La delegittimazione della attenuazione dei principi antitrust a favore del settore bancario operata dalla Corte di Giustizia, si inquadra evidentemente nella progressiva evoluzione dell'ordinamento bancario esposta nel paragrafo precedente, avvenuta prima sul piano fattuale e successivamente su quello legislativo. La decisione della Corte è stata cioè promossa dalla armonizzazione del settore, che ha trovato i suoi mezzi attuativi più pregnanti nella *deregulation*, da un lato, e nel recupero del valore imprenditoriale della attività bancaria, tipicamente connotato dalla libertà operativa e dal ruolo dei meccanismi di mercato, dall'altro⁹³.

Tuttavia, l'accoglimento del principio della libertà di concorrenza che deriva dal processo di privatizzazione delle imprese pubbliche e di liberalizzazione della attività economica privata, deve necessariamente accompagnarsi alla introduzione di una disciplina che, al contempo, la tuteli e la garantisca. Al riguardo, si osserva che lo sviluppo del sistema economico e degli interessi ad esso sottesi, nel senso

un ampio ed acceso dibattito al riguardo. Si veda, ad esempio, E. Montanaro, *La disciplina dei saggi bancari*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, II, 1662; G. Vitari, *Il cartello bancario: riflessioni giuridiche su un tema scarsamente esplorato*, in *Giur. comm.*, 1974, I, 767 ss. Emblematica la posizione di G. Minervini che, a proposito della applicazione della legge antitrust alle banche, in un convegno degli Amici del Mondo così si esprime: «Se ci sono i topi in casa si può prendere un gatto; ma il gatto rovina le poltrone. Di qui il dilemma: o si rinuncia al gatto e ci si tiene i topi, o si tiene il gatto e si rinuncia alle poltrone. Quello che è assolutamente incongruo è tagliare le unghie al gatto, che così non acchiapperà più i topi e per di più dovrà essere nutrito. Ecco. A me pare che questo apologo valga anche nel caso ora considerato». Patroni Griffi, *Le crisi bancarie: il caso Ambrosiano*, in *Banca impresa società*, 1984, 113. Si riporta anche la posizione di R. Pardolesi: «Il comparto bancario è così *heavy regulated*, sottoposto ad una regolamentazione tanto stretta e pregnante le regole del giuoco sono svisate in radice. Proporsi di calare su quest'immagine stravolta lo schema della concorrenza è, ancor più che un sogno, un autentico fuor d'opera», Intervento in *La concorrenza bancaria*, a cura di L. C. Ubertazzi, Milano, 1985, 309 ss. Nel senso, invece, del contemperamento del principio della concorrenza rispetto a quello della stabilità rinvenibile nelle scelte del legislatore vedi, in particolare, G. Bernini, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologna, 1991, 391; L. Desiderio, *Un'occasione di riflessione sul pubblico e sul privato nel credito: le crisi bancarie*, in *Riv. dir. impr.*, 1991, 450.

⁹³ Al riguardo, appare di particolare rilievo l'osservazione di M. Porzio. «...Se per il decennio '63-'73 possiamo parlare di una *cultura della programmazione*, per gli anni che stiamo vivendo (a cominciare dalla fine degli anni '70, forse) possiamo parlare di una *cultura del mercato*. A tutti i livelli, ed in tutti gli ambienti si riscopre il mercato come regolatore *sano* dei conflitti, il *profitto* come unico criterio per ogni iniziativa economica, la *deregulation* come rimedio contro i troppi *lacci e laccioli* che impediscono l'efficienza delle imprese» Salvo così chiosare: «Naturalmente, come per la *cultura della programmazione* può dirsi che in realtà di programmazione ne ha prodotta ben poco, può darsi che questa nuova ondata non produrrà affatto, alla fine, un puro *mercato*», in *Lezioni di diritto e legislazione bancaria*, Liguori, 1986, 50.

della integrazione comunitaria e dello sviluppo dell'economia di mercato aperto, hanno reso necessario non solo l'adeguamento dell'ordinamento giuridico ma anche quello del ruolo dello Stato. La graduale restrizione della riserva statale e le politiche neoliberaliste non si sono cioè tradotte nella "scomparsa" dell'intervento pubblico, ma piuttosto nella sua trasformazione e ciò anche attraverso la istituzione di Autorità amministrative che si sostituiscono allo Stato imprenditore e con le quali esso diviene garante e regolatore del rapporto tra gli operatori economici ed altresì tra questi ed i contraenti deboli.

Sicché, alla apertura del sistema creditizio, è seguita la estensione della disciplina antimonopolistica comunitaria e, quindi, nazionale, così risultando la tutela della concorrenza esplicitamente garantita anche in questo settore. In considerazione della sua peculiarità e degli interessi ad esso sottesi, tale estensione ha nondimeno subito alcune correzioni. L'originario art. 20, comma secondo, della legge 287/1990, attribuiva infatti la competenza ad applicare gli artt. 2, 3, 4 e 6 nei confronti di «aziende ed istituti di credito», alla Autorità di vigilanza del settore. Prima della modifiche apportate dalla legge 28 dicembre 2005, n.262, cosiddetta legge sul risparmio, la vigilanza sulla osservanza delle disposizioni antitrust risultava dunque attribuita alla Banca di Italia⁹⁴, e non alla Autorità competente per materia, l'AGCM. Il legislatore ha così adottato un doppio criterio. Secondo la lettera dell'originario art. 20, comma 2 l. 287/1990, infatti, ferma la competenza sulla vigilanza funzionale riconosciuta all'AGCM, alla Banca era attribuita la competenza rispetto alle aziende ed agli istituti di credito, ossia una vigilanza istituzionale, per soggetti, dai quali comunque restavano esclusi quelli diversi dalle banche, ancorché sottoposti alla sua vigilanza, quali società di gestione dei fondi comuni di investimento, società di intermediazione mobiliare, società di *leasing* e *factoring* ecc. Nelle ipotesi "miste" si configurava, invece, una competenza concorrente, potendo ciascuna delle due autorità adottare i provvedimenti di propria competenza, *ex* art. 20, comma 7 l.287/1990. Peraltro, la Banca d'Italia ha operato una interpretazione estensiva dell'art. 20, l. 287/1990, finendo con il pronunciarsi su tutte le fattispecie che coinvolgessero una banca, a prescindere dal settore nel quale essa avesse

⁹⁴ La Banca d'Italia non è l'unica Autorità di vigilanza del settore, essendo qualificati come Autorità creditizie anche il Ministro del tesoro ed il CICR. Tuttavia, è alla BI che spetta la concreta attuazione delle direttive delineate dal CICR. Ciò ha condotto ad individuare nella Banca d'Italia, l'Autorità investita della vigilanza sulla concorrenza. Così, G. Rotondo, *L'attribuzione alla Banca di Italia di poteri in materia di tutela della concorrenza (ex art.20 della legge 10 ottobre 1990, n.287) alla luce dell'evoluzione normativa del settore creditizio*, in *Riv. dir. impresa*, 1996, 384.

prodotto le sue ripercussioni. Anche, quindi, se in un settore non strettamente bancario.

La peculiarità della disciplina si configurava non solo con riguardo al soggetto preposto alla sua osservanza, ma anche ai suoi principi: la Banca d'Italia poteva infatti derogare, per un tempo limitato, al divieto di intese tra banche per esigenze di stabilità monetaria *ex art. 20 comma 5, l. 287/1990*⁹⁵, ipotesi, dunque, ulteriore rispetto a quelle previste per tutte le altre imprese.

L'applicazione della disciplina antitrust al settore bancario, benché ad esso dovesse considerare integrale⁹⁶, presentava dunque un profilo di specialità rispetto a quella operante per la generalità delle imprese. Essa aveva una portata derogatoria rispetto alla generale competenza della AGCM ed alla possibilità di autorizzare intese lesive della concorrenza, ai sensi dell'art. 20 comma 5 l. 287/1990. Tale specialità non era perciò riconducibile tanto al contenuto materiale delle norme, se si esclude quest'ultima ipotesi, quanto al loro ambito applicativo, ossia quello bancario, caratterizzato da esigenze ed interessi "speciali", in particolare quello alla stabilità, comunque connessi al sistema economico-finanziario generale⁹⁷.

Tuttavia, dalla formulazione dell'art. 20 l. 287/1990 muovono alcune considerazioni, di ordine diverso, tutte comunque ad evidenziare la inadeguatezza della scelta del criterio soggettivo adottato dal legislatore. *In primis* si tratta di una anomalia, non solo rispetto al panorama europeo, dove la scelta in ordine alla vigilanza sulla concorrenza è stata per un'unica Autorità *ad hoc*, ma anche rispetto a quello nazionale, che, invero, si orientava verso modelli di vigilanza funzionale⁹⁸. In particolare, secondo la l. 287/1990, l'AGCM è caratterizzata per il fatto di essere assolutamente autonoma ed indipendente dal potere esecutivo, sia sotto il profilo soggettivo, con riguardo alle modalità di nomina ed ai requisiti dei soggetti che ad essa presiedono, sia sotto quello oggettivo. Essa, infatti, rispetta ed esegue solo i precetti contenuti nella legge che la regola, soddisfacendo e tutelando l'interesse

⁹⁵ In questa ipotesi, il provvedimento di adozione da parte della Banca d'Italia, doveva essere adottato di intesa con l'AGCM.

⁹⁶ Sulla piena applicabilità della disciplina antitrust al settore bancario, vedi L. C. Ubertazzi, *Diritto nazionale antitrust ed imprese bancarie*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1992, VI, 435 ss., dove l'Autore "dimostra" tale tesi, movendo da argomentazioni materiali e di principio.

⁹⁷ Secondo la relazione annuale al Presidente del Consiglio dei Ministri del 30 aprile 1992 presentata dalla AGCM, questa ripartizione delle competenze rappresentava un elemento di peculiarità dell'ordinamento italiano, e la disciplina dell'art. 20 l. 287/90, aveva natura speciale, rispetto alla competenza generale dell'Autorità garante e portata derogatoria, 57.

⁹⁸ In tal senso, l.1/1991 per le Sim; l.157/1991 in materia di *insider trading*; d.lgs. 83 e 84 del 1992, sulle società di gestione di fondi comuni di investimento e sulle società di investimento a capitale variabile; d.lgs. n.74 del 1992, in materia di pubblicità ingannevole.

collettivo alla libertà di concorrenza, a tal scopo essendo stata istituita; e non è titolare di un interesse proprio, ma ricopre un ruolo *super partes*, assimilabile a quello del giudice. Lo stesso non può dirsi della Banca d'Italia, che è investita anche della funzione monetaria e di quella bancario- creditizia, sebbene essa abbia perduto una buona parte delle sue attribuzioni originarie, sulla scorta della istituzione del Sistema Europeo di Banche Centrali, e risulti perciò soggetta agli indirizzi ed alle istruzioni della BCE. Tra l'altro, nell'adottare i provvedimenti ai sensi della l. 287/1990, la Banca di Italia agiva di fatto autonomamente, in considerazione della circostanza che il parere preventivo della AGCM, prescritto dall'originario art. 20, comma 3 l. 287/1990, era ritenuto obbligatorio ma non vincolante, null'altro essendo previsto oltre alla sua acquisizione⁹⁹ Appare altresì puntuale il rilievo in ordine alla difficoltà di distinguere ed "isolare" gli enti bancari, così da definire l'ambito di operatività della competenza della Banca, in considerazione della progressiva integrazione dei mercati creditizi e finanziari, e dalla presenza della banca universale e del gruppo polifunzionale.

Invero, la scelta di attribuire alla Banca centrale la competenza a vigilare sulla concorrenza è stata certamente anche di opportunità: si è cioè ritenuto che la sua investitura fosse più adeguata, in ragione della profonda conoscenza del settore, e della esperienza acquisita quale Autorità di vigilanza tecnica, preposta all'esercizio della funzione bancario- creditizia. Tuttavia, la commistione di ruoli, talora difficilmente conciliabili, ha finito con il realizzare un temperamento dei principi sottesi alla legge. Al momento della entrata in vigore della disciplina antitrust, la funzione di vigilanza "tecnica" era prevalentemente finalizzata a garantire la stabilità del sistema, come rilevato in precedenza, così risultandone, la Banca, portatrice di due interessi potenzialmente antitetici, l'uno, quello alla stabilità, preminente sull'altro, quale sostenuto dalle autorità creditizie, e sotteso al sistema introdotto dalla legge del 1936. Tale profilo di conflitto non ha trovato una soluzione definitiva neanche con l'entrata in vigore del T.u.b., il quale pure individua, tra le finalità della attività di vigilanza, quella della efficienza e della competitività, rendendo così espressamente compatibile la disciplina dell'impresa bancaria con le regole della concorrenza¹⁰⁰. Infatti, l'ondata di deregolamentazione e

⁹⁹ Sulla prescrizione del parere *sic et simpliciter*, vedi Consiglio di Stato, IV, 22 ottobre 1974, n.669. Sul parere *ex art. 20 l. 287/1990*, AGCM, *Boll.*, n.11 del 1991, 18; *Boll.*, n.12 del 1991, 60; *Boll.*, n.13 del 1991, 68; *Boll.*, n.4 del 1993, 60.

¹⁰⁰ Nel senso del contemperamento del principio della concorrenza rispetto a quello della stabilità rinvenibile nelle scelte del legislatore vedi, in particolare, G. Bernini, *Un secolo di filosofia antitrust. Il*

la spinta concorrenziale di matrice comunitaria nel settore bancario è stata accolta con preoccupazione dalla Banca d'Italia, rispetto alla esigenza di mantenere la stabilità. Ciò ha comportato un generale *favor* verso un assetto altamente concentrato, in considerazione della circostanza che esso comporta una minore probabilità di fallimento¹⁰¹ ma, al contempo, ha determinato la crescita del potere contrattuale delle banche a discapito dei risparmiatori.

L'affidamento alla Banca centrale della funzione di vigilanza sulla concorrenza ha così di fatto contribuito ad esasperare il rapporto di conflitto tra i due obiettivi, già presunto in linea teorica. In particolare, questa scelta ha finito con l'investire, equivocamente, la disciplina antitrust di un ruolo ulteriore che non le è proprio, quale quello di preservare anche la stabilità del sistema, che, agevolmente, assume un valore preminente. Questa deve piuttosto essere limitata alla regolazione degli assetti di mercato, mentre la stabilità deve trovare garanzia in una distinta attività di vigilanza e di regolamentazione sulla impresa bancaria, che ne assicuri quel rispetto dei criteri di prudenza e di efficienza, il quale solo può evitarne la crisi. Ed invero, i recenti interventi adottati in sede legislativa ed amministrativa hanno realizzato una diversa composizione del conflitto tra la stabilità del settore bancario ed il suo grado di competitività. Essa cioè non si è concretata nella compressione dei principi della concorrenza, né nel ritorno ad un sistema dirigistico e chiuso, come avvenne negli anni trenta, quando la legge del 1936 segnò il passaggio dalla disciplina di polizia a quella di governo del mercato bancario, essendo, peraltro, tale soluzione preclusa dai precetti fissati in sede comunitaria; ma nella diversa definizione dei ruoli delle Autorità ed altresì nella attenuazione della omogeneità nei servizi bancari offerti.

Ma di ciò si tratterà più dettagliatamente nel capitolo seguente.

modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana, cit., 391; L. Desiderio, *Un'occasione di riflessione sul pubblico e sul privato nel credito: le crisi bancarie*, in *Riv. dir. impr.*, 1991, 450.

¹⁰¹ La concorrenza e la *deregulation* sono posti a fondamento delle crisi che si sono susseguite nel corso degli anni Ottanta e Novanta. In tal senso, vedi *Industria bancaria e concorrenza*, a cura di M. Polo, Ente per gli studi monetari, bancari e finanziari «Luigi Einaudi», il Mulino, 2000; *Banca e finanza tra imprese e consumatori*, a cura di A. Guaccero e A. Urbani, Il Mulino, 1999; *Regolazione e garanzia del pluralismo –Le Autorità Amministrative Indipendenti*, in *Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè, 1997.

3. La tutela del risparmiatore affidata all'ordinamento di diritto comune: la disciplina delle condizioni generali di contratto e le Norme Bancarie Uniformi

Come rilevato in precedenza, il sistema normativo definito ed introdotto dalla legge del 1936 non dedicava alcuna disposizione specifica alla tutela del risparmiatore. Nessuna norma era riservata ai rapporti contrattuali, né con riguardo a specifici strumenti di salvaguardia degli interessi delle parti, né con riguardo alla incidenza diretta che su questi la disciplina potesse avere. Il risparmiatore, quale cliente dell'operatore bancario, o consumatore dei servizi e dei prodotti da questo offerti, non era affatto menzionato.

La legge bancaria intendeva tutelare il risparmio nella sua accezione oggettiva e macroeconomica, ad essa la salvaguardia del depositante si intendeva riferita ed affidata. Sicché, sino alla emanazione del T.u.b., sotto il profilo dei rimedi, ha trovato applicazione, in via esclusiva, il diritto comune. In particolare, con l'entrata in vigore del codice del 1942, la disciplina delle condizioni generali di contratto, *ex artt.* 1341 e 1370 c.c., e quella del contratto concluso mediante moduli o formulari, *ex art.* 1342 c.c. Il sistema di tutela del risparmiatore si risolveva dunque in quello predisposto dal legislatore per il contraente debole "ordinario". Invero, disposizioni specifiche in tal senso non si rinvenivano neanche nella disciplina dettata dal codice civile in tema di contratti bancari, agli artt. 1834 ss. Questa è piuttosto diretta a definire le singole fattispecie di rapporti bancari, mancando e di inquadrarle in un sistema di applicazione generale, e di fornire strumenti di tutela del cliente¹⁰².

Il riferimento alle norme dettate in tema di condizioni generali e la necessità di verificarne la effettiva operatività muovono dalla diffusione, nel settore bancario, della adozione di schemi contrattuali uniformi. Pratica, questa, risalente al 1918 e consolidatasi negli anni '40¹⁰³, in risposta alla esiguità della disciplina dedicata dal

¹⁰² Si leggano, in tal senso, le critiche considerazioni di G. F. Campobasso, *Servizi bancari e finanziari e tutela del contraente debole: l'esperienza italiana*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1999, I, 564, 565, il quale addebita tale lacuna alle *resistenze del mondo imprenditoriale bancario*, rilevando come, diversamente, la disciplina codicistica in tema di contratti di assicurazione, preveda delle disposizioni generali che, tra l'altro, dettano una serie di norme derogabili solo a favore del cliente assicurato.

¹⁰³ Sulla ricostruzione della nascita del fenomeno, vedi A. M. Biscaini Cotula, *Il cartello interbancario in Italia. Condizioni e norme per le operazioni e i servizi di banca (1936-1974)*, in *Bollettino della Banca d'Italia*, 1980, 377, che individua il primo accordo per la disciplina della concorrenza bancaria in quello sollecitato dall'allora Ministro del Tesoro Nitti tra la Banca Commerciale Italiana, Credito Italiano, Banco di Roma e Banca Italiana di Sconto. Nell'anno successivo, si costituì l'Associazione bancaria Italiana, allo scopo, tra l'altro, di promuovere l'adesione agli accordi di autodisciplina in materia di condizioni di contratto e tassi delle operazioni passive concordate dalle banche aderenti. Peraltro, se

legislatore del 1942 alla materia dei contratti bancari (artt. 1834-1860 c.c.). Nel tempo, l'uniformità dei contratti è stata agevolata dal «carattere tipicamente di massa proprio della maggior parte delle operazioni bancarie», ed altresì dal potere economico e contrattuale di cui gli operatori bancari godevano, il quale, peraltro, ha trovato una “formalizzazione” nella Associazione Bancaria Italiana, che riunisce quasi tutte le banche¹⁰⁴. E proprio in seno a questa sono stati definiti moduli contrattuali standardizzati e caratterizzati da condizioni generali denominate “Norme bancarie uniformi”, recepite dalle singole banche associate e riprodotte nei modelli contrattuali¹⁰⁵.

Con riguardo alla loro natura giuridica, alla qualificazione di condizioni generali di contratto si giunge per esclusione. Le Norme bancarie, infatti, in quanto emanate da un soggetto terzo privo di potere normativo, non possono considerarsi “norme” in senso tecnico. Ciò, non solo nei riguardi dei clienti, ma anche in quelli delle banche associate, alle quali la concreta adozione dello schema predisposto è solo meramente e, comunque, vivamente¹⁰⁶, raccomandata e non già imposta, ancorché ad essa da sempre aderisca la quasi totalità delle banche¹⁰⁷. Del pari, le elaborazioni dottrinali ne hanno escluso la natura di usi normativi o contrattuali, ancora in ragione della terzietà del soggetto che unilateralmente le predispone¹⁰⁸.

inizialmente l'A.B.I. effettivamente a ciò si limitava, nel tempo il ruolo è evoluto, sino ad arrivare ad esercitare l'attività di revisione, aggiornamento e diffusione delle N.b.u.

¹⁰⁴ Così, L.C. Ubertazzi, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, Milano, 1986, 1; G. Vignocchi, *Il servizio del credito*, cit., 238.

¹⁰⁵ C. Pratis, *La disciplina giuridica delle aziende di credito*, Milano, 1972, 150 ss., riconduce le norme bancarie uniformi alle condizioni di affare, le quali, diversamente dagli usi normativi, acquistano dignità di clausole contrattuali solo ove richiamate dalle parti, in via esplicita o implicita. Per cui la loro efficacia deriva dalla circostanza di essere inserite nel negozio come clausole.

¹⁰⁶ La circolare A.B.I. TC 9/1958, al fine di raccogliere adesioni all'accordo relativo alla adozione di condizioni generali uniformi per le aperture di credito e le anticipazioni bancarie su pegno di merce e documenti rappresentativi di merce, così “sollecitava”: «Dato che un grande numero di Aziende di credito di ogni categoria ha già sottoscritto l'accordo in discorso, si confida che gli istituti non ancora aderenti, rendendosi conto che la generale osservanza delle anzidette norme contrattuali da parte delle Aziende di credito assume il carattere di codificazione pacifica della prassi in essere in una materia tanto complessa e delicata come quella delle operazioni di finanziamento delle merci e dei documenti rappresentativi di essa, prassi della quale la giurisprudenza trarrà indubbiamente sicuri motivi di orientamento, vorranno dare la loro adesione, restituendo firmato uno degli esemplari dell'Accordo allegato».

¹⁰⁷ Nel senso, invece, di considerare le banche tenute all'impiego delle norme, in forza del vincolo associativo, vedi C. Folco, *Il sistema del diritto della banca*, I, Milano, 1968, 196; G. Molle, *I contratti bancari*, Milano, 1973, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, 46; A. P. Massamormile, *Norme Bancarie Uniformi*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1984, I, 188. Con riguardo alla giurisprudenza, è rimasto isolato l'orientamento secondo il quale le N.b.u. sarebbero da equipararsi a direttive della Pubblica Amministrazione. Così, Cass., 9 agosto 1973, n. 2276, in *Foro it.*, 1974, I, 141 ss.

¹⁰⁸ Diversamente, l'uso si realizza con una spontanea e generalizzata adesione dei consociati ad un dato comportamento. In tale senso, N. Salanitro, *Le banche e i contratti bancari*, in *Tratt. Dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1983, 46 ss.; G. Gabrielli, *Controllo pubblico e norme bancarie uniformi*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1977, I, 257 ss; A. Pavone La Rosa, *Gli usi bancari*, in *Le operazioni bancarie*, a cura

Diversamente, sarebbero parte *naturaliter* del regolamento negoziale *ex art.1340 c.c.*, con la conseguenza della loro sottrazione all'obbligo di sottoscrizione specifica ai sensi dell'art.1341 co.2 c.c. Esclusa la natura di norme e quella di usi, le Nbu devono dunque essere inquadrare nella fattispecie delle condizioni generali di contratto, *ex art. 1341 c.c.*, seppure, *prima facie*, questa soluzione sembrerebbe ancora preclusa dalla circostanza che esse sono predisposte da un soggetto terzo, giuridicamente autonomo, e non da uno dei due contraenti, come la rubrica della norma vorrebbe. Ma tale *impasse* si supera agevolmente ove si consideri che la terzietà dell'A.B.I. è meramente "formale", in quanto essa associa la maggior parte delle banche e, quindi, i soggetti che si avvalgono degli schemi contrattuali medesimi. E proprio sulla concertazione con le imprese associate si fonda la definizione delle Norme.

L'A.B.I. ha fondato questo sistema sul presupposto che la omogeneità avrebbe reso più agevolmente confrontabili le condizioni economiche, sì da creare una situazione di concorrenza tra gli operatori sul prezzo dei servizi bancari. Invero, così non è stato.

Al riguardo, vanno fatti due ordini di considerazioni. *In primis*, le N.b.u., oltre ad indebolire il potere contrattuale del risparmiatore, quando non configurano propriamente delle clausole vessatorie in deroga ai principi generali, determinano uno squilibrio ad esclusivo ed ingiustificato vantaggio delle banche. In secondo luogo, esse si sono risolte, in sostanza, in un allineamento dell'offerta e, quindi, nella obliterazione del gioco concorrenziale tra le imprese bancarie. Si consideri, peraltro, la già rilevata circostanza che le N.b.u. erano, e sono, trasfuse nei contratti, in pratica, da tutti gli operatori bancari, sicché il risparmiatore, in alternativa alla accettazione, dovrebbe rinunciare a contrarre¹⁰⁹.

Sotto il primo profilo, tra le N.b.u. devono dunque essere distinte quelle che configurano una deroga, o meglio sarebbe dire una violazione, dei principi generali fissati dal codice civile, e che, quindi, ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 1341 comma 2 c.c., da quelle che, invece, non derogano a norme dispositive, ma determinano, comunque, una ingiustificata disparità di trattamento a favore della

di G. B. Portale, Milano, 1978, 45, che affermava che «La prassi è effetto di una "comune" e "spontanea" azione di tutte le parti interessate a dare vita ai rapporti contrattuali cui le clausole ineriscono». In considerazione della generalizzata applicazione delle N.b.u., hanno invece sostenuto la natura di usi normativi C. Folco, *Il sistema*, cit., 203, G. Vignocchi, *Il servizio del credito*, cit., 239; nel senso di clausole d'uso rilevanti *ex art. 1340 c.c.* vedi C. Pratis, *La disciplina giuridica* cit., 152.

¹⁰⁹ Così, F. Benatti, *Le clausole di esonero di responsabilità nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie* a cura di G.B. Portale Milano, 1978, 156.

banca. Nel periodo di cui si sta trattando, appartenevano alla prima categoria le condizioni che fissavano alcune scadenze a carico del correntista, come la clausola secondo la quale il termine a questi riconosciuto per la contestazione dell'estratto conto di chiusura decorreva dalla data di invio del medesimo e non da quella della sua ricezione, in deroga al principio fissato dall'art. 1832 comma 2 c.c., per la ipotesi di errori "materiali"; essa, ancora, prevedeva per le contestazioni l'obbligo dell'uso della forma scritta a carico del correntista, (art. 7, N.b.u.)¹¹⁰.

Con riguardo, invece, alla facoltà di opporre eccezioni, secondo l'art. 19 comma 2 N.b.u., ogni comunicazione della banca al correntista doveva ritenersi da questi conosciuta già all'atto della spedizione, in deroga al principio della conoscenza disposto dall'art. 1334 c.c. ed altresì a quello della presunzione relativa di conoscenza, *ex art.* 1335 c.c.

Particolarmente sfavorevole era pure la clausola secondo la quale il foro competente per le eventuali controversie con il correntista era individuato in quello ove si trovasse la filiale o la sede centrale della banca, *ex art.* 73 N.b.u.: la fissazione di un foro esclusivo deve essere considerata gravosa e, perciò, soggetta a specifica approvazione scritta ai sensi dell'art. 1341, comma secondo c.c.¹¹¹.

Tra le N.b.u. che, invece, favorivano ingiustificatamente la banca, ma delle quali era dubbia la vessatorietà, devono essere rammentate due in particolare, in considerazione della loro solo recente soppressione. La prima, trasfusa nel T.u.b., riconosceva unilateralmente alla azienda di credito il diritto di modificare in qualunque momento le condizioni generali di contratto, senza obbligo di comunicazione personale al cliente. La seconda, invece, disponeva invece che la chiusura dei conti attivi e, quindi, la capitalizzazione degli interessi attivi maturati, avveniva a scadenza di anno, mentre quella dei conti passivi avveniva con cadenza trimestrale. (art. 6 N.b.u.)¹¹². A ciò si aggiunga la convenzione di capitalizzazione periodica degli interessi, per fruttare altri interessi, convalidata dalla esistenza di un

¹¹⁰ Nel senso della vessatorietà di questa clausola, si è espressa anche la giurisprudenza. Vedi Corte di App. Milano, 3 luglio 1953, in *Asvic.*, 1954, II, 139, secondo cui essa limiterebbe la responsabilità del predisponente; Cass. 23 giugno 1953, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1954, II, 252, secondo cui essa imporrebbe un onere a pena di decadenza.

¹¹¹ Vedi Cass. 10 gennaio 1975, n.60, in *Rep. Giust. Civ.*, 1975 II, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 95; Cass., 2 ottobre 1973, n.2467, in *Rep. Foro it.*, 1973, voce *Contratto in genere*, n.139, secondo la quale, peraltro, si ha clausola derogativa della competenza territoriale in un contratto per adesione, non solo nella ipotesi in cui sia designato un foro non contemplato dalla legge, ma anche in quella in cui il foro, pure indicato dalla legge, sia esclusivo, risultandone eliminata la competenza alternativa di altro giudice.

¹¹² Diversamente, riguardo al conto corrente ordinario, l'art. 1831 c.c. stabilisce a titolo suppletivo che la chiusura deve farsi alla fine di ogni semestre.

uso in deroga ai limiti legali all'anatocismo. Diversamente, occorre che la convenzione ricorra, per iscritto, dopo ciascuna scadenza e limitatamente agli interessi dovuti per più di un semestre, *ex art.* 1283 c.c. Tuttavia, a questo secondo limite si derogava solo in favore della banca.

Si rammenta, in ultimo, che le N.b.u. fissavano ancora all'art. 6 un limite massimo per i tassi attivi, ma non per quelli passivi.

Rispetto a questi schemi contrattuali, nel periodo oggetto di analisi del presente capitolo, e, quindi, prima che intervenissero le modifiche sul piano amministrativo e legislativo, con particolare riguardo alla introduzione della disciplina a tutela del consumatore *ex art.* 1469 *bis* e ss., il sistema di protezione e di controllo accordato alla parte debole, che solo aderisce al regolamento contrattuale predisposto unilateralmente dall'altra, risultava limitato alla disciplina dettata dagli artt. 1341 e 1342 c.c., come sopra rilevato. Tuttavia, rispetto alla posizione del risparmiatore esso era inadeguato. Ciò in quanto la disciplina codicistica dettata in tema di condizioni generali di contratto e di moduli e formulari di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c., si limita a subordinare l'efficacia del regolamento al requisito della conoscenza, o della conoscibilità, senza indicare i mezzi necessari al suo conseguimento, mentre la cautela rispetto alle clausole derogatorie al diritto dispositivo, opera sul piano meramente formale, risolvendosi nella specifica approvazione scritta¹¹³. La disciplina di salvaguardia disposta dal legislatore del 1942 non sembrava dunque accordare al risparmiatore una tutela effettiva ed efficace. Peraltro, se l'obbligo di approvazione scritta delle clausole "vessatorie" garantiva l'adozione della forma scritta, tale effetto perdeva di valore ove si consideri che questa, nel settore bancario, era comunque usuale, e la approvazione specifica, quindi, assolvimento quasi automatico¹¹⁴.

In giurisprudenza talune decisioni si sono mosse nel solco della vessatorietà di alcune delle condizioni praticate al cliente bancario e delle Norme bancarie uniformi, discostandosi dall'atteggiamento di *favor* prevalentemente assunto verso il potere contrattuale degli istituti di credito. Così, il tribunale di Verona ha

¹¹³ Sulla inadeguatezza del controllo legislativo, ma anche giudiziale, vedi G. Gabrielli, *Controllo pubblico*, cit., 262. L'Autore rileva che il controllo pubblico della deviazione dal diritto dispositivo attuata dall'imprenditore attraverso le condizioni generali di contratto, risulta inadeguato sia che si espleti a livello legislativo, attesa la molteplicità e la peculiarità degli interessi settoriali; sia a livello giudiziale, ove il controllo si muove dai precetti legislativi e viene condotto sulla base dei valori contingenti, e comunque sul singolo caso. Vedi anche V. Roppo, *Contratti standard*, Milano, 1975, 321 ss..

¹¹⁴ V. Allegri, al riguardo, parla di «vuota cerimonia», in *Norme bancarie uniformi e condizioni generali di contratto nelle recenti tendenze della dottrina giuridica*, in BTB- *Economia banca e congiuntura*, 1979.

riconosciuto il diritto soggettivo del correntista di ottenere dalla banca trattaria il rendiconto completo, e dunque non limitato alle informazioni ordinarie quali contenute nell'estratto conto, rispetto all'attività di gestione del rapporto di conto corrente di corrispondenza, ed altresì il diritto di esaminare l'intera serie delle girate degli assegni emessi¹¹⁵. Ciò, indipendentemente dalla sussistenza di uno specifico e comprovato interesse in capo al correntista.

Ancora, la giurisprudenza di merito ha configurato la responsabilità della banca mandataria per i danni subiti dal mandante, con riguardo ad un ordine di acquisto di valuta estera ad un tasso di cambio *palesamente abnorme*. In ipotesi di mancata comunicazione al mandante circa le circostanze sopravvenute che avrebbero determinato la modificazione o la revoca del mandato, e di mancato esercizio del potere-dovere di discostarsi dalle istruzioni ricevute, tali danni si sono ritenuti quantificati nella differenza tra il tasso di cambio del giorno dell'acquisto e quello del giorno lavorativo successivo¹¹⁶.

La Corte Suprema si è espressa sull'obbligo di diligenza che grava sull'azienda di credito nell'accreditamento di somme in conto corrente bancario e, per la prima volta, ha delineato in capo ad essa una responsabilità per ritardo, imputabile nell'accredito a favore del cliente delle somme stesse. In particolare, la responsabilità resta esclusa solo ove la mancata registrazione sul conto non sia ricollegabile ad un difetto di diligenza¹¹⁷.

Con altra pronunzia, la Corte Suprema è direttamente intervenuta sulle Norme Bancarie Uniformi, dichiarandone la nullità sulla scorta della limitazione di responsabilità che esse realizzano a favore della banca, *ex art. 1229 c.c.*¹¹⁸. In

¹¹⁵ Trib. Verona, 23 marzo 1988, in *Giur. italiana*, 1988, I, 2, 554. Il tribunale ha riconosciuto il medesimo diritto al curatore, in ipotesi di fallimento del correntista, destituendo di fondamento l'argomentazione della banca convenuta, la quale, appuntandosi al segreto bancario, sosteneva che informazioni ulteriori rispetto a quelle contenute nell'ordinario estratto conto potessero e dovessero essere fornite solo in presenza di uno specifico, e dimostrato, interesse della controparte.

¹¹⁶ Trib. Venezia, 21 gennaio 1988, in *Foro it.*, 1988, I, 1996.

¹¹⁷ Cass., 26 luglio 1989, n. 3507, in *Foro it.*, 1990, I, 128: «Pur se l'accreditamento di somme si perfeziona, nel conto corrente bancario, al momento della annotazione sul conto, la banca non è libera di effettuare la registrazione degli accrediti senza limiti di tempo, ma deve a ciò provvedere con la massima rapidità consentita dagli strumenti tecnici disponibili». Nel senso dell'obbligo di esecuzione dell'incarico con la «diligenza del buon padre di famiglia» *ex art. 1710 c.c.*, vedi Cass. 29 giugno 1981, n. 4209, in *Foro it.*, 1982, I, 472, e Trib. Milano 15 marzo 1984, in *Rep. Foro it.*, 1984, 25, 26.

¹¹⁸ Cass. 3 novembre 1989, n. 4604 in *Corriere giuridico*, 1990, I, 149. Secondo la Corte, dalla lettura dell'art. 1839 c.c., si evincono tre obbligazioni a carico della banca: concessione d'uso dei locali, che siano idonei all'espletamento del servizio, custodia di locali, tutela dell'integrità della cassetta. A queste si contrappone l'obbligo di corresponsione del canone da parte dell'utente, mentre la conservazione del contenuto della cassetta resta estraneo alle obbligazioni direttamente assunte dalla banca. La clausola limitativa del valore dei beni da immettere nelle cassette non incide sul contenuto

particolare, oggetto della decisione sono state le clausole n. 2 e 3, secondo comma, delle Nuove Norme, sostituitesi alla “previgente” clausola n. 16¹¹⁹, che, con riferimento al contratto di utenza di cassette di sicurezza di cui all’art. 1839 c.c., limitavano il valore oggetto della custodia e, quindi, l’obbligo a contenuto risarcitorio della banca rispetto al danno subito dai clienti¹²⁰. La Corte ha posto una linea di demarcazione tra l’ipotesi in cui, rispetto allo schema contrattuale tipico *ex* art. 1839 c.c., la limitazione del valore dei beni oggetto della custodia, con ragguaglio ad una classe di livelli di canone, costituisce una previsione avente la specifica funzione negoziale di *deminutio* del contenuto del contratto e, quindi, delle obbligazioni da esso derivanti, da quella nella quale, invece, tale delimitazione non ha altra funzione che quella di limitare la responsabilità della banca al valore convenuto. E solo in forza di una espressa previsione contrattuale, che scaglioni il livello tecnico dell’obbligazione di custodia in relazione al valore custodito, ha ritenuto configurarsi la prima ipotesi, per cui la limitazione del valore dei beni solo delimita il contenuto contrattuale e, quindi, le obbligazioni a carico della banca. Diversamente, la clausola n. 2 delle Nbu illecitamente limita la responsabilità del concedente il servizio delle cassette, e deve perciò considerarsi nulla.

Infine, il tribunale di Genova, ha ritenuto che il rinvio all’art. 7 delle Norme Bancarie Uniformi, dettato in tema di condizioni praticate usualmente dalla azienda di credito sulla piazza, fosse sufficiente a soddisfare, *per relationem*, l’onere di forma richiesto *ad substantiam* dall’art. 1284 comma terzo c.c., in ordine alla pattuizione di interessi ultralegali, solo se fornito dei requisiti minimi di determinatezza o determinabilità dell’oggetto, quali essenziali ai fini della validità del contratto¹²¹. Tale rinvio può, pertanto, validamente operare solo ove esso individui «...In modo non equivoco e predeterminato il tasso di interesse debitore» Diversamente, allorquando non sia possibile la immediata ed esatta individuazione dell’interesse,

del contratto e sull’oggetto delle obbligazioni: «Solo nell’ambito di una previsione contrattuale che differenziasse il livello tecnico delle prestazioni in relazione ai valori custoditi, pur non violando il limite della professionalità bancaria richiesta nell’attività di custodia anche per i valori inferiori, ovvero nell’ambito di un contratto misto di cui peraltro fosse consentito vagliare la meritevolezza *ex* art. 1322 c.c., la limitazione del valore dei beni di cui fosse consentita l’immissione nelle cassette, esulerebbe dalla funzione meramente limitativa della responsabilità, per assumere una valenza di delimitazione del contenuto contrattuale... ».

¹¹⁹ La clausola limitava direttamente la responsabilità della banca ed era stata perciò già ritenuta nulla dalla giurisprudenza. Vedi Cass. 29 marzo 1976, n.1129, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1976, I, 173.

¹²⁰ Questa pronuncia è preceduta da una decisione con la quale la Corte Suprema ritenne che l’unica funzione della clausola n.16 delle Norme Bancarie Uniformi in un contratto di utenza di cassette di sicurezza, fosse quella di limitare il risarcimento eventualmente dovuto dalla banca e, quindi, la sua responsabilità, Cass. 29 marzo 1976, n.1124.

¹²¹ Trib. Genova, 9 maggio 1989, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1990, I, 62.

in quanto il tasso subisca una variazione in ragione delle logiche di mercato e del profilo soggettivo del cliente, la clausola deve considerarsi invalida¹²².

Se il diritto comune non offriva adeguati strumenti *ad hoc*, una qualche previsione di controllo autonomo era invece rintracciabile proprio nella legge bancaria ed in particolare, nel potere regolamentare delle autorità creditizie. E non ci si riferisce a quello ad esse *lato sensu* riconosciuto, ma ad una previsione specifica: l'art. 32 l. bancaria disponeva che le aziende di credito dovevano attenersi alle istruzioni comunicate dalla Banca di Italia, conformemente alle deliberazioni del C.I.C.R., in materia di «limiti di tassi attivi e passivi» e di «condizioni delle operazioni di deposito e conto corrente». Secondo la prevalente interpretazione, la seconda parte della norma doveva essere riferita a tutte le clausole disciplinanti il rapporto giuridico, anche, cioè, a quelle a carattere non prettamente economico e “quantitativo”¹²³. Sicché le due autorità risultavano investite dalla legge del potere di ingerirsi nel rapporto giuridico tra la banca ed il cliente e di sindacarne il contenuto, attraverso delle istruzioni a carattere generale e preventivo, a tutela del contraente debole¹²⁴. Tuttavia, tale potere è rimasto disatteso, almeno con riguardo al contenuto contrattuale ed alle clausole unilateralmente predisposte¹²⁵.

¹²² Il tribunale afferma altresì che l'invalidità che colpisce la clausola non può essere sanata dalla comunicazione *ex post* del tasso applicato attraverso l'invio dell'estratto conto, anche in assenza di contestazioni da parte del correntista: «...Infatti, la scrittura concernente la determinazione degli interessi superiori alla misura legale, è costitutiva del relativo rapporto obbligatorio e non già dichiarativa dello stesso, perciò deve ritenersi privo di rilevanza giuridica un riconoscimento che di esso il debitore faccia *ex post*».

¹²³ Così, G. Gabrielli, *Controllo pubblico*, cit., 267 ss, il quale sostiene la sostanziale equivalenza tra l'espressione «condizioni contrattuali» ed il termine «clausola», confermata, tale equivalenza, dagli artt. 1341 e 1342 c.c. L'Autore rileva in particolare che «Non può escludersi beninteso che i compilatori della legge bancaria abbiano voluto impiegare il riferimento alle “condizioni” di contratto proprio in questo significato più ristretto- ossia limitatamente alle clausole a contenuto economico- che era loro suggerito dal valore comunemente attribuito alla locuzione nel gergo degli operatori di settore, ma non è dubbio, alla luce dei principi ermeneutica più generalmente accreditati, che una siffatta eventuale intenzione soggettiva del legislatore non sia riuscita ad obiettivarsi nel testo della legge, rispetto al quale si impone in misura prevalente l'esigenza sistematica, che conduce ad interpretarlo in senso congruente con quello che la medesima espressione ha in altri, e più generali, precetti dell'ordinamento in cui pur questo testo si inserisce», 271. M. Porzio, *Il controllo amministrativo sulle condizioni dei contratti bancari*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, I, 148 e ss.; *Contra*, G. Cavalli, che, evidentemente lasciando da parte considerazioni di carattere sistematico, rileva come secondo la prassi e la tecnica bancaria, per «condizioni» debbano intendersi i profili strettamente economici, *Le clausole vessatorie nei contratti bancari*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di G. B. Portale, Milano, 1978 I, 121, il quale fonda la propria interpretazione sul dato testuale.

¹²⁴ M. Porzio, *Il controllo amministrativo sulle condizioni dei contratti bancari*, cit., 141 ss.

¹²⁵ L'Ispettorato del credito, invece, proibì, in forza dell'art. 32 lett. b) l. bancaria, il comodato bancario di titoli di credito, Disposizione 3 giugno 1936. Invero, anche la prima parte della norma non ha, di fatto, trovato concreta attuazione, se si esclude l'intervento immediatamente successivo alla entrata in vigore della legge bancaria, con il quale l'Ispettorato fissò i limiti dei tassi attivi e passivi, ma a mero recepimento di quelli stabiliti in seno ad un accordo bancario preesistente, Cfr. Comunicato n. 1 dell'Ispettorato per la difesa del risparmio e per l'esercizio del credito, in *Gazzetta Ufficiale*, n. 101 del 1° maggio 1936. A partire dal 1954, anno della definizione dell'Accordo

Le ragioni della mancata concreta attuazione della norma si possono ricercare nella istanza sottesa all'art. 32 l. bancaria, che non è immediatamente individuabile nella tutela del depositante o del correntista ma, ancora, nella garanzia della stabilità complessiva del sistema, che pure riposa sul momento contrattuale. Rispetto ad essa, l'interesse del contraente debole, il cui apporto alla formazione del regolamento contrattuale fosse limitato alla accettazione, era secondario. Ed in tal senso si è espressa anche la prevalente giurisprudenza¹²⁶. In particolare, con riguardo alla limitazione di responsabilità del creditore pignoratizio di diritto privato, la Corte Suprema ha affermato che essa poteva derivare solo da una clausola contrattuale, efficace se approvata per iscritto, mentre l'eventuale imposizione di una clausola di questo tenore da parte delle autorità creditizie, riconducibile all'art. 32 l. bancaria, in ogni caso non esplicava i suoi effetti nei confronti del depositante, ma solo in quelli della banca. Il potere regolamentare e di controllo sancito da questa norma, dunque, andava posto in relazione esclusiva con il soggetto vigilato, ossia la banca, e non anche con il singolo contraente, che restava estraneo rispetto agli effetti eventualmente espliciti dal suo esercizio.

L'inerzia delle autorità rispetto alle condizioni di deposito e conto corrente, e, quindi, alle condizioni generali fissate dalle Norme bancarie uniformi, non sorprende ove si consideri anche la accezione collettiva che al risparmio si attribuiva. Le Norme venivano normalmente "difese" e giustificate in ragione della esigenza di stabilità complessiva del sistema bancario, quindi anche nell'interesse del singolo contraente, ossia del depositante. Sembra tuttavia doveroso rilevare che l'esercizio del potere di intervento riconosciuto *lato sensu* alle autorità creditizie e, quindi, anche quello specificamente previsto da questa norma, ripeteva la sua legittimità dalla esigenza di tutela del risparmio ed anche della sua promozione, *ex art. 47 Cost.* E pare indubbio che la verifica ed il controllo in ordine alla non vessatorietà delle condizioni applicate alle operazioni di deposito e conto corrente avrebbero dato attuazione al profilo "attivo" della norma costituzionale,

Interbancario A.B.I., la previsione dell'art. 32 l. bancaria non ha più trovato attuazione. Al riguardo, G. Gabrielli osserva come «La decisione di rimettersi al cartello è, dunque, almeno in parte, frutto di una necessità oggettiva piuttosto che di una propensione ideologica», rilevando come la fissazione dei tassi non possa che provenire dal mercato, ossia dai cartelli bancari, *Controllo pubblico*, cit., 274.

¹²⁶ Cass. 17 dicembre 1951, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1952, II, 367, secondo la quale «...Né ha influenza in contrario la circostanza che la clausola medesima sia stata posta dall'Ispettorato per la difesa del risparmio e per l'esercizio del credito, in virtù dei poteri ad esso conferiti dalla legge. Invero, siffatta imposizione riguarda esclusivamente i rapporti tra l'Ispettorato e l'azienda di credito: importa ciò solo un obbligo al quale deve sottostare quest'ultima, ma non spiega di per sé effetti nei confronti dei privati contraenti, che la ignorano».

garantendo che il depositante ed il correntista si trovassero in una posizione non sfavorevole e, quindi, incentivante¹²⁷.

3.1 Segue: le Norme Bancarie Uniformi e la disciplina della concorrenza

Analizzati gli effetti delle N.b.u. prodotti sul rapporto contrattuale ed i rimedi esperibili, seguono ora alcune considerazioni sul rapporto con la disciplina della concorrenza, a seguito della sua estensione al settore bancario, realizzata, si rammenta, dalla Corte di giustizia.

L'art. 81 (ex 85) comma 1 del Trattato ha vietato le intese «consistenti nel fissare direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o di vendita o altre condizioni di transazione», mentre l'art. 82 (ex 86) ha definito quale abuso di posizione dominante «l'imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni di transazione non eque». Nonostante l'estensione di queste disposizioni alle condizioni generali di contratto fosse affermata dalla Commissione e dalla Corte di Giustizia,¹²⁸ l'applicazione della normativa comunitaria antitrust alle Norme bancarie uniformi non ha trovato, in concreto, una immediata e piena attuazione.

In primis il presupposto di applicazione della disciplina introdotta dal Trattato risiede nella pregiudizio del gioco della concorrenza all'interno del mercato comune, circostanza, questa non pienamente verificata rispetto alle Nbu. La commissione UE, infatti, nel pronunciarsi su alcune circolari A.B.I. aventi ad oggetto le Norme, dichiarò la irrilevanza delle stesse rispetto alla disciplina comunitaria di tutela della concorrenza¹²⁹. Ancora, l'art. 81 comma 3 del Trattato ammette, tra le ipotesi di esenzione dalla normativa, quella del miglioramento della produzione o della distribuzione dei prodotti e della promozione del progresso tecnico ed economico, la quale pure comporti la partecipazione agli utili che dalla pratica derivino, da parte dei suoi utilizzatori. Ed invero, con riguardo, ad esempio, all'accordo in ordine alla carta assegni ed il servizio Bancomat-P.O.S., la

¹²⁷ G. Gabrielli, *Controllo pubblico*, cit., 259.

¹²⁸ Commissione 16 dicembre 1985, Villeroy und Boch, in *GUGE*, 31 dicembre 1985 L 376; Commissione 10 luglio 1985, Grunding, in *GUGE*, 30 agosto 1985 L 233, Corte di Giustizia 25 ottobre 1983, 107/1982, AEG Telefunken c. Commissione, in *Raccolta*, 1983, 3151.

¹²⁹ Commissione 12 dicembre 1986, in G.U.C.E. n. L 43 del 13 febbraio 1987, 15.

standardizzazione sotto il profilo tecnico e, quindi, contrattuale, ha comportato un indubbio miglioramento del servizio, mentre la relativa commissione interbancaria non ha integrato una ipotesi di fissazione del prezzo finale al consumatore, avendo una efficacia meramente interna. Il che ha condotto la Commissione ad applicare l'esenzione prevista dall'art.81¹³⁰.

Rispetto alle altre Norme ed all'allineamento della offerta che queste hanno di fatto comportato, non si riscontrano altri vantaggi per il risparmiatore-contraente debole, oltre a quello della generale stabilità che essa assicura. Vantaggio che pure non sembra bilanciare l'ingiustificato trattamento a questi destinato, il cui perseguimento era in ogni caso già rimesso ai controlli pubblici ed alla disciplina di "governo" del settore¹³¹. Tuttavia, la stabilità era ancora ritenuta prevalente e meritevole di essere garantita anche nel momento contrattuale, ancora ritenendosi che essa non potesse essere mantenuta se non contenendo la spinta concorrenziale. Così, paradossalmente, l'interesse alla restituzione dei depositi risultava tutelato a spese del risparmiatore medesimo.

Come in seguito si vedrà, solo a partire dagli anni novanta si registrano i primi mutamenti negli indirizzi delle Autorità, comunitarie e nazionali.

4. Verso la definizione del rapporto banca-cliente.

Lo specifico profilo della tutela del risparmiatore inizia a subire una certa evoluzione a partire dalla metà degli anni ottanta. Un primo passo verso la definizione legislativa del rapporto banca-cliente è infatti rintracciabile già nella legge recante la disciplina organica dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno, l. 1 marzo 1986, n.64, emanata allo scopo di sostenere e promuovere lo sviluppo economico del sud di Italia, in ritardo rispetto a quello del resto del Paese. Gli interessi e le istanze ad essa sottesi sono dunque estranei al problema della tutela del risparmiatore-contraente debole. Tuttavia tale legge, sorprendentemente, contiene una disposizione che indirettamente si riconnette al profilo della trasparenza e, quindi, dell'informazione del cliente bancario. L'articolo 8 prevedeva

¹³⁰ Commissione 10 dicembre 1984, in G.U.C.E., 7 febbraio 1985 L 35, 43. Peraltro, la Commissione ha negato il rinnovo della esenzione successivamente richiesto, irrogando una ammenda che rappresenta la prima inflitta in ambito bancario.

¹³¹ G. Floridia, *Condizioni bancarie uniformi e tutela del risparmiatore*, in *La concorrenza bancaria*, a cura di L. C. Ubetazzi, Milano, 1985, 187.

infatti che «Le aziende e gli istituti di credito, salve le disposizioni della presente legge, debbono praticare, in tutte le proprie sedi principali e secondarie, filiali, agenzie e dipendenze, per ciascun tipo di operazione bancaria, principale o accessoria, tassi e condizioni uniformi, assicurando integrale parità di trattamento nei confronti dei clienti della stessa azienda o istituto, a parità di condizioni soggettive dei clienti, ma esclusa, in ogni caso la rilevanza della loro località di insediamento o della loro sfera di operatività territoriale»¹³².

La norma, in coerenza con la vocazione al sostenimento dell'economia del Mezzogiorno, pone il divieto di praticare condizioni economiche¹³³ differenziate, e perciò discriminanti, per ragioni di appartenenza geografica, ciò che accadeva soprattutto con riguardo ai tassi attivi e passivi, nettamente più sfavorevoli nelle regioni meridionali. Ma la disposizione contenuta nell'art. 8 ha, soprattutto, una valenza sistematica: nonostante la specialità della legge che lo sancisce, il principio di parità di trattamento ha una portata generale, che, come prima si diceva, rappresenta il *prius* rispetto agli interventi che successivamente sarebbero stati adottati in materia di tutela del risparmiatore. Attraverso la sua fissazione all'interno di una legge speciale mossa da tutt'altre aspirazioni, il legislatore ha infatti determinato l'ingresso, nell'ordinamento bancario, del principio di trasparenza, se non altro in via strumentale. L'art. 8 non ha espressamente previsto la predeterminazione e la pubblicazione dei tassi e delle condizioni praticate. Tuttavia, al di là del tenore letterale della norma, un obbligo in tal senso, o perlomeno un onere, deve ritenersi implicitamente imposto, in quanto logicamente funzionale al controllo sul rispetto della previsione legislativa. Peraltro, confortano questa lettura della norma anche considerazioni di carattere analogico: nel diritto comune, il principio di parità di trattamento è previsto dagli artt. 1679 e 2597 c.c., dettati in

¹³² Nell'art. 8 è stato "trasfuso" l'emendamento di G. Minervini alla proposta di legge n. 467, del 2 luglio 1987, a firma on. Piro, "Norme per assicurare la trasparenza nei rapporti tra le banche, istituti e sezioni di credito speciale e clientela". Per una completa disamina delle numerose difficoltà interpretative sollevate dalla sua formulazione letterale, vedi A. Nigro *Operazioni bancarie e parità di trattamento*, in *Dir. banca e mercato finanziario*, 1987, 3 ss., il quale sottolinea, peraltro, la stranezza dell'inserimento di una previsione di carattere *generale* all'interno di una legge di natura *speciale*, e la necessità di rifusione in una normativa più ampia e generale, 23; e F. Martorano, *Trasparenza e parità di trattamento nelle operazioni bancarie*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1991, I, 697 ss. In particolare, l'Autore rileva che le *operazioni bancarie accessorie* contemplate dalla norma siano che «...Le banche compiono, se non in via esclusiva, perlomeno in via prevalente... e non certo nel senso ampio in cui la formula operazione accessoria viene intesa negli statuti di società come comprensiva di ogni atto funzionale o strumentale al conseguimento dell'oggetto sociale».

¹³³ Il riferimento alle condizioni economiche muove dalla circostanza che quelle contrattuali si presentavano già uniformi ed altamente standardizzate. Dunque l'uniformazione prevista dal legislatore non sembra potersi riferire che ai profili economici delle operazioni bancarie.

tema di pubblici servizi di linea e di monopolio legale. La analogia tra questi e la norma in esame sembra rendere pacifica l'estensione alle operazioni bancarie del dettato del primo comma dell'art. 1679 c.c., secondo cui le *prestabilite* condizioni generali devono essere «rese note al pubblico»¹³⁴.

Tale soluzione interpretativa ha trovato un immediato riscontro a livello di autoregolamentazione, nell'Accordo Interbancario del 1988¹³⁵, presumibilmente teso ad evitare un intervento di carattere legislativo *ad hoc* che disciplinasse specificamente gli obblighi informativi della banca, quale reclamato dalle sempre più pressanti denunce da parte delle associazioni dei consumatori.

Con tale accordo tutte le banche aderenti si impegnarono ad esporre con adeguata evidenza, in tutte le dipendenze, due avvisi. Nel primo dovevano essere indicate le condizioni per il prestito e per il finanziamento, le spese di conto e di valuta, nonché le commissioni praticate per le principali operazioni di deposito, prestiti, finanziamento e servizi vari; il secondo avviso doveva invece contenere la sintesi delle condizioni praticate sui servizi offerti. Le banche si impegnarono anche ad adottare un unico metodo di calcolo per la determinazione degli interessi sulle operazioni attive e passive, secondo l'anno civile; ad adottare modelli standard di estratti conto facilmente leggibili ed idonei a fornire una immediata conoscenza del dettaglio di ciascun rapporto; ad emettere con periodicità *almeno* trimestrale gli estratti-conto; a dare comunicazione alla clientela della eventuale variazione del tasso applicato, nonché della commissione sul massimo scoperto, con diritto del cliente a recedere dal rapporto¹³⁶.

La attuazione che il principio di trasparenza e di parità di trattamento ha trovato nell'Accordo non era comunque *integrale* ed assoluta. La pubblicità che le banche aderenti si impegnarono a garantire aveva ad oggetto i costi fissi non influenzati da componenti soggettive, mentre con riguardo ai tassi passivi ed a quelli attivi, si prevedeva la pubblicizzazione, rispettivamente, dei soli minimi e massimi. Dal

¹³⁴ G. Minervini, *Il Mezzogiorno chiede alle banche uniformità di condizioni e di tassi*, in *Il Sole 24 Ore* del 27 dicembre 1985, secondo il quale dall'obbligo di parità di trattamento deriva l'obbligo di pubblicizzare le condizioni contrattuali. Nel senso invece della connessione meramente strumentale, ossia della pubblicizzazione delle condizioni contrattuali quale funzionale al necessario controllo in ordine al rispetto dell'obbligo della parità di trattamento, vedi M. Bussoletti, *Norme e progetti di legge in tema di parità di trattamento e trasparenza nelle operazioni bancarie*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1990, 236.

¹³⁵ In *Quaderni della giur. impr.*, 1989, 197 ss; M. Porzio, *L'accordo interbancario sulla trasparenza*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1990, I, 374. Vedi anche la circolare A.B.I. del 25 ottobre 1988 ed il Regolamento emanato dalla Banca d'Italia contenente regole di autodisciplina per le banche aderenti.

¹³⁶ La vigilanza in ordine alla osservanza dell'accordo, vincolante per le banche aderenti, era affidata ad un Comitato costituito *ad hoc* presso l'A.B.I. e presieduto da un soggetto nominato dal Governo della Banca d'Italia.

combinato disposto dell'art. 8, l. 1 marzo 1986, n.64, e dell'Accordo, alle banche risultava quindi attribuito un margine di valutazione rispetto ai requisiti soggettivi del cliente. E sebbene non potesse essere riconducibile a ragioni di appartenenza territoriale e dovesse essere economicamente giustificato, da tale margine poteva comunque derivare un trattamento differenziato¹³⁷. Ne conseguiva, inoltre, l'impossibilità di conoscere, *ex ante*, il costo dell'operazione¹³⁸.

Nondimeno, alla legge ed all'Accordo deve in ogni caso essere riconosciuto il merito di avere posto le basi del sistema di trasparenza delle operazioni bancarie definito dalla successiva l. 154/92, poi trasfusa nel T.u.b. Mossi, peraltro, da ispirazioni non propriamente coincidenti con quella di tutela e di informazione del risparmiatore.

¹³⁷ F. Martorano, *Trasparenza e parità di trattamento*, cit., al riguardo osserva che «...La maggiore o minore rischiosità del mercato può giustificare, anche alla luce dell'introdotta obbligo generale di parità di trattamento, l'applicazione di differenti tassi o condizioni, purché esso si traduca in una diversa qualità della clientela. Tale ultima precisazione è, a mio avviso, importante perché vale a classificare la differenza delle zone di mercato tra le condizioni soggettive e non tra quelle oggettive», 708.

¹³⁸ F. Martorano, *Condizioni generali di contratto e rapporti bancari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1994, I, 132. in particolare, l'Autore rileva che «...Se può sembrare facile dedurre dalla conoscenza delle condizioni che la banca pratica in operazioni analoghe quello che sarà il risultato finale rispetto al singolo rapporto concreto, questo meccanismo di calcolo presuppone la certezza che il rapporto venga ad essere inquadrato in uno degli standards fissati in via generale preventivamente individuato. Il che è ben lungi dall'essere sicuro, giacché è sconosciuta la valutazione soggettiva che la banca fa del cliente...».

Capitolo secondo

La riforma dell'ordinamento bancario: dalla tutela del risparmio alla tutela del risparmiatore?

1. La codificazione del nuovo ordinamento bancario nel d.lgs. 385/1993. Quale disciplina accordata al risparmiatore?

Il “nuovo” ordinamento bancario è stato codificato nel d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385-Testo unico in materia bancaria e creditizia. Esso non ha solo un valore in sé, di riordinamento della materia, ma assume un ruolo più generale. La sua emanazione segna infatti il primo passo del processo di rinnovamento che, a partire dai primi anni novanta, ha investito gli istituti giuridici *lato sensu* legati alla vita economica, sia essa considerata nella sua fase ordinaria, sia in quella patologica, e rispetto al quale la recente riforma della legge fallimentare rappresenta, allo stato, l'ultimo atto. L'esigenza di svecchiare il sistema normativo- istituzionale, l'ampliamento della sfera di operatività sotto il profilo soggettivo ed oggettivo e gli obblighi di adeguamento alle direttive di derivazione comunitaria hanno condotto ad una ridefinizione della normativa che al contempo attraesse i soggetti economici ad operare e ne regolamentasse la attività. Con specifico riferimento al settore bancario- finanziario, poi, a queste istanze deve essere aggiunta una di carattere sistematico, ossia quella di *reductio ad unum* delle fonti normative e delle leggi che hanno alluvionato l'ordinamento italiano nel corso degli anni ottanta¹³⁹. Il Testo unico assume così anche una funzione di raccordo: in esso sono state trasfuse le disposizioni precedentemente dettate dal d.lgs. 481/1992; quelle fissate in materia di vigilanza sui gruppi bancari dal d.lgs. 356/1990; la normativa sul rapporto banca-industria contenuta nel d.lgs. 287/1990, ed infine la disciplina dettata in tema di trasparenza delle operazioni bancarie dalla legge 154/1992 e di credito al consumo dalla legge 142/1992.

Dal sistema previgente il T.u.b. si discosta decisamente, ispirandosi piuttosto ai principi fissati dalla direttiva n.89/646/CEE¹⁴⁰, seppure abbia mantenuto taluni

¹³⁹ Di alluvione di leggi rispetto al controllo sul mercato mobiliare parla G. Minervini, *Il controllo del mercato mobiliare. L'alluvione delle leggi*, in *Giur. Comm.*, 1992, 1, dove l'Autore rilevava come la “filosofia della trasparenza” aveva ceduto terreno a quella, opposta, della “supervisione burocratica”.

¹⁴⁰ Si rammenta che l'art. 25, comma 1, della l. 19 febbraio 1992, n.142, dettò i principi ed i criteri direttivi per il recepimento della II direttiva di coordinamento bancario, n. 89/646/CEE, ed, al contempo, il comma 2 conferiva al Governo la delega ad emanare «un testo unico delle disposizioni adottate ai sensi del comma 1, coordinato con le altre disposizioni vigenti nella stessa materia, apportandovi le modifiche necessarie a tal fine. Restano comunque ferme le disposizioni contenute nella legge 10 ottobre 1990, n.287 e nella legge 2 gennaio 1991 n.1».

Nel senso della assunzione della seconda direttiva comunitaria a principio guida nella redazione del T.u.b., vedi R. Costi, *Le regole europee per la nuova legge bancaria*, in *Il Sole 24 Ore* del 2 giugno 1992; F. Capriglione, *Il recepimento della seconda direttiva CEE in materia bancaria. Prime riflessioni*, in *Il recepimento*

degli istituti disciplinati dalla legge bancaria del 1936¹⁴¹. Il legislatore delegante non ha, infatti, fissato con rigore i criteri di redazione del Testo, limitandosi a prevedere il coordinamento delle leggi vigenti con il d.lgs. 481/1992, e le opportune modifiche a tal fine necessarie.

Tutte le disposizioni contenute nel Testo unico sono riconducibili alla materia della vigilanza. Sotto il profilo soggettivo, trova conferma la struttura di vertice introdotta dalla legge bancaria del 1936, composta dal CICR, dal Ministero dell'economia e delle finanze- già del tesoro- e dalla Banca d'Italia, alla quale risulta attribuita la relativa funzione. Quest'ultima acquista invero una posizione di maggiore indipendenza, in forza della formalizzazione del potere propositivo ad essa riconosciuto per le deliberazioni del CICR, il quale, nell'esercizio delle proprie funzioni, si avvale ancora della Banca d'Italia¹⁴². Sotto il profilo oggettivo, invece, il T.u.b. estende l'attività di vigilanza ai gruppi bancari ed agli intermediari finanziari non bancari, *ex art. 5 T.u.b.*.

Con riguardo alla funzione propria della vigilanza, il T.u.b. innova profondamente. Da un lato, legifica le finalità che essa deve perseguire, quali implicitamente sottese alla normativa primaria e secondaria che lo hanno preceduto; dall'altro lato, impone la predeterminazione da parte delle autorità creditizie dei criteri secondo i quali la attività di controllo deve essere concretamente esplicata, *ex art. 4 T.u.b.* In coerenza, quindi, con il mutato scenario nazionale e prima di tutto comunitario, e difformemente dal sistema delineato dalla legge bancaria del 1936, che si caratterizzava per la assenza di una qualche prescrizione cui le autorità avrebbero dovuto attenersi. Assenza che aveva finito con il rimettere proprio a queste ultime la individuazione concreta dei fini della vigilanza, in linea con le esigenze della

della seconda direttiva CEE in materia bancaria, Bari, 1993, 66; M. Sepe, *Brevi note sul testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1994, I, 507.

¹⁴¹ Al riguardo, merita di essere riportata la critica mossa da G. Minervini, *Il vino vecchio negli otri nuovi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 965 ss., il quale ha rilevato la inutilità e l'inopportunità di taluni istituti mutuati dalla abrogata disciplina. Tra questi, il reclamo contro la Banca d'Italia al CICR, *ex art. 9 T.u.b.*; la giurisdizione speciale in materia di sanzioni amministrative riconosciuta alla Corte di appello di Roma dall'art. 145 T.u.b.; l'affidamento ancora alla Banca d'Italia della tutela della concorrenza nel settore bancario, rispetto al quale l'Autore ritiene che meglio sarebbe stato riconoscere alla Autorità garante della concorrenza e del mercato la centralità della sua competenza, ed altresì l'art. 147 T.u.b. che conferma i poteri di natura monetaria delle autorità creditizie, quali previsti dall'art. 32 comma 1 lett. d) ed f) e 35 comma 2 lett. b, l. bancaria, ed utilizzati a fini di regolazione della liquidità. Peraltro, l'art. 147 T.u.b. si rifà all'art. 22, comma 3, d. lgs. 481/1992, il quale prevedeva la conservazione in capo alle autorità dei poteri *ex artt. 32, 33 e 35 l. bancaria*. L'Autore si spinge oltre, dubitando della opportunità di conservare la struttura gerarchica del sistema bancario, con al vertice un organo politico quale il CICR.

¹⁴² F. Belli, *Vigilanza e dintorni: qualche osservazione sugli artt. 20-30 del decreto n.481*, in *Il recepimento della seconda direttiva CEE in materia bancaria*, cit., 158.

politica economica. Peraltro, nel nuovo ordinamento bancario, l'operato delle autorità risulta vincolato anche dalla appartenenza alla Comunità europea: esse devono cioè esercitare i poteri loro attribuiti dalla legge «in armonia con le disposizioni comunitarie, applicano i regolamenti e le decisioni della Comunità europea e provvedono in merito alle raccomandazioni in materia creditizia e finanziaria», ex art. 6 T.u.b..

Tra le finalità generali della vigilanza, assume un ruolo primario, con ciò quasi infrangendo un "tabù", quello della libera concorrenza: l'art. 5 T.u.b. annovera, accanto a quello della stabilità complessiva e della osservanza delle disposizioni in materia creditizia, il fine dell'efficienza e della competitività del sistema finanziario. La norma compone quindi il presunto conflitto tra il perseguimento della stabilità e quello della concorrenza, quasi rendendo tali profili tra di loro complementari, ossia individuando nell'uno lo strumento di realizzazione dell'altro. Ancora, essa conferma quel passaggio da vigilanza "strutturale" a vigilanza "prudenziale" già indicato dal d.lgs. 481/1992, stabilendo esplicitamente che essa deve essere esercitata tenuto conto della "sana e prudente gestione" degli enti creditizi, la cui efficienza risulta quindi investita di un valore autonomo e non meramente subordinato a quella del sistema considerato nel suo complesso. La elevazione a principio ordinamentale della competitività, peraltro, non resta sul piano di una mera enunciazione, ma acquista effettività attraverso la despecializzazione operativa, temporale ed istituzionale che il Testo Unico ratifica: gli operatori bancari tutti sono ammessi ad esercitare, oltre alla attività bancaria, ossia quella di esercizio del credito e raccolta del risparmio, ogni altra attività finanziaria e la relativa disciplina risulta esaurita nel Testo unico medesimo¹⁴³. E proprio alla despecializzazione deve essere ricondotta l'introduzione del termine *banca*, in luogo di *istituti* ed *aziende di credito*, prima ed *ente creditizio* poi.

Ogni dubbio residuo circa la valenza autonoma e paritetica del principio della concorrenza nel settore bancario è stato fugato dalla legge 262 del 2005, c.d. legge sul risparmio, la quale ha sottratto alla Banca d'Italia la funzione di vigilanza sul rispetto della normativa antitrust, a favore dell'AGCM, lasciando, in ogni caso, alla

¹⁴³ L'art. 10 del T.u.b. estende così la operatività delle banche, ampliando la portata dell'art. 5, d.lgs. 481/1992. Inoltre, vengono abrogati il T.U. del 1929 sulle Casse di risparmio e le Banche del monte; il T.U. del 1937 sulle Casse rurali ed artigiane; il d.lgs. del 1948 sulle Banche popolari, e tutte le discipline che riservavano agli Istituti di credito speciale statuti specifici. Con riguardo al credito speciale, "sopravvivono" quello fondiario ed alle opere pubbliche; il credito agrario e peschereccio, ed il credito su pegno. Rispetto ad essi, conservano vigore alcune disposizioni di carattere agevolativo.

Banca una residua competenza in materia di intese¹⁴⁴. La legge è altresì intervenuta su altri profili direttamente attinenti agli interessi del risparmiatore, come in seguito si vedrà.

Il sistema definito dal Testo unico sembra quindi restringere l'area precedentemente lasciata alla discrezionalità delle autorità creditizie. Esso ha tracciato i binari lungo i quali queste devono muoversi, rendendone così l'operato più trasparente e conforme al mutato scenario nazionale e soprattutto comunitario. Diversamente dalla legge bancaria del 1936, il T.u.b. non "tradisce" aspirazioni di governo del credito, né sembra prevedere strumenti a ciò atti. Come visto nel capitolo che precede, l'impresa bancaria ha perso la qualificazione di impresa-funzione di interesse pubblico per acquisire quella di impresa-diritto, ad opera del D.P.R. n. 350/1985, di recepimento della I direttiva comunitaria in materia bancaria, che l'ha, così, ammessa al regime di libertà di iniziativa economica privata. Tale nuova accezione si ritrova nel corpo delle norme dettate dal T.u.b. che, pure, non ne disconosce la attinenza ad interessi pubblici, e tra questi quello alla tutela del risparmio ed allo sviluppo del sistema finanziario. Ed invero, il T.u.b. assoggetta la banca ad un regime di controlli che investe tutta la sua esistenza, ma che, appunto, è diretto a garantire la efficiente operatività e la continuità aziendale, nel rispetto della sua natura di attività imprenditoriale privata¹⁴⁵. Ciò trova conferma nel dato positivo. *In primis* oggetto della attività di vigilanza non è la banca, ma l'attività bancaria, *ex art. 14 T.u.b.*, e finanziaria, *ex art. 106 T.u.b.* Inoltre, il Testo unico indica, quali oggetto della vigilanza regolamentare, l'adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio, le partecipazioni detenibili, l'organizzazione amministrativa e contabile ed i controlli interni, *ex art. 53 T.u.b.*

Tuttavia, l'ancoraggio della vigilanza a fini generali e criteri predeterminati perde, in parte, di forza vincolante, ove si consideri la amministrativizzazione del *merito* della

¹⁴⁴ Alla Banca d'Italia spettano i profili di sana e prudente gestione delle banche coinvolte nelle operazioni di concentrazione delle banche, *ex art. 5, comma 1, legge antitrust*. Questa può altresì richiedere alla AGCM di autorizzare un'intesa, in deroga al divieto dell'art. 2, legge antitrust, per esigenze di funzionalità del sistema dei pagamenti, per un tempo limitato e tenendo conto dei criteri di cui all'art. 4, comma 1, legge antitrust. Sulle novità apportate dalla legge sul risparmio, vedi S. Mezzacapo, *Promozione e tutela della concorrenza bancaria dopo la «legge sul risparmio» (n. 262 del 2005)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, 1, 48 ss.

¹⁴⁵ Sull'oggetto della vigilanza, V. Pontolillo distingue tra vigilanza sulla *struttura* e vigilanza sulla *attività*. La prima riguarda i profili della costituzione, della partecipazione alle banche, degli statuti, delle fusioni, scissioni e cessioni. La seconda, invece, si esplica attraverso la vigilanza informativa *ex art. 51 T.u.b.*, ispettiva *ex art. 54 T.u.b.*, regolamentare *ex art. 53 T.u.b.* e consolidata *ex artt. 65-68 T.u.b.*, *Commento all'art. 5*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, Padova, 1994.

attività di controllo¹⁴⁶ che il T.u.b. al contempo realizza, rimettendo alle Autorità creditizie il potere di emanare rispetto ad essa norme secondarie, provvedimenti generali e particolari, che non si limitano ad esplicitare i loro effetti sull' "impresa" bancaria, ma anche sulla struttura del mercato finanziario. E se è vero che il potere normativo deve in ogni caso rispondere alle finalità generali fissate dall'art. 5 T.u.b. ed ai criteri che la Banca d'Italia medesima abbia preventivamente determinato e pubblicato, *ex art. 4 T.u.b.*, ad essa è riconosciuto comunque un certo grado di discrezionalità nella fissazione di questi ultimi, mentre tra le finalità generali, ancora suscettibile di essere interpretata discrezionalmente è la "sana e prudente gestione", la quale, di per sé, richiede un controllo di carattere *valutativo*¹⁴⁷.

La attività di vigilanza, ed il relativo potere regolamentare e normativo, si estendono alla materia della tutela del cliente bancario, cui il T.u.b. dedica il Titolo VI, nel quale sono confluite le disposizioni dettate dalla legge 154/1992, in tema di trasparenza delle operazioni bancarie, e dalla legge 142/1992, in tema di credito al consumo. Dunque, la nuova legge bancaria, pure rimanendo prevalentemente orientata ai profili della vigilanza e del controllo sul sistema creditizio, innova profondamente rispetto alla disciplina previgente, dedicando una disciplina autonoma al tema della trasparenza contrattuale ed a quello del riequilibrio delle posizioni contrattuali nel rapporto tra la banca ed il consumatore-contraente debole. A tali profili saranno dedicate le pagine che seguono. Conviene comunque sin da ora rilevare che, nonostante le modificazioni intervenute sul piano sistematico e su quello specifico, la disciplina speciale tende ancora a privilegiare la stabilità del sistema ed ancora tutela e conserva in capo alle banche un certo potere contrattuale.

¹⁴⁶ L'espressione è di S. Amorosino, *La funzione amministrativa di vigilanza sulle banche*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 1996, I, 77.

¹⁴⁷ In tal senso, G. Minervini, *Dal decreto 481/1992 al testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 834 ss, dove l'Autore rileva come a tale «principio chiave» faccia capo, direttamente ed indirettamente, una costellazione di norme che finiscono con il "rilanciare" la discrezionalità delle autorità creditizie. Tra queste, l'art. 14, comma 2, T.u.b., in materia di autorizzazione alla attività bancaria, negata ove «...dalla verifica delle condizioni indicate nel comma 1 non risulti garantita la sana e prudente gestione»; l'art. 19, T.u.b., il quale prevede che sia negata o revocata l'autorizzazione all'acquisizione di partecipazioni bancarie da parte di soggetti operanti in settori non finanziari o creditizi, se in capo ad essi, in forza i accordi, si determini una rilevante concentrazione di potere tale da pregiudicare la sana e prudente gestione; l'art. 15, T.u.b., secondo il quale la Banca d'Italia può vietare lo stabilimento di nuove succursali «per motivi attinenti alla adeguatezza della struttura organizzativa o della situazione finanziaria, economica e patrimoniale della banca».

2. La trasparenza delle condizioni contrattuali

2.1 Considerazioni generali

La materia della trasparenza è disciplinata dal Titolo VI del T.u.b, nel quale sono state trasfuse le disposizioni dettate dalla l. 154/1992, Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, e quelle dettate dalla l. 142/1992, in tema di credito al consumo.

Come già rilevato, il Testo Unico è prevalentemente dedicato ai profili della vigilanza sulla attività bancaria. L'inserimento, al suo interno, di una disciplina speciale dei contratti stipulati con la clientela, rappresenta un elemento di assoluta novità, considerando l'assenza di un qualsivoglia riferimento alla materia da parte della previgente legislazione. Questa scelta è coerente con la tendenza degli anni novanta alla generale riscoperta del valore della trasparenza, che, in forza di interventi legislativi, ma anche di iniziative di autodisciplina, ha assunto ora il ruolo di principio generale¹⁴⁸, ora di vero e proprio istituto giuridico. In particolare, esso ha investito, da un lato, i settori naturalmente connotati da un elevato tasso di rischio, e, dall'altro lato, quelli nei quali il carattere pubblicistico era causa di una certa opacità, in quanto tradizionalmente ritenuti impermeabili alla accessibilità da parte dei privati¹⁴⁹.

Se si limita l'indagine all'*hortus* dei contratti bancari, il profilo del rischio risulta fortemente ridotto dall'obbligo di restituzione dei capitali affidati che su di esse grava, *ex art. 11, comma 1, T.u.b.* Tuttavia, i confini tra attività puramente bancaria, di raccolta del risparmio, ed attività finanziaria, sono progressivamente divenuti assai labili.

¹⁴⁸ Sulla qualificazione della trasparenza quale principio generale, vedi G. Alpa, *La trasparenza delle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore*, in *Vita not.*, 2, 2004.

¹⁴⁹ Al riguardo, P. Rescigno, «*Trasparenza*» bancaria e diritto «comune» dei contratti, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1990, I, 297, osserva: «Nel vocabolario del nostro tempo la parola trasparenza ha una singolare fortuna, come se le si riconoscesse la capacità di investire ed illuminare settori che sembravano connotati dalla impenetrabilità e dal mistero. » In questo senso si esprime anche l'allora Governatore della Banca d'Italia, che, in audizione alla Commissione Finanze della Camera dei deputati del 29 settembre 1988, così si esprimeva: «Va respinta la tentazione di costruire per legge una disciplina analitica o onnicomprensiva della materia...o una regolamentazione di stampo dirigitico, che pretendesse di stabilire d'imperio i termini economici dei contratti..ma una azione articolata diretta a perseguire: la pubblicità delle condizioni contrattuali offerte dalle banche; la chiarezza del contenuto dei singoli negozi, la tutela contro variazioni unilaterali delle pattuizioni originarie, la possibilità per i clienti di ottenere una adeguata informazione sullo svolgimento dei rapporti di durata». Sulla scorta di tale "monito", si rammenta che l'A.B.I. emanò un codice di autodisciplina delle banche, in seguito formalizzato nell'accordo interbancario del 1988, richiamato nel capitolo precedente.

Ma le ragioni che si trovano alle base di questa evoluzione sono anche di altro ordine, ossia di sistema, e vanno ricercate nel passaggio dall'ottica di governo del credito, che tipicamente presiede ad un mercato oligopolistico, a quella di controllo e regolamentazione di un mercato oramai "liberalizzato". Al riguardo, un illustre studioso della materia ha appunto rilevato come questo mutamento di scenario abbia una natura prima di tutto culturale¹⁵⁰. Il passaggio dal piano culturale a quello legislativo è avvenuto attraverso l'introduzione del principio della trasparenza all'interno dei contratti bancari, quale imprescindibile corollario della adozione del sistema di mercato aperto. Infatti, la restituzione della natura imprenditoriale all'attività bancaria, e, quindi, la sottrazione, quantomeno parziale, al regime di protezione di cui ha goduto sotto il vigore della legge del 1936, hanno forzatamente imposto alle banche il confronto tipico del gioco concorrenziale¹⁵¹. Ed è in questo confronto che la disciplina della trasparenza assume un valore rilevante, al quale il tema della concorrenza e quello della tutela del contraente debole sono, ambedue, *direttamente* riconducibili. La trasparenza realizza la confrontabilità dell'offerta, anzi, ne è il presupposto; al contempo, garantisce la piena conoscibilità dei termini dell'offerta medesima¹⁵². La sua introduzione muove quindi da esigenze di carattere sistemico, in larga misura di derivazione comunitaria; e di natura privatistica, di definizione, cioè, di una normativa speciale, idonea a rendere edotto il cliente della banca circa le condizioni del contratto. La trasparenza finisce, invero, con il fornire al risparmiatore due forme di tutela: i) una mediata, in

¹⁵⁰ G. Carriero, che in *Norme di protezione dell'utente dei servizi bancari e finanziari: taluni effetti economici*, in *Riv. dir. impr.*, 1997, 80, così scrive: «La svolta è allora di tipo culturale, al punto che la memoria della desolante pregressa assenza di correttivi al tradizionale assioma d'ininfluenza della condizione soggettiva delle parti nelle regole del gioco che governano il diritto dei contratti quale espressione del diritto degli uguali da parte del legislatore, degli orientamenti negativi dell'autorità in ordine all'attivazione dell'art.32, lett. b) e c), della vecchia legge bancaria del '36 sulla fissazione di tassi e provvigioni, della dottrina giuridica quando sottolineava l'assenza di un problema di difesa del contraente più debole riguardo alle norme bancarie uniformi, evoca realtà di altre epoche, mentre invece tutto ciò appartiene alla nostra storia di fine anni ottanta».

¹⁵¹ In particolare, G. Carriero osserva: «Con il passaggio al mercato, la libertà della scelta esalta la questione dell'efficienza aziendale...Ne deriva che la clientela non è più variabile indipendente; che il mercato va conquistato con comportamenti virtuosi ed alti standard di reputazione il cui affievolimento, in un mercato concorrenziale, sconta costi anche patrimonialmente rilevanti. Ciò spiega l'inserimento di prescrizioni di *contract law* (quali quelle sulla trasparenza bancaria e sul credito al consumo) in norme pubblicitiche; il passaggio dalle norme di azione, dalla correttezza gestionale dell'impresa alle norme di relazione, alla tutela dinamica delle situazioni soggettive riconosciute in capo al risparmiatore...», *Codici deontologici e tutela del risparmiatore*, in *Foro it.*, 2005, V, 199.

¹⁵² La relazione di strumentalità tra trasparenza e concorrenza è rilevata da R. Costi, *Informazione e contratto nel mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 721; A. Nigro, *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, in *Dir. banc.*, I, 1992, 422; N. Salanitro, *Evoluzione dei rapporti tra disciplina dell'impresa e disciplina dei contratti nel settore creditizio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, I, 605; G. Minervini, *Presentazione*, in A. Maisano, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie. La difficile transizione dal diritto delle banche al diritto bancario*. Milano, 1993, XIX.

quanto sostiene ed assicura il meccanismo concorrenziale¹⁵³; ii) una diretta e “passiva”, in quanto obbliga la banca a renderlo consapevole in ordine al contenuto del contratto prima della sua conclusione. A queste, peraltro, si aggiunge una forma di tutela attiva, in forza della quale il cliente, in via esclusiva, può attivarsi e fare dichiarare nullo il contratto difforme dalle prescrizioni normative, come di seguito si vedrà. Al riguardo, si suole dire che la trasparenza non porta un significato in sé, non rappresenta tanto un valore- fine, quanto, appunto, un valore- mezzo¹⁵⁴.

Ma il riconoscimento dell’interesse, o meglio, del diritto all’informazione del risparmiatore, soddisfa anche l’istanza di sopperire all’inadeguatezza del diritto comune a correggere lo squilibrio contrattuale tipico del rapporto banca-cliente. Ancorché le norme dettate con specifico riguardo alla trasparenza attengano prevalentemente al profilo pubblicitario ed informativo, infatti, deve pure essere riconosciuta la sussistenza di un nesso tra queste ed il riequilibrio delle posizioni delle parti. Si pensi, in particolare, all’art.120, comma 1, T.u.b., il quale stabilisce, inderogabilmente, che gli interessi sui versamenti sono calcolati in base alla valuta del giorno di effettuazione del versamento stesso, e sono dovuti fino al giorno del prelievo, così ponendo un divieto espresso alla tradizionale pratica di accreditare gli interessi con valuta postdatata al giorno successivo. Ancora, l’art. 120, comma 2, T.u.b., rimette al C.I.C.R. la fissazione di criteri per la produzione di interessi sugli interessi, e, nelle operazioni in conto corrente, assicura alla clientela la medesima periodicità per quelli a credito ed a debito¹⁵⁵. In questo senso sembra operare, con qualche limite, anche l’art. 116, comma 2, T.u.b. il quale prevede che il Ministero dell’economia e delle finanze stabilisce, per i titoli di Stato, non solo i

¹⁵³ In tal senso, la Banca d’Italia, che nella relazione annuale per il 1993 afferma: «Pur rispettoso degli obblighi di legge, il sistema bancario non sembra tuttavia avere pienamente colto le potenzialità insite nella disciplina sulla trasparenza in un mercato caratterizzato da una crescente concorrenzialità, nel quale anche la diffusione delle informazioni e la correttezza dei rapporti contrattuali assurgono a strumento di confronto competitivo». Banca d’Italia, *Relazione* per l’anno 1993, I- *Relazione economica*, Roma, 1994, 342.

¹⁵⁴ Tale “lettura” della trasparenza, quale valore-mezzo, è condivisa in dottrina. Tuttavia, secondo alcuni essa sarebbe funzionale limitatamente al profilo della informazione e della consapevolezza del risparmiatore, così G. Carriero, *Norme di protezione dell’utente*, cit., 82. Secondo altri, invece, essa sarebbe strumentale anche al riequilibrio delle posizioni contrattuali. Così, E. Minervini, *Trasparenza ed equilibrio delle condizioni contrattuali nel testo unico bancario*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 660, secondo il quale: «E’ vero quanto si sostiene abitualmente, che trasparenza e riequilibrio non possono essere identificati in quanto la trasparenza non mira ad una tutela sostanziale degli interessi in gioco, bensì ad individuare le regole del gioco, e quindi ad indicare come ci si debba comportare correttamente sul mercato. Tuttavia, non vi è dubbio che il nesso di strumentalità tra trasparenza del contratto ed equilibrio, normativo ed economico, delle posizioni contrattuali sia particolarmente rilevante. Infatti la trasparenza del contratto consente al cliente scelte consapevoli...Ma produce altresì un ulteriore effetto, vincolando il professionista alle informazioni fornite e, dunque, incidendo non solo sull’atto, ma anche sull’attività del professionista ».

¹⁵⁵ Comma aggiunto dall’art. 25, comma 2, d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342.

criteri e gli obblighi tesi a garantirne la trasparenza, ma anche i criteri di determinazione delle eventuali commissioni a carico dei clienti. Da un lato, pare condivisibile la posizione di chi ha individuato in questa disposizione una norma di riequilibrio economico, e non già normativo,¹⁵⁶ a favore dei risparmiatori. Dall'altro lato, tuttavia, non si può disconoscere il limite e la scontatezza di questa norma, che, infatti, opera con specifico riguardo ai Titoli di Stato. Peraltro, il Ministero decide sentito il parere, ancora, della Consob e della Banca d'Italia (parere, che, pure, non sembra doversi ritenere vincolante).

Oltre a queste argomentazioni di diritto positivo, si consideri, poi, la circostanza che la preliminare conoscenza del cliente in ordine alle condizioni del contratto dovrebbe escludere l'adesione a quelle particolarmente gravose, risultandone così il potere e l'autonomia contrattuale della banca ricondotti ad una posizione di equilibrio rispetto a quella del risparmiatore, e proprio su iniziativa di quest'ultimo.¹⁵⁷ Il condizionale è, tuttavia, d'obbligo, atteso che la concreta esplicazione di questo effetto trova un ostacolo nella evidenza della pratica, nella quale, come è noto, le banche predispongono condizioni uniformi, quali definite dall'A.B.I., privando, di fatto, al cliente alternative praticabili.

2.2 Dalla l. 154/1992, Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, al Testo unico in materia bancaria e creditizia

Come prima si diceva, il Titolo VI è risultato dalla trasfusione della l. 142/1992, e della l. 154/1992, la quale, peraltro, è stata preceduta da diverse proposte risalenti alla metà degli anni '80¹⁵⁸ e, sul piano dell'autoregolamentazione, dall'Accordo

¹⁵⁶ E. Minervini, *Trasparenza ed equilibrio*, cit., 661

¹⁵⁷ A. Nigro, *La legge sulla trasparenza*, cit., 423; E. Minervini, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, 103. Contra, E. Capobianco, *I contratti delle banche: trasparenza ed equilibrio nei rapporti con la clientela*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2002, 380, il quale rileva: «Volendo tornare ad una valutazione complessiva della normativa in discorso, può dirsi che la stessa appare prevalentemente ispirata all'obiettivo della trasparenza piuttosto che a quello del riequilibrio delle posizioni contrattuali; essa contiene, come si è detto, «qualche sprazzo in punto di equilibrio» soprattutto nella parte relativa al credito al consumo, ma rimane prevalentemente incentrata sull'aspetto dell'informazione». L'Autore aderisce così allo scritto di A. A. Dolmetta, *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia*, in *Dir. Ban.*, 1998, I, 34. In tal senso, seppure implicitamente, G. Carriero, *Norme di protezione dell'utente dei servizi bancari e finanziari: taluni effetti economici*, in *Riv. dir. impr.*, 1997, 82.

¹⁵⁸ Vedi il disegno di legge presentato da G. Minervini, n. 3617, 24 marzo 1986, in *Banca, Borsa e tit. credito*, 1986, I, 713, in seguito testualmente ripresentato dall'on. Visco ed altri, proposta di legge n. 520 del 2 luglio 1987, ed altresì il disegno di legge n. 467, del 2 luglio 1987, a firma on. Piro. In particolare, la proposta di legge Minervini si muoveva nel solco della delegittimazione del potere

Interbancario del 1988, avente ad oggetto una disciplina di pubblicità, parzialmente mutuata dalla legge sulla trasparenza delle operazioni bancarie, come visto nel capitolo precedente¹⁵⁹. Soprattutto rispetto a quest'ultima, deve essere rilevato che il Testo unico ha apportato alcune significative modificazioni, talune delle quali configurano una differenza nell'approccio al tema della tutela del contraente debole. Dalla trasfusione della l. 154/1992, rispetto a taluni istituti, è risultata, cioè, una certa riduzione del grado di protezione accordato al risparmiatore, ciò che appresso si avrà modo di rilevare.

Con riguardo al profilo applicativo, la l. 154/1992 adottava un criterio tanto soggettivo, quanto oggettivo, estendendosi alle banche ed ogni altro soggetto che, nel territorio dello Stato, esercitasse attività di prestito e di finanziamento, ed in ogni caso quelle indicate dall'allegato alla seconda direttiva bancaria. Diversamente, il Testo unico adotta un criterio esclusivamente oggettivo e territoriale, limitando l'applicazione della disciplina alla attività svolta dalle banche e dagli intermediari finanziari nel territorio della Repubblica¹⁶⁰. In via residuale, l'adozione di un criterio subiettivo resta affidata al Ministro dell'economia e delle finanze, cui si riconosce il potere di ampliare questa area attraverso l'individuazione di altri soggetti. Potere

contrattuale delle banche. Essa conteneva, tra l'altro: la previsione dell'obbligo per le banche di indicare il costo complessivo del credito attraverso un'unica aliquota percentuale su base annua e di specificarne le componenti (art. 1, comma 1 e 2); l'esclusione della possibilità di effettuare un rinvio alle condizioni d'uso o di piazza, art. 3, comma 1; la nullità della clausole carenti dell'indicazione del costo complessivo del credito e la sostituzione automatica attraverso l'adeguamento agli interessi nella misura legale, art. 3, comma 2; la limitazione del *ius variandi* alle operazioni a tempo indeterminato ed alla espressa previsione approvata per iscritto, sempre che ricorresse un giustificato motivo e salvo il diritto di recesso del cliente, nel termine di quindici giorni dal ricevimento della comunicazione da parte della banca, art. 4, comma 2; la variazione del costo del credito in senso sfavorevole al cliente solo in ipotesi di mutuo consenso espresso per iscritto a pena di nullità, art. 4, comma 1; il conteggio del costo del credito a decorrere dal giorno dell'effettivo utilizzo, art. 5, comma 1; la previsione della fissazione di un tasso minimo inderogabile per la tutela della clientela più debole, l'indicazione scritta del tasso ed in mancanza l'uso di quello di sconto, art.; con riguardo ai servizi bancari, la specifica approvazione per iscritto delle clausole sulle provvigioni, commissioni, spese, costi accessori ed ogni altro rimborso, in difetto della quale nulla era dovuto, art. 12, comma 2.

¹⁵⁹ Vedi par. 3.2, Cap. I.

¹⁶⁰ La disciplina della trasparenza non trova, quindi, applicazione per gli operatori esteri che in Italia si limitano alla prestazione di un singolo servizio. In tal senso, P. Bontempi, *Diritto bancario e finanziario*, cit., 194. Ancora, la disciplina non si applica alle attività connesse e strumentali; ai servizi di investimento ed al servizio accessorio di consulenza di investimenti in strumenti finanziari; al collocamento di prodotti finanziari ed alle operazioni e servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dettata dall'art. 25 *bis* T.u.f. o dalla parte IV, Titolo II, capo I, T.u.f., *ex* art. 23, comma 4, T.u.f.

che il Ministro ha esercitato estendendo l'ambito di applicazione della normativa alle operazioni di raccolta del risparmio tra il pubblico e presso i soci¹⁶¹.

Con riguardo alle comunicazioni relative ai rapporti regolati in conto corrente, la l. 154/1992, all'art.8, comma secondo, prevedeva l'invio dell'estratto conto con una periodicità semestrale, trimestrale o mensile. Diversamente, l'art. 119, comma 2, T.u.b prevede la periodicità annuale, rimettendo alla scelta del cliente quella semestrale, trimestrale o mensile. Il Testo Unico, quindi, allunga i tempi rispetto all'omologa norma dettata dalla legge sulla trasparenza, e non pare che tale scelta sia giustificabile sulla base di una maggiore tutela a beneficio del cliente, sembrando, piuttosto, diretta ad alleggerire l'onere informativo a carico della banca. La circostanza che il termine di legge fissato dal T.u.b sia quello di dodici mesi desta dunque perplessità, soprattutto ove si consideri che un termine inferiore era previsto non solamente dalla l. 154/1992, ma anche dallo stesso Accordo interbancario del 1988, il quale prevedeva infatti che la comunicazione fosse *almeno* trimestrale.

Infine, diversamente dalla l. 154/1992, Il T.u.b. conserva un'area riservata alla discrezionalità amministrativa proprio nella materia dei contratti. Il riferimento è, in particolare, alle disposizioni che rimettono alle autorità creditizie la definizione del contenuto del contratto. Sotto il profilo formale, infatti, la stessa l. 154/1992, all'art. 3, comma 3, attribuiva alla Banca d'Italia, su conforme delibera del CICR, la facoltà di prevedere, per determinati tipi di contratti, «Per motivate ragioni tecniche, particolari modalità per la forma dei contratti relativi a determinate categorie di operazioni e servizi», in deroga alla forma scritta. Conformemente, l'art. 117, comma 2, T.u.b, consente al C.I.C.R. di derogare alla forma scritta, per particolari tipi di contratto, e sempre che ricorrano motivate ragioni tecniche. Peraltro, questa facoltà è stata attribuita dal CICR alla Banca d'Italia¹⁶².

Ma, difformemente dalla legge sulla trasparenza, il T.u.b rimette alle autorità anche un potere in ordine al profilo sostanziale del contratto. Basti pensare alla facoltà di tipizzazione riconosciuta dall'art. 117 comma 8 T.u.b., alla Banca d'Italia, di intesa con la Consob¹⁶³, ossia di prescrivere che determinati contratti o titoli abbiano un contenuto tipico individuato, da intendersi come contenuto *minimo*, rispetto al quale

¹⁶¹ Vedi D.M. del Ministro del tesoro 7 ottobre 1994, in G.U. 15 ottobre 1994, n.242, e le Istruzioni della Banca d'Italia in G.U. 12 maggio 1998, n. 108. Rileva il non senso della scelta del legislatore R. Lener, *Trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *Le società*, n. 12, 1994, 1698.

¹⁶² Vedi Deliberazione CICR del 4 marzo 2003, art. 10, in G.U. del 27 marzo 2003, n. 72.

¹⁶³ La previsione dell'intesa con la Consob è stata inserita dall'art. 25, comma 1, lett. b, l. 262/2005.

le parti possono comunque ampliare¹⁶⁴. Invero, la Banca centrale ha fatto un uso limitato di questo potere, ricorrendovi nelle Istruzioni del 2 dicembre 1994, con le quali ha imposto un contenuto tipico determinato per cambiali finanziarie e certificati di investimento¹⁶⁵. Tuttavia, a voler indugiare sul piano dell'approccio adottato dal T.u.b., non sembra potersi disconoscere la circostanza che, con questa norma, il legislatore abbia rimesso il potere di definire degli strumenti di raccolta del risparmio ad un organo tradizionalmente più vicino alle istanze del ceto bancario, quale la Banca d'Italia, che, peraltro, può sempre riferirsi alle elaborazioni dell'A.B.I.. E sembra da escludere una interpretazione ampia, in base alla quale, cioè, legittimare un controllo di merito da parte della Banca, sulle condizioni contrattuali unilateralmente predisposte¹⁶⁶, assimilabile a quello previsto dall'art. 32 della previgente legge bancaria. Ancora, sotto il profilo sostanziale, l'art. 116, comma 3 T.u.b. attribuisce al CICR il potere di individuare le operazioni sottoposte alla pubblicità, di specificare il contenuto dell'informazione pubblicizzata, e le modalità di pubblicizzazione. Diversamente, nel sistema previgente, i veicoli di informazione circa le condizioni economiche del contratto erano disciplinati dalla stessa l. 154/1992, con norma di rango primario, quindi¹⁶⁷. Sopravvive, invece, rispetto alla legge sulla trasparenza, il sistema di determinazione uniforme dei tassi di interesse, e per il calcolo degli interessi e delle altre condizioni economiche dell'operazione o del servizio offerto. Con l'unica differenza che la relativa competenza è affidata al CICR, e non più alla Banca d'Italia.

Nella trasposizione della disciplina della trasparenza nel Testo unico, quindi, sono state apportate alcune modificazioni che non sempre sembrano operare nel senso

¹⁶⁴ La norma non esclude la possibilità per le parti di definire strumenti diversi da quelli definiti dalla Banca d'Italia, come chiarito dalla stessa, in *Banca d'Italia, Vigilanza, 31 gennaio 1994, circolare n. 4 del 29 marzo 1983, 106° aggiornamento, operatività a medio e lungo termine e raccolta in titoli delle banche, capo LVII, sez. I.*

La Banca d'Italia, nella *Circolare del 31 gennaio 1994*, cit., 3, così afferma: «Le istruzioni sulla raccolta bancaria disciplinano alcuni strumenti e favoriscono la trasparenza nei rapporti tra gli intermediari e la clientela. A tal fine, per alcuni contratti, vengono fissate caratteristiche tipiche minimali: il pubblico deve essere posto in grado di associare a precisi strumenti negoziali posizioni giuridiche certe e determinate nei loro contenuti essenziali».

¹⁶⁵ R. Lener ha definito questo intervento da parte della Banca d'Italia «Non pesante», *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, 223. L'Autore rileva i benefici che, in termini di concorrenza, possono conseguire alla corretta e giusta utilizzazione dell'art. 117, comma 8, T.u.b.

¹⁶⁶ Così, G. De Nova, *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civile*, 1994, 936, secondo il quale, peraltro, l'art. 117, comma 8, T.u.b., non attribuisce alla Banca d'Italia un potere di *tipizzazione*, che presupporrebbe la riconduzione di modelli nati nella prassi ai tipi legali noti, o la loro ricezione legislativa, a livello primario o secondario, ma, piuttosto, un potere di *connotazione*. Perciò ad un determinato *nomen* deve corrispondere quel contenuto tipico minimo e viceversa.

¹⁶⁷ L'art. 2, comma 4, l. 154/1992 prevedeva la predisposizione degli *avvisi sintetici* e dei *fogli analitici*.

di una maggiore tutela del cliente bancario, come invece era auspicabile. Alcune, invero, sono funzionali a consentire che lo strumento contrattuale sia sempre attuale ed al passo con le evoluzioni che, rapide e costanti, si verificano nel settore finanziario. Quale, in via generale, l'attribuzione alle autorità di settore, del potere di determinazione del contenuto e del veicolo dell'informazione. Ma, come già rilevato, questa scelta sconta il rischio di operare a favore del potere contrattuale degli intermediari. Ciò che si è verificato, ad esempio, con riguardo alla disciplina del *ius variandi*. Come in seguito si avrà modo di vedere, infatti, la sua attribuzione al CICR ha delineato uno squilibrio in danno al cliente bancario, che solo un intervento legislativo ha saputo correggere.

2.3 Il sistema definito dal T.u.b. e dalla Deliberazione del CICR 4 marzo 2003. L'ambito di applicazione.

Il sistema di trasparenza definito dal T.u.b, quale risultato dalla trasposizione della l. 154/1992, nell'ambito di quella amministrativizzazione di cui si è detto sopra, è stato a sua volta parzialmente modificato ed integrato dalla delibera del Comitato del credito e del risparmio del 4 marzo 2003¹⁶⁸, cui il Governatore della Banca d'Italia ha dato attuazione con provvedimento del 25 luglio 2003, risultandone, tra l'altro, formalmente abrogata la l. 154/1992¹⁶⁹.

L'analisi in ordine alla concreta operatività delle norme dettate dal Testo unico deve dunque essere condotta tenendo conto delle disposizioni di rango secondario, che su quelle di rango primario si sono innestate. Si impone, quindi, un'opera di coordinamento.

Questa si rende necessaria *in primis* sotto il profilo dell'ambito di applicazione "passivo", ossia quello che risulta assoggettato all'obbligo dell'osservanza della normativa dettata in tema di trasparenza. Al riguardo, si è già avuto modo di rilevare che il Testo Unico, attraverso un criterio oggettivo e territoriale, meramente circoscrive l'applicazione della disciplina all'attività svolta dalle banche e dagli intermediari finanziari, nel territorio della Repubblica. In via residuale,

¹⁶⁸ Il provvedimento del CICR è stato adottato su proposta della Banca d'Italia e dell'Ufficio Italiano Cambi, ed è pubblicato sulla G. U. del 27 marzo 2003, n.72.

¹⁶⁹ Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia, Titolo X, Capitolo I, 9° aggiornamento del 25 luglio 2003 alla circolare n. 229 del 21 aprile 1999, in G.U. del 19 agosto 2003, n.191.

riconosce al Ministro dell'economia e delle finanze il potere di ampliare questa area, attraverso l'individuazione di altri soggetti. Siffatto ambito è stato esteso dalla Deliberazione del CICR, che ha ampliato il novero dei soggetti tenuti al rispetto degli obblighi di trasparenza in forza di altre disposizioni speciali successive al T.u.b.. Così, oltre alle banche autorizzate in Italia ed a quelle comunitarie che vi operano, anche in regime di libera prestazione di servizi, ed agli intermediari finanziari, risultano tenuti all'osservanza delle prescrizioni normative primarie e secondarie, in quanto siano compatibili, gli esercenti l'attività riservata di credito al consumo, *ex art. 121 T.u.b.*; i mediatori creditizi, *ex art. 16, comma 4, l. 7 marzo 1996, n.108*; le Poste Italiane s.p.a nella esplicazione dell'attività di Bancoposta, D.P.R. 14 marzo 2001, n. 144; gli Istituti di moneta elettronica, *ex art. 114 quater, comma 1, T.u.b.*¹⁷⁰.

Sotto il profilo oggettivo, rispetto alla portata generale del Testo unico, che, peraltro, non contiene alcuna distinzione tra contratto oggetto di negoziazione e quello che sia stato unilateralmente predisposto¹⁷¹, la Deliberazione del CICR, per un verso, estende il proprio ambito alla contrattazione a distanza, equiparando, in punto di applicazione della normativa pubblicitaria, i contratti bancari e quelli di intermediazione mobiliare nell'offerta fuori sede. Per altro verso, invece, restringe l'area di applicabilità, attraverso la positiva indicazione, nell'allegato alla Deliberazione medesima, dei contratti in essa ricompresi. Nonostante il carattere tassativo dell'elencazione, la disposizione è "aperta", nel senso che la Banca d'Italia ha il potere di ampliare questo ambito, in considerazione del mutamento del panorama dei rapporti di tipo finanziario¹⁷².

Con riguardo al profilo formale, la Deliberazione stabilisce, all'art. 10, che la Banca d'Italia può individuare forme alternative a quella scritta, "per le operazioni ed i servizi effettuati sulla base di contratti redatti per iscritto, nonché per le operazioni

¹⁷⁰ Restano esclusi la attività di prestazione dei servizi d'investimento, il servizio accessorio di consulenza in materia di investimenti in strumenti finanziari; il collocamento di prodotti finanziari e le operazioni ed i servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell'art. 25 *bis*, ovvero della parte IV, titolo II, capo I. Quest'area resta sottoposta alla disciplina di trasparenza della Consob, *ex art. 23, comma 4 d. lgs. 24 febbraio 1998, n.58*.

¹⁷¹ G. Carriero, *La trasparenza delle condizioni contrattuali nel t.u.: regole generali e controlli*, in *Dir. banc.*, 1994, I, 433. Manifestamente critico al riguardo è E. Minervini, *Trasparenza ed equilibrio*, cit., 666 ss., dove l'Autore rileva come tale unitaria considerazione da parte del legislatore possa condurre a conseguenze *paradossali*, ad esempio con riguardo alla disciplina del *ius variandi*, a tenore della quale occorre la specifica approvazione per iscritto anche per un contratto integralmente oggetto di negoziazione.

¹⁷² L'art. 3, Del. CICR 4 marzo 2003, cit., così recita: «In relazione all'evoluzione dell'operatività degli intermediari e dei mercati, la Banca d'Italia può stabilire che altre operazioni e servizi siano riconducibili alle tipologie indicate nell'allegato medesimo ».

e i servizi oggetto di pubblicità...che hanno carattere occasionale, ovvero comportano oneri di importo contenuto per il cliente”. La Banca d’Italia, all’interno delle Istruzioni, Sezione III, par. 2, ha individuato tre categorie per le quali la forma scritta non è obbligatoria, la cui elencazione non deve comunque ritenersi obbligatoria, atteso che alcune operazioni sono indicate a titolo meramente esemplificativo. La prima ricomprende le operazioni ontologicamente fondate su un contratto scritto in corso di esecuzione; la seconda quelle caratterizzate, congiuntamente, dal requisito della occasionalità, della economicità, e della conservazione della “prova” in ordine al compimento della operazione, salvo l’invio o la consegna al cliente della conferma per iscritto dell’operazione. Infine, la terza categoria comprende l’emissione di moneta elettronica in regime di anonimato¹⁷³.

Nessun problema di coordinamento tra le disposizioni di fonte primaria e quelle di fonte secondaria si pone, invece, con riguardo al soggetto tutelato dalle norme dettate in tema di trasparenza. Conformemente a quanto previsto dalla l. 154/1992, questo è individuato dal Titolo VI del T.u.b. nel *cliente*. Dunque, non il piccolo risparmiatore od il consumatore, come disposto per la disciplina del credito al consumo ma, *lato sensu*, il cliente bancario, dovendosi intendere ricompreso in questa definizione anche il contraente che agisce nell’ambito della propria professione¹⁷⁴. La trasparenza della contrattazione non rimane, così, sul piano di istituto giuridico *speciale*, ma assurge a principio generale, seppure entro i confini dell’ordinamento bancario, ed opera a tutela di «chiunque abbia rapporti contrattuali con la banca»¹⁷⁵.

Definito l’ambito di applicazione risultante dalla combinazione delle disposizioni di origine primaria e secondaria, l’esigenza di completezza rende necessaria ancora qualche considerazione di ordine generale. Diversamente dal T.u.b., la

¹⁷³ In particolare, il par. 2, Sezione III delle Istruzioni della Banca d’Italia indica: a) le operazioni e servizi effettuati in esecuzione di previsioni contenute in contratti redatti per iscritto, fermo l’obbligo della forma scritta per le modifiche o integrazioni del contratto redatto per iscritto; b) le operazioni ed i servizi prestati in via occasionale- quali, ad esempio, ordini di pagamento a favore di terzi, acquisto e vendita di valuta estera- purché il valore complessivo della transazione non ecceda 5000 euro e a condizione che l’intermediario: 1) mantenga evidenza dell’operazione; 2) consegni o invii tempestivamente al cliente conferma scritta dell’operazione, indicando il prezzo praticato, le commissioni e le spese addebitate, e fermi gli obblighi di pubblicità e l’applicazione dell’art. 117, commi 6 e 7, T.u.b.; C) le emissioni di moneta elettronica attraverso carte “usa e getta”.

¹⁷⁴ Per una ricostruzione della nozione di cliente bancario vedi P. Gaggero, *A proposito della definizione di «cliente della banca»*, in *Ec. e dir. del terziario*, 1996, 771 ss; V. Morera, *Sulla nozione del “cliente della banca”*, in *Vita not.*, 1995, 590.

¹⁷⁵ La definizione è di R. Lener, *Trasparenza delle condizioni contrattuali*, cit., 1696.

Deliberazione del CICR contiene l'enunciazione di alcuni principi, cui gli intermediari devono ispirarsi nella concreta individuazione delle modalità di informazione dei clienti, circa il contenuto del contratto. In particolare, l'art. 2 del provvedimento interministeriale richiama l'adeguatezza delle modalità alla forma della comunicazione utilizzata; la chiarezza e la completezza dell'informazione; le caratteristiche dei rapporti e dei destinatari. Accanto a questi principi, che dunque attengono al *veicolo* ed alla *qualità* delle informazioni¹⁷⁶, le Istruzioni della Banca d'Italia indicano i criteri di buona fede e correttezza. Questi, invero, assumono il valore di vera e propria clausola generale, atteso che, rispetto ai medesimi, la disciplina della trasparenza è posta dal Governatore in relazione di subordine.

Dunque, i provvedimenti amministrativi assegnano alla trasparenza, oltre alla dignità di istituto giuridico, anche il valore di principio generale, la cui operatività, peraltro, trascende il rapporto tra banca e cliente, in quanto profila in capo agli intermediari che si avvalgono di altri soggetti per la distribuzione dei prodotti e dei servizi, la responsabilità di controllare che questi osservino le disposizioni di trasparenza. Inoltre, a questa si attribuisce una valenza sistematica. Infatti, la Banca d'Italia, nelle Istruzioni, valorizza espressamente il nesso funzionale che intercorre non solo tra la trasparenza e la concorrenza, ma anche la normativa dettata in tema di distribuzione dei prodotti; l'espunzione delle clausole vessatorie; i contratti negoziati fuori dai locali commerciali, il commercio elettronico.

Occorre, tuttavia, rilevare sin da ora che tale valenza di principio generale attribuita dagli organi di settore, non sempre trova un riscontro concreto nella disciplina dettata rispetto alle singole fattispecie. Ciò che si avrà modo di riscontrare nelle pagine che seguono, dove saranno esaminati gli istituti più significativi sotto il profilo del tema che qui interessa, ossia quello della tutela del risparmiatore.

2.2.1 Segue. La disciplina applicabile al rapporto contrattuale

Il Capo I, Titolo VI, si articola in norme che prevedono la pubblicità delle condizioni contrattuali; norme imperative che dispongono la forma scritta del contratto, il suo contenuto minimo obbligatorio e la consegna al cliente di una

¹⁷⁶ G. Alpa, *Note sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Ec. e dir. terz.*, 2003, 346.

copia dello stesso¹⁷⁷; norme dettate in tema di comunicazioni periodiche; norme che prescrivono la corrispondenza tra un determinato tipo, quale definito dalla Banca d'Italia, ed il contenuto effettivo del contratto; norme di carattere sanzionatorio. Si tratta, pertanto, di un sistema informativo che opera nella fase anteriore la stipulazione del contratto, ma anche in quella successiva, rispetto al quale la derogabilità è ammessa solo in senso più favorevole al cliente, *ex art. 127, comma 2, T.u.b.*¹⁷⁸.

Le disposizioni di carattere primario sono puntualizzate e rafforzate dal sistema introdotto dalla normativa secondaria, e da quello definito dalle Istruzioni della Banca d'Italia in particolare. Attraverso una tecnica di definizione ordinata e puntuale, le Istruzioni intervengono infatti sia sulla fase *precontrattuale*, sia su quella *contrattuale*.

Come per i profili di applicabilità della normativa della trasparenza, anche per taluni degli istituti da questa previsti, si rende quindi necessario un lavoro di composizione delle fonti, al fine di delineare il trattamento riservato alle fattispecie più significative.

Il complesso delle disposizioni di carattere preventivo dettate dal Testo unico configura un «controllo di trasparenza mediante pubblicità»¹⁷⁹, diretto a garantire la conoscenza da parte del cliente bancario in ordine al contenuto del contratto, con specifico riguardo alle condizioni economiche, compresi gli interessi, le valute, ed ogni altro prezzo od onere relativo alle operazioni ed ai servizi offerti, per i quali è fatto divieto di rinvio agli usi. La relativa disciplina è contenuta nell'art. 116 T.u.b.¹⁸⁰, rubricato, appunto, «Pubblicità», il quale dispone l'indicazione di questi elementi in appositi *avvisi*, affissi nei locali aperti al pubblico¹⁸¹. Peraltro, la l. 262/2005 ha ampliato la portata dell'informazione precontrattuale, disponendo

¹⁷⁷ Con specifico riguardo all'obbligo di consegna di una copia del contratto, la inosservanza non legittimerebbe il cliente ad agire per la sua nullità, ma per l'adempimento coatto ed il risarcimento dei danni eventualmente subiti. In tal senso, M. Porzio, *La disciplina generale dei contratti bancari*, in Angelici- Belli- Greco- Porzio- Rispoli Farina, *I contratti delle banche*, Torino, 2002, 56, n.51. In giurisprudenza, Trib. Bari, 11 marzo 2003, in *Contratti*, 2003, 805.

¹⁷⁸ La trasparenza persegue «L'obiettivo di rendere noti al cliente prima che divengano vincolanti le clausole del contratto, i meccanismi matematico-economici ad esso sottostanti, il piano complessivo dei vantaggi e degli svantaggi di cui il contratto, predisposto unilateralmente dall'impresa, si fa espressione». Così, G. Alpa, *La «trasparenza» del contratto nei settori bancario, finanziario ed assicurativo*, in *Giur. it.*, 1992, IV, c.411.

¹⁷⁹ Così, testualmente, G. Alpa, *La trasparenza delle operazioni bancarie*, cit.

¹⁸⁰ Non è stata riprodotta la disposizione dell'art. 2, comma 5, l. 154/1992, secondo la quale le informazioni dovevano avere contenuto identico in tutto il territorio nazionale.

¹⁸¹ P. Valentino, *Art. 116 Pubblicità*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, F. Capriglione, CEDAM, 2001, puntualizza che per *pubblicità* non deve intendersi *promuovere* ma, propriamente, *rendere pubblico*, 895.

l'obbligo di pubblicizzare, per le operazioni di finanziamento, anche il tasso effettivo globale medio. La previsione è inserita ancora nell'art.116 T.u.b. ed è di particolare rilievo, ove si consideri che essa, attraverso la conoscenza *ex ante* del costo dell'operazione, ha colmato il gap sino ad oggi patito dalla normativa di rango primario, rispetto alla disciplina del credito al consumo, nella parte in cui prevede l'indicazione del TAEG, e, attraverso il rinvio alla legge antiusura, colpisce con la nullità la fissazione di un tasso superiore alle soglie da questa individuate¹⁸².

Rispetto a questa fase, ossia quella precontrattuale, la Deliberazione del CICR ha individuato le operazioni sottoposte alla pubblicità, ed ha disposto la pubblicazione dell'*avviso* e dei *fogli informativi*¹⁸³. Il contenuto di questi documenti, che integrano, quindi, gli *avvisi* previsti dall'art. 116 T.u.b., è stato specificato dalle Istruzioni della Banca d'Italia. I primi, denominati "principali norme di trasparenza", indicano i diritti e gli strumenti di tutela nella disponibilità del cliente, e devono essere esposti nei locali¹⁸⁴. I *fogli*, invece, rispetto alla pubblicizzazione prescritta dalla norma primaria, in ordine ai tassi di interesse, i prezzi, le spese per le comunicazioni alla clientela ed ogni altra condizione, sono documenti che *devono* essere messi a disposizione del cliente, e si arricchiscono dei dati inerenti l'intermediario, le caratteristiche ed i rischi tipici dell'operazione, le condizioni economiche e le principali clausole contrattuali. Le istruzioni dispongono anche che gli annunci

¹⁸² Il periodo inserito nell'art. 116, T.u.b., dall'art. 13, l. 262/2005, si riferisce all'art. 2, commi 1 e 2, l. 7 marzo 1996, n. 108.

¹⁸³ Le operazioni ed i servizi sottoposti al regime di pubblicità sono indicati nell'allegato alla Deliberazione. Tra questi, i depositi, le obbligazioni, i certificati di deposito ed i buoni fruttiferi, altri titoli di debito, i mutui, le aperture di credito, le anticipazioni bancarie, i crediti di firma, gli sconti di portafoglio, il *leasing* finanziario, il *factoring*, altri finanziamenti, le garanzie ricevute, i conti correnti di corrispondenza, incassi e pagamenti, etc.

¹⁸⁴ In particolare, le Istruzioni della Banca d'Italia dispongono che gli avvisi indichino la disponibilità dei fogli informativi; il diritto di ottenere copia del testo del contratto, ivi incluso il documento di sintesi; il diritto di ricevere copia del contratto stipulato; gli strumenti di tutela contrattuale relativi all'obbligo di forma scritta del contratto, alla sostituzione automatica delle clausole, al diritto di recesso in caso di variazioni sfavorevoli delle condizioni contrattuali, al diritto al rimborso della moneta elettronica non più utilizzata; il diritto di essere informati sulle variazioni sfavorevoli delle condizioni contrattuali e di ricevere le comunicazioni periodiche sull'andamento del rapporto; gli specifici diritti riconosciuti al consumatore dalla disciplina sul credito al consumo; le procedure di reclamo e di composizione stragiudiziale delle controversie. Peraltro, su quest'ultimo punto le Istruzioni si riferiscono a quelle *eventualmente* accessibili. Questo *eventualmente* deve ritenersi espunto, atteso che ad oggi, l'adozione dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie è positivamente prescritta dall'art. 128 *bis* T.u.b., aggiunto dall'art. 29, comma 1, l. 28 dicembre 2005, n. 262.

pubblicitari debbano essere riconoscibili come tali, e pubblicizzino, appunto, la circostanza che i fogli informativi sono a disposizione del cliente¹⁸⁵.

La consegna dei fogli e dell'avviso prima della conclusione del contratto si configura quale obbligo solo nelle ipotesi di offerta fuori sede e di comunicazione a distanza. Diversamente, questa, unitamente alla consegna della copia del contratto, rappresenta un onere al quale corrisponde il diritto del cliente a farne richiesta¹⁸⁶.

Rispetto alla disciplina di fonte primaria, quindi, le Istruzioni ricomprendono nel dominio della trasparenza cui devono essere improntati i rapporti con la clientela, i diritti a questa riconosciuti, attraverso gli *avvisi*, ed i rischi tipici dell'operazione, indicati all'interno dei *fogli*. Restano fuori, invece, quelli atipici o marginali, ma parimenti incisivi, dei quali pure l'intermediario ha di certo maggiore cognizione rispetto al cliente, soprattutto se questi agisce al di fuori della propria professione. Ed invero, con questa disposizione la disciplina secondaria sembra avere compiuto un passo in avanti e due indietro. Né un obbligo di informazione dei rischi atipici è individuabile nell'art. 5, comma 3 della Deliberazione del CICR, il quale stabilisce che la Banca d'Italia prescrive che il dettaglio dei fogli informativi sia graduato in relazione alla diffusione ed alla complessità delle operazioni e dei servizi. Infatti, nelle Istruzioni, la Banca ancora si riferisce ai rischi tipici e principali, tra i quali i rischi di tasso, di cambio, di indicizzazione. Peraltro, sebbene risulti garantito il principio della conoscibilità anche con riguardo al disciplinare non economico, relativo cioè ai diritti, agli obblighi ed alle limitazioni nei rapporti con il cliente, tale trasparenza documentale¹⁸⁷, al di fuori delle ipotesi di comunicazione a distanza ed offerta fuori sede, non assicura la conoscenza effettiva delle condizioni e dei termini dell'operazione. Ciò in quanto la consegna della documentazione non è obbligatoria, come rilevato.

Al momento della conclusione del contratto, la disciplina del T.u.b. pone in capo alla banca/intermediario l'obbligo di consegnare la copia del contratto, *ex art 117*

¹⁸⁵ Gli annunci pubblicitari relativi ad operazioni di finanziamento, nei quali l'intermediario rende noto il tasso di interesse o altri costi dell'operazione, devono indicare il TAEG o l'ISC, nonché il periodo di validità.

¹⁸⁶ Salva l'ipotesi *ex art. 5, comma 4, T.u.b.*, a tenore del quale la Banca d'Italia può individuare le operazioni ed i servizi per i quali la consegna del foglio è invece obbligatoria prima della conclusione del contratto, in considerazione della loro complessità.

¹⁸⁷ G. Alpa, *La trasparenza delle operazioni bancarie*, cit. L'Autore rileva come le Istruzioni lascino aperti i seguenti problemi: 1) quello della intelligibilità e della chiarezza in ordine alla terminologia usata ed in ordine alla connessione delle clausole; 2) l'applicazione dell'art. 1370 c.c. sulla *interpretatio contra proferentem*; 3) il problema della vessatorietà delle clausole nel caso di squilibrio significativo.

T.u.b.¹⁸⁸ Le Istruzioni estendono i diritti del cliente prescrivendo, in aggiunta alla copia del contratto, la consegna de i) il *documento di sintesi*, volto a fornire una chiara evidenza delle condizioni contrattuali ed economiche più significative, agevolandone così l'acquisibilità e la visione immediata. In sostanza, questo riproduce lo schema del foglio informativo, relativo allo specifico tipo di operazione o servizio. ii) L' *indicatore sintetico di costo*, per le operazioni ed i servizi individuati dalla Banca d'Italia in quelli di mutuo ed altri finanziamenti¹⁸⁹, calcolato secondo la disciplina del TAEG fissata dall'art.122 T.u.b., per il credito al consumo. Rispetto all'art. 116 T.u.b. che, si rammenta, a seguito della modificazione apportata dalla l. 262/2005, prevede che nell'avviso pubblicato in ciascun locale aperto al pubblico, per le operazioni di finanziamento, debba essere indicato il tasso effettivo globale medio, le Istruzioni prescrivono che, in punto di consegna del contratto, al cliente debba essere fornita l'indicazione del costo dell'operazione concretamente posta in essere.

Dunque, rispetto alla disciplina di fonte primaria, sono rilevabili due ordini di differenze. Uno temporale, attinente al momento dell'informazione; uno oggettivo, attinente cioè all'operazione alla quale il costo si riferisce, che la normativa secondaria non individua in quella generalmente offerta dalla banca, ma in quella concretamente posta in essere rispetto allo specifico cliente.

Nella fase "esecutiva" del contratto, il Testo unico prevede l'invio periodico dell'estratto conto e la sua agevole intelligibilità. In particolare, come visto sopra, per i rapporti di conto corrente è prescritta una periodicità annuale, salva la possibilità per il cliente di richiedere che essa sia semestrale, trimestrale o mensile, *ex art. 119, comma 2, T.u.b.* In ipotesi di mancata opposizione all'estratto conto, da comunicarsi per iscritto entro sessanta giorni dal *ricevimento*, questo si intende approvato. Nella parte in cui individua il *dies a quo*, appunto, nel giorno del ricevimento, la norma si discosta dalle N.b.u., che invece lo fissavano nel giorno dell'invio dell'estratto conto, derogando così all'art. 1832, comma 2, c.c.. Tuttavia, conformemente alle Norme, l'art. 119 T.u.b. ancora richiede la forma scritta per l'eventuale contestazione.

¹⁸⁸ A. M. Carrero, *Art. 117 Contratti*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, F. Capriglione, Cedam, 2001, 906, rileva come questa disposizione sia diretta a contrastare la prassi delle banche di concludere i contratti per corrispondenza.

¹⁸⁹ Le Istruzioni della Banca d'Italia specificano che per *altri finanziamenti* devono intendersi, ad esempio, i prestiti personali e quelli finalizzati.

Di particolare rilievo è, altresì, la previsione del terzo comma dell'art. 119, T.u.b., come modificato dall'art. 24, comma 2, d.lg. 4 agosto 1999, n.342., a tenore del quale «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»¹⁹⁰. Occorre rilevare che l'omologo art. 8, comma 4, l.154/1992, estendeva il diritto della clientela alla documentazione relativa a tutta la tipologia delle operazioni compiute nel decennio precedente, e non solo a quelle di deposito e conto corrente. La norma, inoltre, fissava il termine massimo dell'esito da parte della banca in sessanta giorni. Ad ogni modo, seppure la disposizione della l. 154/1992 accordasse *al cliente* un grado di tutela superiore, la modificazione intervenuta sulla norma dettata dal T.u.b. ha aperto un varco nel muro del segreto bancario, legittimando l'accessibilità alla documentazione, non solamente nell'interesse individuale del cliente, ma anche in quello collettivo. Quale quello di cui è portatore, ad esempio, il curatore fallimentare, nell'esplicazione delle sue funzioni. Sotto il vigore della disposizione originaria, la questione era infatti dibattuta. La dottrina distingueva l'ipotesi in cui questi fosse avente causa o rappresentante del fallito, in ragione dell'esercizio di diritti già esistenti all'interno del patrimonio fallimentare, da quella nella quale fosse terzo, in quanto operante nell'interesse dei creditori. A tale ricostruzione dottrinarina si opponeva poi la posizione concretamente assunta dalle banche, di diniego dell'accesso alla documentazione, in quanto ritenuto finalizzato al successivo esperimento dell'azione revocatoria, e perciò ostato. La questione, prima ancora che in forza dell'intervento legislativo, è stata sciolta dalla Corte Suprema, che, nel 1997 e nel 1999, ha riconosciuto al curatore il diritto sostanziale all'accesso ai documenti inerenti i rapporti tra la banca ed il fallito, ed, in generale, tutti i diritti spettanti al cliente *in bonis*, così anticipando la riformulazione successivamente operata dal d.lg. 4 agosto 1999, n. 342.

La disciplina dettata dalle Istruzioni della Banca d'Italia con riguardo alle comunicazioni periodiche alla clientela dispone, conformemente al Testo unico, l'invio del "rendiconto", con cadenza *almeno* annuale. Tuttavia, a questo aggiunge l'invio del *documento di sintesi*, che aggiorna quello allegato al contratto, al momento

¹⁹⁰ Comma così sostituito dall'art. 24, comma 2, d.lg. 4 agosto 1999, n. 342.

della sua conclusione, e riporta tutte le condizioni in vigore, anche se rimaste inalterate.

2.2.2 Segue. La forma del contratto ed il sistema sanzionatorio

I profili formali della disciplina della trasparenza sono regolati dall'art. 117, T.u.b, il quale dispone che il contratto è redatto per iscritto ed un esemplare è consegnato al cliente. La norma individua nella forma scritta non già il presupposto di applicazione delle norme dettate in tema di trasparenza e di credito al consumo, ma quello di validità stessa del contratto, colmando la lacuna lasciata sul punto dalla l. 154/1992 e dalla l.142/1992¹⁹¹. L'effetto della mancata adozione della forma scritta, o di quella diversa stabilita dal CICR¹⁹², o delle prescrizioni fissate dalla Banca d'Italia ex art. 117 comma 8, T.u.b., non è, quindi, la mera esclusione dal regime di tutela, ma la nullità del contratto¹⁹³, in deroga al principio della libertà di forma. Conformemente, le Istruzioni della Banca d'Italia sanzionano con la nullità del contratto l'inosservanza dell'obbligo formale, salvo la fattispecie non sia riconducibile a quelle per le quali la Banca medesima ha stabilito che la forma scritta non è obbligatoria, come visto sopra.

Sul piano oggettivo, la sanzione opera in via assoluta, in quanto, in linea generale, lo investe integralmente. Su quello soggettivo, è, invece, relativa, in quanto la legittimazione ad agire spetta al cliente, ex art. 127, comma 2, T.u.b., cui, in via esclusiva, è rimessa la valutazione in ordine alla opportunità di invalidare il rapporto, senza limiti di tempo. Ciò trova conferma nelle Istruzioni, le quali stabiliscono infatti che la nullità del contratto può essere fatta valere solo dal cliente. Si tratta di una disposizione di *tutela del contraente debole*, ed è agevole pensare che, ove la nullità fosse attivabile anche dalla banca, questa abuserebbe dello

¹⁹¹ A. A. Dolmetta, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla l. n. 154/1992*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1992, I, 393; G. Agresti, *Le norme sui contratti*, in *La nuova legge bancaria il T.U. delle leggi sulla intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione, commentario*, t. III, a cura di P. Ferro- Luzzi e G. Castaldi, Milano, 1996, 1838.

¹⁹² R. Lener, *Trasparenza delle condizioni contrattuali*, cit., individua tre tipi di forma: una di legge ex artt. 117, comma 1 e 124 comma 1 T.u.b.; una amministrativa ex art. 117, comma 2 e 124, comma 1 T.u.b.; ed una forma contenuta ex art 117 comma 8, T.u.b., 1698.

¹⁹³ Di particolare attinenza al riguardo, sono le osservazioni di N. Irti, *Notazioni esegetiche sulla vendita a domicilio di valori mobiliari*, in *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Milano, 1986, 105, il quale rileva come la forma del contratto può essere requisito sostanziale solo se prevista dalla legge a pena di nullità, ex art. 1325, n.4, c.c.

“strumento” di invalidazione, al fine di imporre al cliente le condizioni dalla stessa predisposte.

Tuttavia, due rilievi si impongono. In primo luogo, la piena operatività delle soluzioni adottate dal T.u.b., a beneficio del cliente e dello stesso mercato, presuppone un contesto perfettamente concorrenziale, il quale offra, cioè, al cliente, una valida alternativa al contratto che sia stato fatto dichiarare nullo. Ciò che non accade nel sistema bancario italiano, dove l'offerta è pressoché uniforme. In secondo luogo, la scelta della nullità -soggettivamente- relativa, pone il consumatore di fronte alla scelta tra l'invalidazione dell'intero contratto e l'adesione a quello connotato da clausole vessatorie. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di un contratto di finanziamento: l'invalidità investirebbe l'intero rapporto, così configurando, in alternativa alla accettazione del contratto che pure deroghi alle disposizioni normative, la rinuncia al prestito, o la restituzione, in unica soluzione, delle somme finanziate¹⁹⁴. È improbabile che il consumatore scelga di percorrere quest'ultima via. Ed invero, la nullità deve ritenersi rilevabile anche d'ufficio, in quanto protettiva del consumatore, come stabilito anche dalla giurisprudenza con riguardo al credito al consumo.

La operatività del sistema di nullità quale definito dal T.u.b incontra, quindi, un limite oggettivo nella struttura del mercato italiano. Non pare, tuttavia, doversi concludere che esso ancora si muova nel solco della conservazione dell'integrità del potere contrattuale della banca. L'effetto ritorsivo che parzialmente ingenera è infatti mitigato dalla circostanza che la nullità assoluta opera, di fatto, solo nell'ipotesi di mancanza di forma scritta, o di quella diversa prescritta dal CICR, o di difformità del contratto dal contenuto minimo determinato dalla Banca d'Italia. Ciò che è disposto anche dalle Istruzioni della Banca d'Italia. In ipotesi, quindi, residuali. In tutti gli altri casi, la tutela accordata al cliente si concreta nella invalidazione della singola clausola, che contrasti con la previsione legislativa o amministrativa, e nella “surrogazione” *ex lege* della stessa. Il legislatore ha infatti previsto un sistema di integrazione e sostituzione parziale, che lascia il contratto valido ed inalterato per il resto.

Mentre, quindi, la nullità dell'intero contratto delinea il correttivo rispetto alla inosservanza della forma scritta, invece, quella della singola clausola si configura

¹⁹⁴ Vedi G. Cottino, *Intervento conclusivo*, in *Trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto*, a cura di A. Marini e C. Stolfi, Napoli, 1991, 136.

nell'ipotesi di mancata osservanza delle disposizioni dettate in tema di pubblicizzazione preventiva delle condizioni economiche del contratto.

In particolare, ai sensi dell'art. 117, sesto e settimo comma, T.u.b., sono nulle e si considerano non apposte le clausole che rinviano agli usi per i profili economici e per ogni altra condizione, e quelle che prevedono condizioni più sfavorevoli di quelle pubblicizzate. Alle clausole espunte si sostituiscono il tasso nominale minimo e quello massimo dei buoni ordinari del tesoro annuali- o di altri titoli simili eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, ovvero i prezzi e le condizioni pubblicizzate. Ove tale meccanismo di sostituzione non sia attivabile, in quanto le condizioni non sono state oggetto di pubblicizzazione, *nulla è dovuto*. Nell'ipotesi, quindi, di mancata osservanza delle prescrizioni dettate in tema di pubblicità, la banca viene sanzionata in via immediata e diretta¹⁹⁵.

Il controllo sul rispetto delle norme dettate in tema di pubblicità, oltre alla competenza del giudice sulle vertenze relative ai contratti, è rimesso alla Banca d'Italia che, a tal fine, può acquisire informazioni e di eseguire ispezioni presso le banche e gli intermediari iscritti all'elenco speciale ex art. 107 T.u.b. Il Testo unico, ancora, oltre a prevedere alcune sanzioni pecuniarie in caso di mancata osservanza, attribuisce al Ministro dell'economia e delle finanze, su proposta della Banca d'Italia- o dell'UIC o delle altre autorità indicate dal CICR- il potere di disporre la sospensione dell'attività, anche di singole sedi secondarie, per un periodo comunque non superiore a trenta giorni, ex art. 28 comma 5, T.u.b.

L'analisi condotta sulle norme di fonte primaria e secondaria muove ad alcune considerazioni. Rispetto alla disciplina dettata dal Testo unico, è pacifico che la delibera del CICR, e le relative Istruzioni della Banca d'Italia, abbiano assolto al compito loro demandato, ossia quello di specificazione e puntualizzazione della informativa generalmente, e più genericamente, imposta dal T.u.b., e che da queste il cliente bancario tragga un beneficio in termini di conoscenza, e non solo di mera informazione, soprattutto in punto di conclusione del contratto. Come visto, infatti, le Istruzioni prescrivono la disponibilità, da parte del cliente, di documenti ulteriori a quelli previsti dal Testo unico, rispetto ai quali l' "imperativo" di fondo è quello della agevole intelligibilità e della immediata edozione circa ciò di cui il cliente "va a farsi carico".

¹⁹⁵ P. Rescigno, *Trasparenza» bancaria*, cit., 304.

La disciplina amministrativa ha però determinato anche uno squilibrio di un certo rilievo, nel rapporto contrattuale. Il riferimento è, in particolare, alla materia delle variazioni sfavorevoli al cliente, che il legislatore del 1993 aveva parzialmente rimesso alla determinazione del CICR. Invero, la fattispecie è oggi interamente disciplinata dall'art. 118 T.u.b., come modificato dal d. l. 4 luglio 2006, n. 223, art. 10, comma 1, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248. Si intende comunque fare un breve cenno alla disciplina dettata dalla Deliberazione del 4 marzo 2003, in considerazione della significatività dello squilibrio da questa ingenerato sino a tempi recenti. L'art. 11 della Deliberazione stabilisce che quelle che intervengano su rapporti di durata devono essere chiaramente evidenziate. Nella ipotesi in cui la variazione sia, invece, generalizzata, la banca non ha l'obbligo di comunicarla al cliente, essendo sufficiente la comunicazione impersonale attraverso la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Quella individuale deve essere data *alla prima occasione utile*, ossia, presumibilmente, quando il cliente si rechi, per qualsivoglia motivo, allo sportello, ovvero indicata all'interno del rendiconto periodico. E ben può accadere che il cliente abbia conoscenza della variazione solo in quel momento e che, a quella data, sia ormai decorso il termine per l'esercizio del diritto di recesso spettante in ipotesi di variazione a lui sfavorevole, *ex art. 117 T.u.b.*

La previsione del CICR è dunque manifestamente vessatoria. La materia delle variazioni unilaterali è stata, infatti, oggetto di una modifica legislativa, della quale si tratterà nel paragrafo che segue.

2.2.3 La modifica unilaterale delle condizioni contrattuali

L'istituto del *ius variandi* configura il potere di modificare la volontà negoziale espressa dalle parti al momento della conclusione del contratto¹⁹⁶. Nel settore del credito, tale fattispecie opera a favore delle banche da sempre. Già da prima della sua definizione in sede legislativa, infatti, la facoltà di variare unilateralmente le condizioni applicate ai rapporti con la clientela, era loro riconosciuta, se non altro sul piano meramente fattuale, dalle Norme Bancarie Uniformi. Si pensi, ad esempio, alla possibilità di modificare in qualsiasi momento le norme e le

¹⁹⁶ Per una ricostruzione del *ius variandi* nell'ambito del diritto comune, vedi P. Schlesinger, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, 118 ss.

condizioni regolanti i rapporti in conto corrente che l'art. 16 N.b.u. riservava alle aziende di credito.

Su questa pratica la dottrina si è espressa in senso non univoco. Alla tesi di illegittimità fondata sul contrasto con il principio generale della reciprocità del consenso, quale sancito dall'art. 1321 c.c., si sono opposte soluzioni di favore. Talora è stata proposta la prevalenza del principio di autonomia contrattuale *ex art.* 1322 c.c., da intendersi anche nel senso di libertà di attribuire ad una delle parti il potere di modificare le condizioni del contratto. E sempre a questa, peraltro, si ritenevano riconducibili le ipotesi di variazione unilaterale altrove previste dall'ordinamento¹⁹⁷. Talaltra, invece, sono state addotte argomentazioni di opportunità rispetto alle esigenze della pratica, ove è frequente la modificazione eteronoma delle condizioni contrattuali¹⁹⁸.

Gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza contribuirono senz'altro ad eliminare taluni degli aspetti distorsivi generati dall'esercizio di questa facoltà. Tuttavia, stante la assenza di una qualche fonte di regolamentazione primaria o secondaria che delimitasse i confini di legittimità e ne fissasse il contenuto, il *ius variandi* conservava numerosi profili di vessatorietà, ripetendo pur sempre la propria fonte di regolamentazione dalle N.b.u., ossia da una disciplina prevalentemente di favore per le banche. Solo a partire dagli anni novanta questo è stato oggetto di attenzione da parte del legislatore, che su di esso è invero intervenuto a più riprese. La prima definizione normativa della materia si trova nella legge sulla trasparenza delle operazioni bancarie, l. 154/92, la quale, come già rilevato, rappresenta il primo tentativo, non propriamente riuscito, di costruzione di un sistema di tutela del cliente bancario. Il riconoscimento formale della facoltà della banca di variare unilateralmente, a suo favore, i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni era contenuto nell'art. 4, comma 2, l.154/1992, mentre l'art. 6 ne disciplinava

¹⁹⁷ P. Schlesinger, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, cit., 20 ss. L'Autore richiama i numerosi poteri potestativi attribuiti alle parti dal regolamento contrattuale. Tra questi, il patto di opzione *ex art.* 1331 c.c.; l'obbligo di collaborare con il datore di lavoro, alle dipendenze di questo e sotto la sua direzione, gravante sul lavoratore *ex art.* 2049 c.c.; il potere di istruire riconosciuto al mandante dall'art. 1746 c.c. Ancora, e più specificamente, l'art. 1661 c.c. attribuisce al committente di modificare discrezionalmente il progetto inizialmente concordato. Nella prassi, invece, il potere di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali è "tipico" nei contratti di borsa a premio.

¹⁹⁸ A. Genovese, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, 261.

l'esercizio, che doveva e deve ritenersi in ogni caso circoscritto al disciplinare economico¹⁹⁹.

In particolare, l'art. 6, l. 142/92 così recitava: «1. I tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni previsti nei contratti di durata possono essere variati in senso sfavorevole al cliente, purché ne sia data al medesimo comunicazione scritta presso l'ultimo domicilio notificato. 2. Nelle ipotesi in cui si proceda a variazioni generalizzate della struttura dei tassi, la comunicazione di cui al comma 1 potrà avvenire in modo impersonale tramite inserzione di appositi avvisi nella Gazzetta ufficiale. 3. Su conforme delibera del CICR, la Banca d'Italia può prevedere diverse modalità di comunicazione per le variazioni riguardanti determinate categorie di operazioni e servizi ove ciò sia giustificato da motivate ragioni tecniche. 4. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci. 5. Entro quindici giorni dal ricevimento della comunicazione scritta il cliente ha diritto di recedere dal contratto senza penalità e di ottenere, in sede di liquidazione del rapporto, l'applicazione delle condizioni precedentemente in essere. Ove siano ammesse forme di comunicazione impersonali, il termine suddetto decorre dalla pubblicazione dei relativi avvisi».

L'intervento legislativo ha però tradito le aspettative, in quanto ha mancato di recepire le prescrizioni più significative contenute nella proposta di legge Minervini, che, per prima, si è posta in una posizione di neutralità rispetto alle banche, anticipando- in un'epoca nella quale, invece, ancora si tendeva a "salvaguardarne" il potere contrattuale- molte delle soluzioni che sono state adottate solo di recente²⁰⁰. Difformemente da questa, la l. 154/1992 ha individuato il presupposto di legittimità della variazione sfavorevole al cliente nella mera approvazione espressa, ex art. 4, comma 2, l. 154/1992, così in sostanza riproducendo la disposizione dell'art. 1341 c.c. L'art. 6 prescriveva la comunicazione al cliente, mentre per le variazioni di carattere generalizzato, la norma prevedeva la comunicazione impersonale, da effettuarsi con avviso pubblicato in Gazzetta Ufficiale. Al cliente si

¹⁹⁹ Sulla limitazione del *jus variandi* al solo disciplinare economico, vedi A. Nigro, *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1992, 430; E. Minervini, *Trasparenza ed equilibrio delle condizioni contrattuali*, cit., 664 il quale ritiene che la distinzione tra condizione economica e condizione non economica sia stata elaborata proprio al fine di ridimensionare l'ambito di operatività dello *jus variandi*. *Contra*, G. La Rocca, *La trasparenza delle operazioni bancarie tra legge n. 154/92 e testo unico*, in *Studi sulla nuova legge bancaria*, a cura di V. Mezzacapo, *Bancaria*, 1994, 179.

²⁰⁰ In particolare, come già rilevato in nota, la proposta di legge Minervini limitava la facoltà di variare le condizioni contrattuali ai rapporti a tempo indeterminato; lo subordinava ad un giustificato motivo ed alla comunicazione personale al cliente.

riconosceva il diritto di recedere dal contratto entro il termine breve di 15 giorni dalla comunicazione, salvo il diritto di ottenere, nell'ambito della liquidazione, l'applicazione delle condizioni, delle commissioni, e dei tassi vigenti prima dell'esercizio del diritto. Ad eccezione di quest'ultima disposizione, che configurava l'unico correttivo a favore del cliente, il sistema definito dagli artt. 4, comma 2, e 6, l. 154/92, non forniva, dunque, strumenti di tutela concreti ed effettivi. Sembra piuttosto che il legislatore si sia mosso solamente sul piano sistemico, attraverso una disciplina di garanzia in ordine alla trasparenza dell'attività bancaria e delle facoltà riconosciute, ed, indirettamente, alla sua competitività. Tuttavia, il legislatore ha mancato, ancora, di intervenire sul piano privatistico, omettendo di definire in modo compiuto il momento banca-cliente e di riconoscerne la meritevolezza di una tutela specifica, avverso gli interventi che la banca può adottare a suo sfavore.

Considerazioni non dissimili possono essere fatte anche con riguardo alla originaria disciplina del Testo Unico, mutuata quasi integralmente dalla l. 154/1992²⁰¹. L'art. 117, comma 5, T.u.b. subordina il diritto di variare in senso sfavorevole al cliente il tasso ed ogni altro prezzo o condizione economica, all'inserimento nel contratto di una clausola espressa, che deve essere approvata per iscritto, dunque nulla aggiungendo al disposto dell'art. 1341 c.c.²⁰². Secondo la formulazione originaria dell'art. 118, T.u.b., l'ambito di applicazione era limitato ai contratti di durata, ed ancora non era previsto che dovesse ricorrere alcun giustificato motivo. Il *jus variandi* operava quindi discrezionalmente, sicché alla banca era riconosciuta la libertà insindacabile di modificare in senso sfavorevole al cliente le condizioni contrattuali. E se il T.u.b. differiva dalla l. 154/92, in quanto rimetteva al CICR la fissazione dei modi e dei termini del suo esercizio, il regime definito da questo, e dalle Istruzioni della Banca d'Italia, risultò conforme a quello introdotto dalla l. 154/1992. In particolare, secondo la disciplina di fonte secondaria²⁰³, le variazioni generalizzate sfavorevoli alla clientela potevano essere comunicate attraverso la pubblicazione di appositi avvisi in Gazzetta Ufficiale, e presso i locali aperti al pubblico. Alla prima occasione utile, il cliente doveva essere informato. Mentre la

²⁰¹ Sull'argomento, tra gli altri, vedi A. Coccozza, *Il recepimento della direttiva sulle clausole abusive. Prime riflessioni sui suoi effetti nei contratti bancari*, in *Argomenti di diritto bancario*, a cura di F. Belli e F. Mazzini, 45.

²⁰² Sulla vessatorietà della clausola che preveda lo *jus variandi*, vedi U. Majello, *Problematiche in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di M. Rispoli Farina, 1995, 318.

²⁰³ Vedi Delibera CICR 4 marzo 2003, cit., ed Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia, Titolo X, Capitolo I, 9° aggiornamento del 25 luglio 2003 alla circolare n. 229 del 21 aprile 1999, in G.U. del 19 agosto 2003, n.191.

comunicazione doveva essere personale solo per le modificazioni sfavorevoli intervenute sul singolo contratto, da inoltrarsi presso l'ultimo domicilio indicato dal cliente²⁰⁴. A questi era riconosciuto il diritto di recedere dal contratto entro il termine di 15 giorni, decorrente dalla comunicazione, salve le condizioni prestabilite. L'inosservanza di queste prescrizioni comportava l'inefficacia della clausola che prevedesse il *jus variandi*.

L'attribuzione al CICR della determinazione in ordine ai modi ed ai termini di esercizio della facoltà di variare le condizioni contrattuali non ha quindi apportato modificazioni sostanziali alla disciplina di rango primario definita dalla l. 154/1992. Da questa, invece, il previgente sistema del T.u.b si discostava per il fatto di essere positivamente circoscritto alle modificazioni unilaterali sfavorevoli alla clientela, mentre nulla era disposto con riguardo alle variazioni ad essa favorevoli. Rispetto ad esse, il sistema di tutela doveva comunque ritenersi operante²⁰⁵.

Come visto sopra, questo si articolava nella comunicazione, da un lato, e nel diritto di recesso senza penalità, dall'altro. Entrambe i momenti, tuttavia, erano contrassegnati da profili di vessatorietà, che paradossalmente rendevano la disciplina operante, in prevalenza, a favore delle banche. Si consideri, infatti, che la normativa secondaria non poneva in capo alle banche l'obbligo di giustificare la variazione, né la subordinava ad alcun preavviso, mentre, delle modificazioni generalizzate, garantiva la mera conoscibilità. Ciò rendeva difficile, in concreto, l'adozione dell'unico rimedio esperibile, ossia l'esercizio del diritto di recesso, soprattutto in considerazione della brevità del termine previsto. Rimedio che, peraltro, comportava la rinuncia al rapporto, talora più gravosa di un eventuale aumento del tasso passivo. Questa disciplina accordava dunque una tutela solo apparente, che, in sostanza, si traduceva in una garanzia, a favore delle banche, in ordine alla conservazione del rapporto ove modificato a sfavore del cliente. Ed è allora agevole comprendere l'adesione al sistema definito in sede primaria e secondaria da parte dell'A.B.I. che, dalle N.b.u. ha espunto le previsioni in tema di

²⁰⁴ Secondo le Istruzioni della Banca d'Italia, non erano invece soggette ad obblighi di comunicazione le variazioni di tasso dovute alle variazioni dei parametri prescelti dalle parti e la cui determinazione era sottratta alla volontà delle stesse.

²⁰⁵ Sulle variazioni favorevoli alla clientela, vedi il disegno di legge on. Asquini, 4 marzo 1993, che all'art. 1 prevedeva l'aggiunta all'art. 6 della l. 154/92 di un comma 1 *bis*, a tenore del quale: «Qualora si tratti di contratti a tasso indicizzato, con le stesse modalità di cui al comma 1 devono essere tempestivamente adeguati i movimenti in senso favorevole a cliente, proporzionalmente alla variazione del parametro di riferimento. Ogni patto contrario è nullo.»

ius variandi, sostituendo a queste proprio il rinvio agli artt. 118 e 161, T.u.b.²⁰⁶ ed alle relative disposizioni di attuazione.

Sulla materia della variazione unilaterale delle condizioni contrattuali, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e la Banca d'Italia, si sono espresse nel 2004, quali Autorità competenti a verificare l'osservanza della disciplina antitrust. Queste hanno ritenuto che, in ragione delle previsioni in ordine all'esercizio *ad nutum* ed alla modalità impersonale della comunicazione della variazione, gli schemi contrattuali definiti in seno all'A.B.I., in conformità con le prescrizioni normative, risultano restrittivi della concorrenza, in quanto configurano una forma di coordinamento orizzontale delle condizioni di offerta ed impedisce la mobilità delle clientela²⁰⁷. Ed invero, anche sulla scorta di questi orientamenti, la disciplina del T.u.b. è stata radicalmente modificata nel 2006, ad opera della legge del 4 agosto 2006 n. 248-conversione del D.L. del 4 luglio 2006 n. 223- la quale, come è noto, è stata ispirata dalla istanza di imporre il meccanismo concorrenziale in diversi settori dell'economia e del mercato.

In particolare, l'art. 10 della legge, ha riscritto l'art. 118 T.u.b, intervenendo sui profili di vessatorietà che lo caratterizzavano²⁰⁸. *In primis*, la nuova formulazione della norma ha sottratto al CICR la competenza a fissare le modalità ed i termini per l'esercizio del *ius variandi*. La nuova disciplina è quindi di rango esclusivamente primario, e subordina la legittimità delle modificazioni unilaterali non solamente alla

²⁰⁶ P. Gaggero, *La disciplina del jus variandi nel testo unico bancario (d.lg. 1 settembre 1993, n.385)*, in *Ec. e dir. del terziario*, 1996, 323, il quale osserva: «Il riferimento al secondo comma dell'art. 161 T.u.b., si giustifica in quanto la disposizione ha abrogato le previgenti disposizioni sul credito al consumo e sulla trasparenza bancaria, conservandone però gli effetti fino all'entrata in vigore dei provvedimenti regolamentari di esecuzione delle norme contenute nel titolo del testo unico della trasparenza delle condizioni contrattuali».

Il rinvio alla disciplina del T.u.b. non opera invece per il servizio di cassa continua per i versamenti, ex art. 10 N.b.u., con riguardo al quale alla banca è riservata la facoltà di modificare in qualunque momento l'uso del servizio.

²⁰⁷ AGCM, Provvedimento del 28 ottobre 2004 n. 13697 e Banca d'Italia, Provvedimento del 12 novembre 2004.

²⁰⁸ Il nuovo art. 118 T.u.b., così sostituito dall'art.10, l. 248/06 recita: 1. Nei contratti di durata può essere convenuta la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto qualora sussista un giustificato motivo nel rispetto di quanto previsto dall'art. 1341, secondo comma del codice civile. 2. Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo le modalità contenenti in modo evidenziato la formula: "Proposta di modifica unilaterale del contratto", con preavviso minimo di trenta giorni, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro i sessanta giorni. In tal caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate. 3. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente. 4. Le variazioni dei tassi di interesse conseguenti a decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori, e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente.

approvazione scritta *ex art.* 1341 c.c., ma anche alla sussistenza di un *giustificato* motivo, che deve dunque essere fondato da parte della banca. Inoltre, il nuovo art. 118 T.u.b. prevede, a prescindere dal carattere specifico della variazione, la comunicazione personale al cliente in forma scritta²⁰⁹, la quale deve peraltro esplicitare che si tratta di una *Proposta di modifica unilaterale*. Essa si intende approvata ove non ricorra l'esercizio del diritto di recesso, in ogni caso non soggetto a spese. Oltre ad avere allungato il relativo termine a sessanta giorni, decorrente, comunque, dalla comunicazione, la norma dispone che la proposta di variazione delle condizioni contrattuali deve essere comunicata con un preavviso minimo di trenta giorni.

La nuova formulazione dell'art. 118 T.u.b., quindi, rende più gravoso l'esercizio del *ius variandi* da parte della banca, ed agevola quello del diritto di recesso da parte del cliente.

Tuttavia, essa non manca di fornire diversi spunti critici. Il quarto comma prescrive che le variazioni dei tassi di interesse riconducibili alle decisioni della politica monetaria devono essere applicate contestualmente ai tassi attivi ed a quelli passivi. L'istanza sottesa a questa previsione è quella di riequilibrare le posizioni contrattuali, ossia di porre un rimedio alla prassi delle banche di ritoccare il solo profilo debitorio o di farlo in anticipo rispetto a quello creditorio. Ma essa non sembra trovare sicura realizzazione, ove si consideri che alla banca risulta attribuito un certo margine di discrezionalità. La norma si limita, infatti, a stabilire che la modificazione contestuale dei tassi non deve recare *pregiudizio al cliente*. Peraltro, il grado di tutela risulta ridotto rispetto all'originario art. 10, D. L. 223/2006, il quale, invece, prevedeva, imperativamente, che l'adeguamento dei tassi dovesse essere di *eguale misura*²¹⁰. Inoltre, la collocazione sistematica di questa previsione pare circoscriverne la operatività ai soli contratti per i quali sia stata pattuita la facoltà di modificare unilateralmente le condizioni. Al di fuori di questa ipotesi, quindi, non sussisterebbe alcun obbligo della banca in ordine alla variazione contestuale dei tassi attivi e passivi.

²⁰⁹ Alla forma scritta è comunque possibile sostituire altro supporto durevole, preventivamente accettato dal cliente, *ex art.* 118, comma 2, T.u.b.

²¹⁰ L'art. 10 è stato modificato in sede di conversione del decreto in legge, ove, peraltro, tale disciplina è stata circoscritta alle sole variazioni dovute alle scelte di politica monetaria. Ciò, al fine di consentire una maggiore flessibilità rispetto alle strategie commerciali delle banche e favorire più ampie dinamiche competitive. Vedi Relazione 5° Commissione Permanente del Senato, n. 741-A del 24 luglio 2006, reperibile on line, www.senato.it.

Ancora, sembra muoversi nel solco della conservazione del potere contrattuale delle banche, il disposto del terzo comma del nuovo art. 118, T.u.b., a tenore del quale, in caso di inosservanza delle prescrizioni, le variazioni contrattuali sono inefficaci nella sola ipotesi in cui siano sfavorevoli al cliente. La espressa limitazione della norma alla qualificazione negativa della modifica intervenuta, sembrerebbe ammettere che, se favorevole, la variazione apportata in violazione delle prescrizioni normative è, invece, efficace. Con la conseguenza che l'effetto di tale variazione può essere ancora vincolato alla esplicita richiesta da parte del cliente, quale prevista dall'A.B.I., e non già al semplice silenzio, ossia alla circostanza che questi non eserciti il diritto di recesso nel termine di sessanta giorni²¹¹.

Deve essere infine rilevato che il comma 2 dell'art. 10, l. 248/06 prevede 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". Di questa disposizione, che mira, in particolare, ad eliminare le spese di chiusura del conto corrente, non c'è traccia nel nuovo art. 118 del T.u.b., ma deve in ogni caso ritenersi operante²¹².

Al di là di questi rilievi, è comunque indubbio che la nuova disciplina del *ius variandi* corregga molte delle distorsioni ingenerate da quella previgente a danno dei risparmiatori, rendendo effettivo lo strumento della comunicazione e per lo meno praticabile quello del recesso, sul quale, comunque, permangono i dubbi già espressi.

L'art. 10 della l. 248/06 ed i profili esegetici ad esso riconnessi sono stati, non a caso, oggetto di un lavoro di interpretazione da parte dell'A.B.I. che, con la Circolare del 7 agosto 2006, n. 23, si è espressa sull'ambito di applicazione della norma, sulla nozione di giustificato motivo, sulle modalità con cui effettuare la modifica dei tassi.

In particolare, l'A.B.I. ha individuato il giustificato motivo in qualsiasi accadimento sopravvenuto alla conclusione del contratto, sia sotto il profilo soggettivo, sia sotto quello oggettivo²¹³. Con riguardo al diritto di recesso, la sua operatività non sarebbe

²¹¹ N. Salanitro, *Tassi e condizioni nei contratti bancari: vincoli di trasparenza e di uniformità*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 382, rilevava, con riguardo alla l. 154/92, che la disciplina del *ius variandi* avrebbe dovuto fare cessare la prassi delle banche di riconoscere l'aumento dei tassi a favore dei clienti solo in ipotesi di espressa richiesta. Questa soluzione sembrerebbe negata dalla nuova formulazione dell'art. 118 T.u.b.

²¹² La disposizione è riferita alla eliminazione delle spese di chiusura del conto corrente, ai cui rapporti contrattuali il decreto legge 4 luglio 2006, n. 223 si riferiva in via esclusiva.

²¹³ Sotto il profilo soggettivo, sono indicati dall'A.B.I. il mutamento del grado di affidabilità del cliente ed i mutamenti nelle caratteristiche gestionali della banca. Sotto quello oggettivo, la

assoluta. La norma andrebbe cioè letta nel senso di escludere in ogni caso eventuali penalità o spese di chiusura, e non in quello di ammetterlo sempre. Anche, quindi, nei rapporti a tempo determinato, salvo non sia espressamente pattuito o ricorra una giusta causa²¹⁴. Infine, la Circolare limita il dominio della disposizione che impone la modificazione contestuale dei tassi attivi e passivi, riconducibile alle scelte di politica monetaria, ai soli rapporti nei quali sia stata pattuita la facoltà di modificare unilateralmente le condizioni di contratto, come, peraltro, suggerito dalla sua collocazione sistematica.

È pacifico che gli orientamenti forniti dall'A.B.I. tendano a limitare la portata innovativa e cautelare della norma, ed a ricondurla al sistema previgente. L'Autorità garante del mercato e della concorrenza, che, sulla scorta delle abrogazioni effettuate dalla legge 262 del 31 dicembre 2005, è competente a vigilare sul rispetto della normativa antitrust anche nel settore creditizio, ha ritenuto di avviare una istruttoria nei confronti dell'A.B.I, ai sensi dell'art.14, l. 287/90, nel corso della quale, peraltro, l'Associazione bancaria ha revocato la Circolare. Sicché, L'Autorità, pure avendola ritenuta costitutiva di un'intesa restrittiva della concorrenza, in quanto essa «agevola l'uniformità da parte delle banche aderenti all'A.B.I. su variabili strategiche, di modo da innalzare i costi di uscita della clientela ed ostacolare la mobilità di quest'ultima» ha accertato al contempo la fine dell'infrazione contestata²¹⁵.

2.3 L'anatocismo bancario

Nell'ambito dell'analisi dei momenti e delle condizioni che configurano il prepotere contrattuale di cui le banche dispongono rispetto al cliente, a suo detrimento, il tema dell'anatocismo occupa un ruolo di primo piano. Questa pratica, oggi disciplinata all'interno dell'art. 120 T.u.b., ha determinato per anni uno squilibrio rilevante tra le posizioni contrattuali, risultando particolarmente onerosa per il

variazione dei tassi di politica monetaria della banca centrale e di altre condizioni del mercato. Vedi par. 1.2 della Circolare.

²¹⁴ Con riguardo alle spese di chiusura, il comma 2 dell'art. 10, l. 248/06 stabilisce 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». La Circolare A.B.I. esclude che tra queste possano ricomprendersi quelle generate dai servizi richiesti a valle dalla chiusura del rapporto medesimo.

²¹⁵ Provvedimento AGCM n. 17046, in Bollettino n.26/2007.

risparmiatore ed, al contempo, significativamente remunerativa per la banca. Eppure, è solo di recente che il legislatore e la giurisprudenza ne hanno rilevato i profili di vessatorietà e, conseguentemente, hanno definito una disciplina positiva.

Prima di entrare nel merito della *vexata questio* e delle soluzioni fornite a livello legislativo, conviene inquadrare la materia. Sul piano economico, l'anatocismo è una modalità di calcolo del tasso di remunerazione del capitale, in base alla quale gli interessi maturati in un dato periodo di tempo si sommano al capitale originario, concorrendo alla formazione degli interessi futuri. L'adozione di questo metodo di calcolo comporta perciò che gli interessi siano essi medesimi produttivi di altri interessi.

Il codice civile, in linea di principio, vieta il pagamento degli interessi su interessi maturati in periodi precedenti, riservandone la ammissibilità ad ipotesi determinate e limitate sotto il profilo temporale. In particolare, l'art. 1283 c.c. dispone che, in assenza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre a loro volta interessi solo dal giorno della domanda giudiziale, o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che siano dovuti da almeno sei mesi. È questa, dunque, una disciplina di favore per il debitore, che in via generale vieta la stipulazione del patto di anatocismo anteriormente alla produzione degli interessi che con il patto si vogliono capitalizzare.

La norma fa tuttavia salva l'eventuale esistenza di un uso contrario, individuato in via interpretativa in quello normativo, il quale preveda, appunto, la capitalizzazione dell'interesse. Ed invero, sulla base di questa previsione, ossia sulla base di un uso normativo anatocistico, è stata per anni fondata la legittimità della relativa clausola, inserita dalle banche all'interno dei contratti di conto corrente. La circostanza che la capitalizzazione degli interessi non contrastasse con il diritto comune e la sua "istituzionalizzazione" in seno all'A.B.I., avevano condotto alla adozione pressoché generalizzata da parte delle banche. In particolare, la disciplina dettata dalle Norme bancarie uniformi prevedeva che l'anatocismo operasse con cadenza trimestrale, in deroga alla disposizione codicistica secondo la quale gli interessi scaduti possono produrre altri interessi solo se dovuti da almeno sei mesi. A fronte della periodicità trimestrale per gli interessi passivi, la Norma prevedeva la cadenza annuale per quelli attivi, a favore del cliente²¹⁶. Sicché, il correntista vedeva, ogni tre mesi,

²¹⁶ Al riguardo, V. Carbone parla di "doppia" velocità, *Interessi anatocistici tra interventi giurisprudenziali, salvataggi normativi e questioni di costituzionalità*, nota a Cass., 11 novembre 1999, n. 12507, in *Corr. Giur.*, 1999, 2, 1485 ss.

aumentare sistematicamente la quota di debito a suo carico e, quindi, la crescita esponenziale del profilo passivo del rapporto. Mentre, dal lato attivo, la capitalizzazione spiegava i suoi effetti solo annualmente e quindi, con una incidenza assai mitigata. Ciò, con il “benessere” della giurisprudenza e della dottrina maggioritaria che, richiamando l’art. 1283 c.c., hanno sostenuto la validità di questa clausola fino al 1999²¹⁷.

Ma se un contrasto con la disciplina codicistica non era ravvisabile, all’indomani dell’entrata in vigore del D. lg. 385/1993, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, un problema di compatibilità è stato invece posto rispetto all’art. 117 T.u.b., nella parte in cui, al comma n. 6, dispone che sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse. Invero, la giurisprudenza ha saputo agevolmente superare anche questo contrasto, sostanzialmente escludendo la clausola di capitalizzazione trimestrale dall’area di applicabilità del divieto fissato dell’art. 117 T.u.b.. In particolare, il tribunale di Roma, movendo dal tenore letterale della disposizione, ha affermato che il rinvio ai tassi d’uso- ed il relativo divieto- dovesse essere riferito a quelli praticati sulla piazza, e non anche agli usi normativi, ai quali l’anatocismo bancario era ricondotto²¹⁸. Il tribunale ha cioè circoscritto la previsione dell’art. 117 T.u.b. al campo delle condizioni economiche, rilevando rispetto ad esso la estraneità dell’anatocismo. Il che, invero, pare condivisibile nella ipotesi in cui si consideri la capitalizzazione quale uso normativo

²¹⁷ Cass., 15 dicembre 1981, n. 6631, *Riv. dir. comm.*, 1982, II, 89; Cass., 19 agosto 1983, n. 5409, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Interessi* (18); Cass., 5 giugno 1987, n. 4920, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2352; Cass., 6 giugno 1988, 3804, in *Banca Borsa e tit. credito*, 1990, II, 186; Trib. Milano, 2 dicembre 1992, in *Banca borsa e tit. credito*, 1993, II, 358; Cass., 1 luglio 1997, n. 3296, in *Rep. Foro it.*, voce *Interessi* (13); Cass., 18 dicembre 1998, n. 12675, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Interessi* (6), che richiamava un «orientamento tradizionale che trova riscontro nella giurisprudenza, per cui nell’ambito delle operazioni tra i predetti istituti ed i clienti l’anatocismo trova generale applicazione attraverso comportamenti della generalità degli interessati, con il convincimento di adempiere ad un precetto di diritto, presentando i caratteri obiettivi di costanza, generalità e durata ed il carattere subiettivo della *opinio iuris* che contrassegnano la norma giuridica consuetudinaria vincolante gli interessati».

²¹⁸ Trib. Roma, 18 luglio 1996, in *Nuova giurisprudenza civ. com.*, 1998, I, 183 ss. In particolare, il Tribunale ha affermato che: «...Il divieto concerne esclusivamente la determinazione convenzionale dei tassi *per relationem*, ovvero mediante rinvio agli usi praticati sulla piazza, ma non impedisce né elimina l’operatività delle norme consuetudinarie nella disciplina del rapporto. Tale operatività rimane regolata dall’art. 1283 c.c., nonché dalla norma generale in materia di integrazione del contratto (art. 1374 c.c.) che rinvia agli usi per l’esatta individuazione delle obbligazioni contrattuali...». *Contra*, Pret. Roma, 11 novembre 1996, *Id.* che ha invece sostenuto l’inefficacia dell’anatocismo a seguito dell’entrata in vigore dell’art. 117 T.u.b.

che regola il computo degli interessi, una modalità con cui gli stessi vengono considerati²¹⁹.

La giurisprudenza di merito, anche successivamente all'entrata in vigore del T.u.b., ha quindi proseguito nel solco tradizionale, ossia quello della validità dell'anatocismo, riconducendolo alla categoria degli usi normativi e, quindi, ancora affermandone la compatibilità con la previsione dell'art. 1283 c.c.²²⁰.

Invero, il "cambio di rotta" si è avuto solamente a seguito del mutamento di prospettiva, allorché gli elementi a supporto della (in)validità dell'anatocismo sono stati ricercati altrove, ossia non all'interno del Testo Unico bancario, atteso che la lettura dell'art. 117 T.u.b. conduce all'esclusione del contrasto normativo; ma nella diversa interpretazione della clausola anatocistica. Nella negazione, cioè, della qualificazione di uso normativo della capitalizzazione trimestrale degli interessi, si è destituito di ogni sostegno la tesi della validità della relativa clausola, fondata per anni sulla previsione dell'uso contrario *ex art.* 1283 c.c. E proprio in questo senso, si è espressa nel 1999 la Cassazione, che ha spezzato la propria linea interpretativa pure rimasta costante ed immutata per due decenni²²¹. In particolare, la Corte,

²¹⁹ Così, testualmente, G. Gallo, *In tema di applicazione del testo unico in materia di contratti bancari*, nota a Trib. Roma, 18 luglio 1996, in *Nuova giurisprudenza civ. com.*, cit.

²²⁰ Deve essere rilevato che, diversamente dalla legge dettata in tema di trasparenza bancaria, l. 154/1992, prima, e dalle disposizioni dettate sulla materia dal T.u.b. al Titolo VI poi, il già citato disegno di legge presentato da G. Minervini, n. 3617, 24 marzo 1986, in *Banca, Borsa e tit. credito*, 1986, I, 713, conteneva una disposizione che esplicitamente ed imperativamente vietava il metodo di calcolo degli interessi sugli interessi. Vedi nota 158.

²²¹ Dapprima, Cass., 16 marzo 1999, n. 2374, in *Foro it.*, 1999, I, 1153, che, movendo dalla circostanza che gli *usi contrari* cui l'art. 1283 c.c. si riferisce sono quelli *normativi*, (artt. 1, 4 e 8 disp. prel. al c.c.), ossia quelli consistenti «nella ripetizione generale, uniforme, costante e pubblica di un determinato comportamento», ha affermato che la capitalizzazione trimestrale è stata prevista per la prima volta dalle N.b.u. nel 1952 ed inoltre che: «...L'inserimento- delle clausole di anatocismo trimestrale- è acconsentito da parte dei clienti non in quanto ritenute conformi a norme di diritto oggettivo..., ma in quanto comprese nei moduli predisposti dagli istituti di credito, in conformità con e direttive dell'associazione di categoria, in suscettibili di negoziazione individuale e la cui sottoscrizione costituisce al tempo stesso presupposto indefettibile per accedere ai servizi bancari. Atteggiamento psicologico ben lontano da quella spontanea adesione a un precetto giuridico in cui, sostanzialmente, consiste l' *opinio iuris ac necessitatis* ». A seguire, Cass., 30 marzo 1999, n. 3845, in *Banca borsa e tit. credito*, 1999, II, 389, che ha confermato la natura non normativa dell'uso. Da ultimo, Cass., 17 aprile 1999, n. 3845, in *Foro it.*, I, c. 1429. La Corte Suprema è stata peraltro preceduta da alcuni giudici di merito: Trib. Monza, 23 febbraio 1999, in *Cor. Giur.*, 1999, 5, 561; Trib. Roma, 22 giugno 1987, in *Foro it.*, 1988, I, 1720.

In linea con la Corte, L. Panzani, *Credito bancario e capitalizzazione degli interessi*, in *Questione Giustizia*, 1999, 554; V. Carbone, *Interessi anatocistici tra interventi giurisprudenziali, salvataggi normativi e questioni di costituzionalità*, cit. L'iter logico ed interpretativo seguito dalla Cassazione, nella prima delle tre pronunzie, è stato invece criticato da M. Porzio, *Rilievi critici sulle recenti sentenze della Cassazione in materia di anatocismo*, in *Banca borsa e tit. credito*, 1999, II, 650 ss. L'Autore rileva, in particolare, l'errore commesso dalla Corte nell'individuare la data di introduzione della capitalizzazione trimestrale nel 1952. In realtà, essa risulta affermata già nelle *Norme che regolano i conti correnti di corrispondenza* approvate dalla *Confederazione generale bancaria fascista* nel gennaio del 1929, Circ. 7 gennaio 1929, prot. N. 30. Sul punto vedi anche G. Cabras, *Conto corrente bancario e anatocismo tra diritto e pregiudizio*, in *Bancaria*, 1999, 38 ss. M. Porzio, peraltro, cita anche il *Trattato di tecnica bancaria*, 2° ed., P. D'Angelo,

movendo dall'assunto che l' *opinio iuris ac necessitatis*, quale elemento costitutivo dell'uso normativo, consiste nella adesione spontanea ad un precetto giuridico, ha rilevato che la disparità di forza contrattuale a favore delle banche esclude senz'altro la spontaneità dell'adesione. E sulla scorta di questo *iter*, ha accertato la non sussistenza di un uso anatocistico nell'ambito dei contratti bancari, dichiarando conseguentemente nulla la clausola di capitalizzazione trimestrale e, quindi, la relativa Norma bancaria uniforme.

Questa pronuncia ha dunque dichiarato *ex abrupto* illecita la clausola anatocistica, rilevando la erroneità dell'orientamento sino ad allora espresso. Tuttavia, per quanto innovativa in giurisprudenza, essa si inserisce in un clima che, sul piano legislativo, già dava i primi segnali di cambiamento e di evoluzione del sistema, nel senso di una maggiore attenzione per la parte debole del contratto e del riconoscimento del diritto di tutela avverso il prepotere contrattuale degli operatori²²². Si pensi alla disciplina della trasparenza bancaria, all'introduzione della disciplina dettata in tema di contratti del consumatore, ma anche all'attenzione al problema dell'anatocismo prestata dalla stessa Banca d'Italia, che, in qualità di Autorità Antitrust, nel 1994 aveva stabilito che le modalità di computo degli interessi dovessero essere rimesse alla pattuizione delle parti²²³.

La pronuncia dunque, rivela una sensibilità nuova ma attuale, e non solamente sotto il profilo strettamente applicativo, ma anche sotto quello più generale del rapporto banca- cliente. La Corte denuncia infatti il prepotere contrattuale delle banche, del quale ha invalidato uno dei corollari di maggiore rilievo, così adeguandosi al "nuovo corso" legislativo, ma anche e prima di tutto culturale, che ha caratterizzato gli anni novanta.

del 1917, ove si parla di «interessi capitalizzati a debito del cliente, in fine semestre o trimestre». In senso critico anche Ferro- Luzzi, *Una nuova fattispecie giurisprudenziale, «l'anatocismo bancario», postulati e conseguenze*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 5; G. Gabrielli, *Capitalizzazione trimestrale degli interessi attivi ed usi creditizi*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 443.

²²² V. Carbone osserva che la svolta della Cassazione «E' solo la punta dell'iceberg», *Interessi anatocistici tra interventi giurisprudenziali, salvataggi normativi e questioni di costituzionalità*, cit., 1461.

²²³ Con riguardo alla Norma bancaria che prevedeva la doppia velocità della capitalizzazione-trimestrale per i tassi passivi, annuale per quelli attivi- la Banca d'Italia, nella veste di Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel settore bancario, con il provvedimento antitrust n.12 del 3 dicembre 1994, ha approvato, a fronte della eccessiva uniformità delle operazioni bancarie, un nuovo testo dell'anatocismo bancario, rendendone obbligatoria la adozione da parte dell'A.B.I.. Secondo il nuovo art. 7 Nub c/c di corrispondenza: «I conti che risultino anche saltuariamente debitori vengono chiusi contabilmente con la periodicità pattuita ed indicata nel modulo allegato...gli interessi sono riconosciuti al correntista o dallo stesso corrisposti nella misura pattuita e indicata nel modulo allegato e producono a loro volta interessi nella stessa misura», in *Dir. Banca*, 1995, II, 88 ss.

La posizione assunta dalla giurisprudenza di legittimità sulla clausola anatocistica quale definita dall'A.B.I., ha trovato un riscontro sul piano legislativo. Alle pronunzie della Corte è infatti seguito un intervento “correttivo”²²⁴, che, da un lato, ha attribuito all'anatocismo bancario autonomo rilievo normativo e, quindi, validità. Dall'altro lato, ha eliminato i profili di vessatorietà che lo connotavano, riconducendolo ad equità. Il Governo, nell'ambito dell'esercizio della delega conferita dalla l. 128/98, atta a correggere ed integrare il d.lgs. 385/93, ha infatti inserito, all'interno del d. lgs. del 4 agosto 1999, n. 342, l'art. 25, con il quale ha attribuito dignità di norma di legge alla clausola anatocistica, prevedendo altresì una disciplina transitoria²²⁵.

L'art. 25, d.lgs. 342/1999 è intervenuto sull'art. 120 T.u.b., modificandone la rubrica ed inserendo un nuovo comma.²²⁶ La nuova disciplina così introdotta “ha munito di base legislativa l'anatocismo bancario”²²⁷, rimettendo al CICR la determinazione delle modalità e dei criteri per la produzione di interessi sugli interessi, con il vincolo di assicurare la medesima periodicità di capitalizzazione degli interessi attivi e di quelli passivi, sì da escludere il rischio in ordine alla adozione, da parte delle banche, della cadenza a doppia velocità, ossia, trimestrale per quelli passivi, annuale per quelli attivi. In particolare, la deliberazione emanata dal CICR ha ricondotto la clausola di capitalizzazione al *genus* delle condizioni generali di contratto, ed ha stabilito che essa deve essere espressamente prevista dal contratto e specificamente sottoscritta da parte del cliente, risultandone esclusa l'inserzione automatica²²⁸. La clausola deve inoltre indicare la periodicità di capitalizzazione ed il tasso applicato. Nell'ipotesi in cui la periodicità sia annuale,

²²⁴ L'intervento legislativo è stato criticato da P. Shlesinger, *Ma l'intervento del legislatore non arginerà le controversie*, in *Sole 24 ore*, 6 ottobre 1999.

²²⁵ D.lgs. 4 agosto 1999, n. 342, *Modifiche al d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385*, pubbl. in G.U., 4 ottobre 1999, n. 233, in esecuzione della l. delega 24 aprile 1998, n. 128.

²²⁶ L'art. 25, d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342, prevedeva che l'originaria rubrica dell'art. 120 T.u.b. fosse sostituita con “Decorrenza delle valute e modalità di calcolo degli interessi”; attribuiva al CICR la competenza a stabilire le modalità ed i criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria con la previsione che, in ogni caso, nelle operazioni in conto corrente fosse assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori che creditorie. Il CICR ha adottato la deliberazione in data 9 febbraio 2000, in G.U. del 22 febbraio 2000, n. 43, entrata in vigore il 22 aprile 2000.

²²⁷ L'espressione è di A. Palmieri, R. Pardolesi, *L'anatocismo bancario e la bilancia dei Balek*, nota a Cass., 4 novembre 2004, n. 21095, in *Foro it.*, 2004, I, 3295.

²²⁸ La deliberazione è stata emanata in data 9 febbraio 2000 ed è entrata in vigore il 22 aprile 2000.

deve essere indicato il valore del tasso su base annua e tenuto conto degli effetti della capitalizzazione²²⁹.

L'intervento legislativo ha quindi regolato l'anatocismo sia sotto il profilo formale, attraverso la previsione della specifica sottoscrizione della relativa clausola da parte del cliente, sia sotto quello sostanziale, prescrivendo imperativamente che la periodicità della capitalizzazione degli interessi attivi e passivi, comunque definita in sede amministrativa, deve essere la medesima. Il che ha eliminato lo squilibrio sistematico tra le posizioni contrattuali della banca e del cliente, ingenerato dalla periodicità a doppia velocità sino a quel momento vigente.

Tuttavia, il problema dell'anatocismo bancario non è stato risolto in via definitiva, dall'intervento legislativo. Secondo la formulazione originaria dell'art. 25, d.lgs. 342/1999, questa disciplina ha trovato infatti applicazione solamente per i contratti stipulati a partire dalla data di entrata in vigore della deliberazione del CICR, ossia a decorrere dal 22 aprile 2000. La *vexata questio* è dunque rimasta aperta, per qualche anno ancora, con riguardo ai contratti stipulati anteriormente.

Invero, per questi, era prevista una disciplina transitoria, che pareva diretta a "far rientrare dalla finestra ciò che era stato fatto uscire dalla porta". Anche sulla scorta delle reazioni da parte del mondo bancario e della possibilità della ripetizione da parte della clientela, delle somme riscosse sino a quella data dalle banche a titolo anatocistico²³⁰, il comma tre dell'art. 25, d.lgs. 342/99, conservava infatti l'efficacia e la validità delle clausole di anatocismo stipulate prima della entrata in vigore della delibera CICR, che prevedevano la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, quale definita in seno all'A.B.I.²³¹.

Come è noto, la previsione è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Consulta²³². A fronte del vuoto legislativo che ne è risultato, la giurisprudenza di

²²⁹ È inoltre vietato l'anatocismo nella fase successiva alla chiusura del conto corrente, e nelle operazioni di finanziamento con piano di rimborso rateale, rispetto agli interessi maturati sulle singole rate insolute o sull'importo complessivo dovuto in caso di risoluzione del contratto.

²³⁰ Così, A. A. Dolmetta, *Le nuove modifiche al testo unico bancario, Commentario al d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342*, Milano, 2000, 93.

²³¹ Il comma tre dell'art. 25, d.lgs. 342/1999 disponeva che le clausole relative alla produzione degli interessi sugli interessi maturati, contenute nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera di cui al secondo comma, ossia del CICR, fossero valide ed efficaci fino a tale data e, dopo di essa, dovessero essere adeguate al disposto della menzionata delibera, che avrebbe stabilito anche i tempi ed i modi dell'adeguamento. In difetto dell'adeguamento, si prevedeva la inefficacia delle clausole, la cui attivazione era rimessa al cliente in via esclusiva.

²³² L'art. 25, comma tre, d.lgs. 342/1999, nella parte in cui affermava la validità delle clausole anatocistiche contenute in contratti stipulati prima della data di entrata in vigore della deliberazione del CICR, così sanando le clausole preesistenti, per tutto il periodo della loro efficacia, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 76 Cost., Corte cost., 17 ottobre

legittimità ha continuato nel solco della nullità delle clausole di anatocismo inserite all'interno dei contratti di conto corrente preesistenti, in quanto non qualificabili quali usi normativi²³³. Peraltro, tale invalidazione è stata estesa al contratto di mutuo²³⁴. Sulla materia hanno altresì operato gli strumenti di tutela introdotti dalla disciplina dei contratti del consumatore. Alcuni tribunali hanno infatti attivato il mezzo inibitorio avverso l'uso della clausola di capitalizzazione trimestrale²³⁵, quale definita dall'A.B.I.

Il problema della disciplina applicabile ai contratti già in essere alla data di entrata in vigore della deliberazione del CICR, ha trovato definitiva soluzione in un intervento della Corte Suprema del 2004. Più specificamente, delle Sezioni Unite, che, nell'ultimo atto di questo tortuoso percorso, si sono spinte sino a considerare l'ammissibilità di una efficacia retroattiva delle decisioni con le quali la Cassazione, a sezioni semplici, ha negato, nel 1999 *ex abrupto*, l'esistenza di un qualche uso anatocistico rispetto alla capitalizzazione trimestrale.

2000, n. 425, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2001, II, 1. In particolare, la Corte ha affermato: «Per quanto ampiamente possono interpretarsi tra le finalità di “integrazione e correzione” perseguite dal legislatore delegante, nonché i principi ed i criteri direttivi posti a base del T.U. bancario, è certamente da escludersi che la predetta delega legittimi una efficacia retroattiva e genericamente valicante, sia pure nell'esercizio del potere di armonizzazione di tale Testo unico con il resto della normativa di settore. La norma denunciata, difatti, distingue tra contratti ed effetti contrattuali anteriori o posteriori alla data della propria entrata in vigore, stabilisce, con formula tipica delle norme di generale sanatoria (“sono valide ed efficaci”), una indiscriminata validità temporanea delle clausole anatocistiche bancarie contenute in contratti stipulati anteriormente all'entrata in vigore della prevista deliberazione del CICR, prescindendo dal tipo di vizio da cui sarebbero viziate e da ogni collegamento con il T.U. bancario che non sia meramente discrezionale...L'indeterminatezza della fattispecie di cui al comma 3 dell'art.25 del d.lgs. n.342/1999 non consente di ricondurre la denunciata norma nell'ambito dei principi e dei criteri della legge di delegazione...Esclusa, pertanto, la possibilità di una interpretazione adeguatrice delle legge delegata alla legge delegante, deve concludersi- indipendentemente da ogni considerazione sulla ragionevolezza intrinseca della norma denunciata- e restando assorbito ogni altro profilo delle sollevate questioni – che la norma viola l'art. 76 della Costituzione ». La Corte ha quindi ha argomentato sia sul piano formale, sia su quello sostanziale.

²³³ Così, Cass., 4 maggio 2001, n. 6263, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Interessi*, n. 84; Cass., 6 dicembre 2002, n. 17338, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Interessi* n. 81. Di orientamento opposto, alcune decisioni della giurisprudenza di merito. Tra queste, si vedano Trib. Napoli, 18 gennaio 2002, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Interessi*, n. 95; Trib. Roma, 9 maggio 2001, in *Rep. Foro it.*, 2001, 2989.

²³⁴ Cass., 20 febbraio 2003, n. 2593, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2003, II, 505, che ha affermato la non sussistenza di un uso anatocistico trimestrale in rapporto all'operazione di mutuo bancario.

²³⁵ Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *Rep. Foro it.*, 2000, I, 2045, che ha inibito, *ex art.* 1469 *sexies* c.c., l'uso nei rapporti negoziali con i consumatori, delle clausole contenute nelle condizioni generali di contratto, ovvero predisposte da un'associazione di imprese, con le quali si stabilisce che i conti risultanti anche saltuariamente debitori vengano chiusi con periodicità trimestrale, mentre gli interessi attivi siano accreditati a fine anno, e che gli interessi riconosciuti al correntista o dallo stesso corrisposti producono a loro volta interessi. Vedi anche Trib. Milano, 15 settembre 2004, in *Foro it.*, 2004, I, che ha inibito la banca convenuta, alla quale i clienti consumatori chiedano la restituzione delle somme indebitamente percepite a titolo di anatocismo, fino al 22 aprile 2000, di opporre un rifiuto fondato sulla legittimità della clausola. Così, anche Trib. Torino, 17 dicembre 2002, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Consumatori e utenti*, n. 29.

Le Sezioni Unite hanno cioè dichiarato la retroattività dell'accertamento di nullità delle clausole anatocistiche, operando un *revirement* delle sentenze della “primavera” del 1999²³⁶. Le argomentazioni addotte riguardano ancora la insussistenza, rispetto alla clausola dell'anatocismo inserita dalle banche sino al 1999, degli elementi costitutivi dell'uso normativo. Quello soggettivo, il convincimento, cioè, che un dato comportamento costituisca un obbligo giuridico; e quello materiale, ossia la ripetizione qualificata del comportamento. *In primis*, stante la maggiore forza contrattuale di cui le banche dispongono, che viene dunque nuovamente denunciata, la clausola anatocistica non è negoziata né negoziabile, ma inserita nell'ambito delle condizioni generali di contratto, sulla base della “regola del prendere o lasciare”²³⁷. L'alternativa alla sua mancata accettazione da parte del cliente è l'impossibilità di accedere ai servizi bancari, e ciò esclude che tale clausola possa essere ricondotta alla categoria degli usi normativi, sembrando piuttosto qualificabile come uso negoziale²³⁸. In secondo luogo, le decisioni del 1999 si inseriscono in un periodo di evoluzione normativa in favore del consumatore e del cliente bancario. La maggiore consapevolezza della parte contrattuale debole, e la concreta tutela di cui concretamente è stata dotata, rendono necessario tale *revirement*²³⁹.

Sulla scorta della decisione della Corte, le clausole conformi alla disciplina dettata dalle Norme bancarie uniformi, ossia inserite all'interno dei contratti di conto corrente prima del 22 aprile 2000, data di entrata in vigore della deliberazione del CICR, sono risultate nulle, per violazione dell'art. 1283 c.c., conseguendone il diritto per i clienti alla ripetizione delle somme indebitamente riscosse dalle banche a titolo di anatocismo.

²³⁶ Cass., Sezioni Unite, 4 novembre 2004, n. 21095, in *Foro it.*, 2004, I, 3294.

²³⁷ Vedi il commento di B. Inziatri, *Le sezioni unite e il divieto di anatocismo: l'asimmetria contrattuale esclude la formazione dell'uso normativo*, in *Banca, borsa e tit. credito*, I, 2005, 446. In particolare, l'Autore rileva che il principio che emerge dalla pronuncia delle Sezioni Unite è che «nella società contemporanea e nel sistema del codice civile non vi è spazio per la formazione di usi normativi in presenza di una contrattazione realizzata attraverso condizioni generali di contratto», 453.

²³⁸ In accordo con la esclusione della dignità dell'uso normativo alla prassi bancaria è A. A. Dolmetta, *Il divieto di anatocismo per le banche dalla gestione del pregresso ai rapporti attuali. Per un uso laico della «certezza del diritto»*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2005, II, 132.

²³⁹ G. Minervini, P. Dalmartello, *Stralcio della Memoria Conclusionale prodotta nell'interesse della banca ricorrente*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2005, II, 127. Gli Autori osservano come le Sezioni Unite, rispetto alle pronunzie del 1999, rilevano la circostanza che il mutamento di indirizzo non tradisce la confessione di un errore protrattosi per un ventennio, ma, appunto, il cambiamento dello scenario. Sino a che il prepotere della banca, del quale l'anatocismo è un corollario, non è stato patito dal cliente, la Cassazione non lo ha rilevato. Solo a seguito della “ribellione di massa” da parte della clientela, la Corte ha inteso invalidare l'anatocismo, adeguando così il proprio indirizzo al nuovo scenario sociale.

3. La specialità della disciplina del credito al consumo

La collocazione sistematica e la previsione espressa dell'art. 115, comma 3, T.u.b., estendono la normativa sulla trasparenza al rapporto di credito al consumo per gli aspetti non diversamente disciplinati, quale già definito dalla legge n. 142 del 1992, emanata in attuazione delle direttive CEE n. 87/102 del 22 dicembre 1986 e 90/88 del 22 febbraio 1990- che ha modificato la precedente.

Il legislatore del Testo Unico ha inteso dedicare alla materia un Capo autonomo, il II, in considerazione della sua duplice specialità. Duplice in quanto, da un lato, la normativa dettata in tema di credito al consumo è rivolta esclusivamente ad un determinato tipo di operazioni poste in essere da una specifica categoria, quella del *consumatore* del credito, non già al generico cliente bancario. Dall'alto lato, la tutela accordata a questo soggetto non resta sul piano dell'informazione e della conoscenza dei termini contrattuali, che pure risulta rafforzata rispetto a quella fornita dalla generale disciplina della trasparenza, ma tende anche a realizzare, in via diretta, il riequilibrio delle posizioni contrattuali. Siffatta specialità, peraltro, assume un valore non solo in sé, ma più generale, ancora nel solco di quell'evoluzione culturale di cui si è detto nei paragrafi precedenti, e che ha accompagnato lo sviluppo dei mercati e della contrattazione. Attraverso la disciplina del credito al consumo, infatti, la figura del consumatore riceve, per la prima volta nel nostro ordinamento, un riconoscimento giuridico, al quale è sottesa l'istanza di regolamentazione di una materia in espansione e fino a quel momento sfornita di autonoma disciplina²⁴⁰, ma anche quella di protezione della parte debole del rapporto contrattuale, e perciò meritevole di essere tutelata.

L'art. 121 del T.u.b. definisce il credito al consumo come una concessione di credito nell'ambito dell'attività commerciale, o comunque professionale, a favore di un consumatore, ossia di colui che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta. Sotto il profilo oggettivo, quindi, la norma non fornisce la definizione del contratto ma dell'attività, e la

²⁴⁰ L. Pedretti, *Il credito al consumo nella nuova legge bancaria*, in *Disc. Comm.*, 1994, I, 316 rileva che «...L'Italia assisteva anche ad un crescente sviluppo del mercato del credito al consumo, caratterizzato prevalentemente dalla espansione massiccia di intermediari non bancari di ogni genere e dimensione (finanziarie, brokers, agenti, subagenti, ecc.), e solo gradualmente il sistema bancario si avvicinava a questo settore, direttamente o tramite società controllate. Il settore era peraltro completamente deregolato».

vincola alla sussistenza del requisito della professionalità, quale inteso e delineato con riguardo alla definizione di imprenditore *ex art.* 2082 c.c., nel diritto commerciale²⁴¹. Diversamente dalla direttiva comunitaria, ne riserva l'esercizio alle banche, agli intermediari finanziari ed ai soggetti autorizzati alla vendita di beni o servizi nel territorio della Repubblica, nella sola forma della dilazione del pagamento del prezzo²⁴². Resta in ogni caso sottratta al regime di tutela una serie di attività rispetto alle quali esso risulta soverchio, stante la gratuità, o l'adeguatezza della disciplina del relativo contratto²⁴³.

Oltre al presupposto oggettivo della attività professionale, circoscrive l'ambito di applicazione un presupposto soggettivo: la non professionalità del soggetto tutelato. La qualificazione di consumatore del credito, e, quindi, il beneficio della relativa protezione, si configura al ricorrere della natura di persona fisica e del carattere, appunto, non professionale dell'attività eventualmente svolta²⁴⁴.

Nella compresenza di tali due requisiti il legislatore ha quindi individuato lo *status* di contraente debole, alla cui esclusiva tutela la disciplina del credito al consumo è diretta. Invero, a siffatta delimitazione sono state mosse critiche numerose ed autorevoli, sul presupposto che sarebbe stato preferibile ammettere al regime tutelare anche il professionista e, soprattutto, le persone giuridiche quali le associazioni di categoria²⁴⁵. Tuttavia, il legislatore comunitario e, conformemente, quello nazionale, hanno inteso delimitare il campo della materia attraverso la

²⁴¹ Al riguardo, R. Costi, *L'ordinamento bancario*, cit., 630, rileva che la disciplina dettata in materia di credito al consumo trova applicazione solo quando l'attività sia esercitata professionalmente, da parte dei soggetti ai quali essa è riservata. Diversamente, una isolata concessione di credito non è idonea ad attivare il regime definito dal Capo II.

²⁴² Con riguardo agli intermediari finanziari, diversamente da quanto previsto dalla l. 142/ 1992, il T.u.b. non subordina l'esercizio dell'attività di credito al consumo ad una espressa previsione statutaria. Mentre la relazione al T.u.b. stabilisce che l'autorizzazione alla vendita dei beni e servizi deve ritenersi del tutto coincidente con la licenza di commercio.

²⁴³ Ai sensi dell'art. 121 comma 3, T.u.b., sono escluse dall'ambito di applicazione della disciplina a) i finanziamenti di importo rispettivamente inferiore e superiore ai limiti stabiliti dal CICR, ossia di importo minimo; b) i contratti di somministrazione *ex artt.* 1559 ss. c.c., purché stipulati preventivamente in forma scritta e consegnati contestualmente in copia al consumatore; c) i finanziamenti rimborsabili in un'unica soluzione entro diciotto mesi, con il solo eventuale addebito di oneri non calcolati in forma di interesse, purché previsti contrattualmente nel loro ammontare; d) i finanziamenti privi, direttamente o indirettamente, di corrispettivo di interessi o di spese vive sostenute e documentate, e) i finanziamenti destinati all'acquisto ed alla conservazione di un diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o da edificare, ovvero all'esecuzione di opere di restauro o di miglioramento; f) i contratti di locazione a condizione che in essi sia prevista l'espressa clausola che in nessun momento la proprietà della cosa locata possa trasferirsi, con o senza corrispettivo, al locatario.

²⁴⁴ Sul consumatore, vedi per tutti G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Roma- Bari, 1999, 60 ss.

²⁴⁵ La letteratura sul punto è vasta. Tra gli altri, vedi Oppo, *Presentazione*, in *La disciplina del credito al consumo*, a cura di Capriglione, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 15, Roma, 1987; Roppo, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, in *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, a cura di Cesaro, Padova, 1994, 83.

fissazione di paletti che garantiscono il principio della certezza del diritto e delle posizioni negoziali, seppure “lascino fuori” un novero di soggetti senz’altro svantaggiati rispetto alla banca concedente, o comunque rappresentativi della debolezza contrattuale del consumatore. Ciò, a beneficio della classe debole per antonomasia: il consumatore “civile”. Peraltro, la formulazione letterale dell’art. 121 del T.u.b. ha lasciato spazio ad una interpretazione “ampia”, in base alla quale devono cioè essere ritenuti compresi nell’area di tutela anche i professionisti che accedano al credito per scopi estranei alla propria attività professionale e che, dunque, all’atto del consumo, siano, in sostanza, essi medesimi consumatori²⁴⁶. Mentre per i soggetti ed i rapporti diversi troverà in ogni caso applicazione il sistema di trasparenza dei contratti bancari, nonché la disciplina di diritto comune. Come prima si diceva, la normativa del credito al consumo opera in due sensi: quello della trasparenza, attraverso lo strumento della pubblicità e della informazione contrattuale, e quello della riconduzione ad equilibrio delle posizioni contrattuali²⁴⁷.

In primis, gli obblighi informativi in ordine al contenuto del contratto vengono estesi agli annunci pubblicitari ed alle offerte che siano effettuate con qualsiasi mezzo, *ex art.* 123 T.u.b. L’informazione nella fase preliminare a quella contrattuale risulta dunque rafforzata. In particolare, l’elemento più innovativo risiede nella circostanza che il consumatore deve essere edotto circa il costo totale del finanziamento, attraverso l’indicazione del Tasso Annuo Effettivo Globale, di qui, TAEG, e del relativo periodo di validità, sia *ex ante*, sia all’interno del contratto, del quale questo valore assurge ad elemento essenziale. Il TAEG viene calcolato secondo i criteri stabiliti dal CICR; è espresso in percentuale annua del credito concesso, sì da rendere immediata ed agevole la sua valutazione da parte del consumatore, e deve in ogni caso comprendere tutte le spese accessorie e

²⁴⁶ Il presupposto soggettivo della disciplina del credito al consumo non qualifica, in ogni caso, tale rapporto come credito di scopo. Il contratto, cioè, non individua in positivo lo scopo del finanziamento. Così, G. Oppo, *Presentazione*, cit., 15; R. Costi, *L’ordinamento bancario*, cit, il quale rileva la circostanza che, con riguardo specifico alla fattispecie del credito al consumo che abbia per oggetto l’acquisto di determinati beni o servizi, *ex art.* 124, comma tre, T.u.b., «Al contratto di credito si collega un contratto di fornitura e la causa di quest’ultimo finisce per colorare anche quella del primo», 633.

²⁴⁷ Nel senso del riequilibrio delle posizioni contrattuali vedi A. A. Dolmetta, *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d’Italia*, cit., 34; P. Bontempi, *Diritto bancario e finanziario*, 2006, 208; G. Carriero, *Norme di protezione dell’utente dei servizi bancari e finanziari*, cit., 83; G. Alpa, *La trasparenza delle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore*, cit.

necessarie all'operazione²⁴⁸. Gli oneri esclusi, invece, devono essere oggetto di espressa indicazione all'interno del contratto. Diversamente, il concedente non vanta alcuna pretesa.

La previsione del TAEG, oltre a garantire che il consumatore agisca in modo consapevole, informato e, *rectius*, responsabile, consente la comparazione dell'offerta e, per di più, sotto il profilo economico, ove si consideri che la sua indicazione è obbligatoria già negli annunci pubblicitari e non solo all'interno del contratto, come sopra si diceva.

Con riguardo all'ipotesi di variazione del Tasso, l'art. 124, comma 2, vincola la validità dell'eventuale modificazione a quanto definito in sede di negoziazione con il cliente, stabilendo che il contratto deve contenere il «dettaglio delle condizioni analitiche secondo cui il TAEG può essere modificato».

Ancora, il contratto deve indicare il numero, gli importi e la scadenza delle singole rate; le eventuali garanzie e coperture assicurative richieste al consumatore e non incluse nel TAEG²⁴⁹. Il consumatore non può essere gravato di somme che non siano state espressamente previste nel contratto, mentre le clausole che rinviano agli usi per la determinazione delle condizioni economiche sono nulle e si considerano non apposte.

Il legislatore ha altresì definito un sistema di sostituzione ed integrazione in ipotesi di assenza o nullità delle clausole ai sensi dell'art. 124 T.u.b. Con particolare riguardo al TAEG, ove esso non sia indicato, si intende equivalente al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze. In ipotesi di silenzio sulla durata del credito, si intende a trenta mesi, mentre nessuna garanzia è costituita in favore del finanziatore, se non indicata.

²⁴⁸ Secondo il decreto del Ministro del Tesoro dell'8 luglio 1992, nel TAEG sono inclusi: il rimborso del capitale ed il pagamento degli interessi; le spese di istruttoria ed apertura della pratica relativa alla concessione di credito; le spese di riscossione dei rimborsi e di incasso delle rate; le spese per le assicurazioni o garanzie imposte dal creditore; il costo dell'attività di mediazione svolta da terzi; le altre spese contemplate dal contratto. Non devono, invece, essere computate le somme che il consumatore deve pagare per l'inadempimento di un qualsiasi obbligo contrattuale, inclusi gli interessi di mora; le spese, diverse dal prezzo di acquisto, a carico del consumatore, indipendentemente dal fatto che si tratti di un acquisto in contanti o a credito; le assicurazioni non imposte dal creditore. In G. U. del 20 luglio 1992, n. 169. Il decreto è stato modificato ed integrato dal D. M. 6 maggio 2000, in G. U. 29 maggio 2000, n.123, il quale ha inciso sulla formula del TAEG con riguardo al computo degli intervalli di tempo; alla necessaria indicazione che deve accompagnarsi a quella del TAEG, del parametro temporale specificamente utilizzato; alle modalità di approssimazione della cifra risultante dal calcolo.

²⁴⁹ Nell'ipotesi in cui il contratto ha ad oggetto l'acquisto di determinati beni o servizi, esso deve contenere: la descrizione analitica dei beni o servizi; il prezzo di acquisto, le condizioni per il trasferimento della proprietà se non immediato, *ex art.* 124 comma 4, T.u.b.

Come prima si diceva, il Capo dedicato alla disciplina del credito al consumo contiene anche alcune disposizioni che realizzano in via diretta il riequilibrio delle posizioni contrattuali. Il riferimento è all'art. 125 T.u.b., rubricato, *Disposizioni varie a tutela del consumatore*. La norma amplia la tutela accordata al consumatore, da un lato limitando la specialità della disciplina attraverso l'estensione ai contratti «a fronte dei quali sia stato concesso un diritto reale di garanzia sul bene acquistato con il denaro ricevuto in prestito», dell'art. 1525 c.c. In tema di vendita con riserva della proprietà, esso stabilisce che «Nonostante il patto contrario, il mancato pagamento di una sola rata, che non superi l'ottava parte del prezzo, non dà luogo alla risoluzione del contratto, e il compratore conserva il beneficio del termine relativamente alle rate successive». Con la specificazione che l'ottava parte del prezzo deve essere rapportata al finanziamento complessivo concesso al consumatore, comprensivo del suo costo²⁵⁰.

Il credito garantito risulta dunque ammesso a beneficiare della disciplina codicistica. Resta fuori dall'ambito di applicazione quello che, diversamente, non sia assistito da alcuna garanzia. In questa ipotesi si esclude, comunque, che il consumatore sia sottoposto al regime di diritto comune, operante in caso di inadempimento contrattuale. Piuttosto, questi potrà attivare il sistema di tutela definito dalla disciplina dei contratti del consumatore, atteso che l'eventuale previsione di risoluzione del contratto per il mancato pagamento di una rata di mutuo, integra senz'altro una clausola vessatoria e, quindi, nulla, ai sensi dell'art. 36 c. consumo.

Se da un lato, l'art. 125 T.u.b. rinvia alla disciplina codicistica, dall'altro lato, esso vi deroga stabilendo che, in ipotesi di cessione del credito, il consumatore può opporre al cessionario le eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente, ivi compresa la compensazione, ciò che è escluso dall'art. 1248 c.c.²⁵¹ Pare quindi indubbio che il sistema dell'art. 125 T.u.b., sia nel rinviare al diritto comune, sia nel derogarvi, opera nel senso di ampliare i mezzi di tutela attivabili dal consumatore.

Infine, l'art. 125, comma 2, T.u.b., riconosce al consumatore, in via esclusiva, la facoltà di adempiere in via anticipata o di recedere dal contratto senza penalità e,

²⁵⁰ In tal senso, G. De Nova, *Disposizioni varie*, in *La nuova legge bancaria il T. U. delle leggi sulla intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione, commentario*, t. III, cit., 1877.

²⁵¹ L'art. 1248 c.c. così dispone: «1. Il debitore, se ha accettato puramente e semplicemente la cessione che il creditore ha fatta delle sue ragioni a un terzo, non può opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente. 2. La cessione non accettata dal debitore, ma a questo notificata, impedisce la compensazione dei crediti sorti posteriormente alla notificazione».

peraltro, nella prima ipotesi, gli riconosce il diritto ad una equa riduzione del costo del finanziamento²⁵².

La attuale formulazione dell'art. 125 T.u.b. si chiude con questa previsione, atteso che gli ultimi due commi sono stati abrogati dal d.lg. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del Consumo) e riprodotti all'interno dello stesso Codice, all'art. 42. Ciò muove ad alcune considerazioni ancora. I commi quarto e quinto dell'art. 125 T.u.b. avevano infatti ingenerato dubbi e perplessità in dottrina, in ordine alla loro efficacia rimediabile a favore del consumatore. In considerazione della scelta del legislatore del Codice di riprodurre fedelmente ed integralmente queste disposizioni, i medesimi dubbi e le medesime perplessità sono oggi riferibili all'art. 42 c. consumo²⁵³. In particolare, la norma dispone che: «Nei casi di inadempimento del fornitore di beni e servizi, il consumatore che abbia effettuato inutilmente la costituzione in mora ha diritto di agire contro il finanziatore nei limiti del credito concesso, a condizione che vi sia un accordo che attribuisce al finanziatore l'esclusiva per la concessione di credito ai clienti del fornitore». Inoltre, estende la responsabilità del finanziatore al terzo, cui il finanziatore medesimo abbia ceduto i diritti derivanti dal contratto di concessione del credito. Il sistema pone così in capo al finanziatore ed al terzo una responsabilità sussidiaria, che configura una garanzia ulteriore per il consumatore, comunque limitata al credito concesso, con esclusione degli interessi²⁵⁴. Tuttavia, essa sembra arrestarsi sul piano meramente astratto, stante la gravosità della sua attivazione. I presupposti della relativa azione sono infatti individuati nella infruttuosa costituzione in mora, e nell'esistenza dell'accordo preventivo tra finanziatore e fornitore, avente ad oggetto la garanzia, per il primo, di esclusiva sul finanziamento della clientela del secondo. È questo un

²⁵² G. De Nova, *Disposizioni varie*, in *La nuova legge bancaria il T. U. delle leggi sulla intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione commentario*, t. III, cit., 1880, rileva come l'indicazione dell'adempimento anticipato e del recesso sia pleonastico da parte del legislatore, in quanto ambedue «...Comportano la restituzione della somma oggetto del finanziamento, e la liberazione del consumatore dall'obbligo di corrispondere gli interessi. Sicché le due ipotesi si riducono ad unità». Ciò, salvo non si voglia riferire questa disposizione al contratto di credito al consumo in forma di dilazione di pagamento, nel quale il recesso comporta l'interruzione del versamento delle rate e la restituzione del bene, diversamente dall'adempimento anticipato.

²⁵³ G. Alpa, *La trasparenza delle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore*, cit., secondo il quale in assenza dell'accordo il cliente non dispone di alcuna azione, stante la esclusione del rapporto trilaterale tra il finanziatore, il fornitore ed il consumatore e della rapporto diretto tra quest'ultimo ed il fornitore. F. Falco, *Il credito al consumo*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, 638; G. Ferrando, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. com.*, 1991, I, 644. Perplessità sulla fedele trasposizione della disciplina all'interno del Codice del consumo sono state espresse dalla stessa X Commissione della Camera dei Deputati e dal Consiglio di Stato, vedi Relazione accompagnatoria al Codice del Consumo.

²⁵⁴ In tal senso, F. Falco, *Il credito al consumo*, cit., 639.

presupposto difficilmente dimostrabile da parte del consumatore, al quale, quindi, la possibilità di beneficiare di questa forma di tutela resta sostanzialmente preclusa²⁵⁵.

Un regime speciale è previsto ancora per l'ipotesi di apertura di conto corrente non connesso con l'uso di carta di credito, rispetto alla quale la tutela del consumatore è più ampia. In particolare, l'art. 126 T.u.b. dispone, a pena di nullità, che il contratto deve indicare il massimale e la scadenza del credito, ancora le condizioni alle quali il tasso può essere variato, e le modalità di recesso dal contratto.

Sotto il profilo formale, come per quello stipulato *lato sensu* con il cliente, il contratto di credito al consumo deve avere forma scritta, ed una copia deve essere consegnata al consumatore. In mancanza, il contratto è nullo e la relativa dichiarazione può essere attivata solo dal cliente. Invero, la giurisprudenza si è espressa nel senso di rimettere anche al giudice la legittimazione a rilevare la nullità, quando sia protettiva del consumatore, sì da rendere pienamente effettivo il sistema di invalidazione²⁵⁶. È infatti agevole dubitare che il consumatore si attivi per far dichiarare nullo il contratto che gli è necessario per ottenere un finanziamento, come già rilevato con riguardo alla generale disciplina della trasparenza.

Infine, sono comuni alle norme dettate in tema di trasparenza e di credito al consumo la disposizione che ammette la derogabilità della disciplina solo in senso più favorevole al consumatore, e la disciplina del controllo e della vigilanza sulle banche e sugli altri soggetti che svolgono le attività interessate dal sistema del Titolo VI.

4. Profili di autoregolamentazione

4.1 L'equilibrio delle condizioni contrattuali: le Norme bancarie uniformi

Il tema delle Norme bancarie uniformi è stato affrontato anche nell'ambito del primo capitolo, dove si è ricostruito l'iter logico ed interpretativo che ha condotto la dottrina ad inquadrare questa materia nella sfera di operatività della disciplina dettata in tema di condizioni generali di contratto, e sono state rilevate alcune delle distorsioni generate sotto il vigore della legge bancaria del 1936, sia sul piano

²⁵⁵ Vedi G. Carriero, *Trasparenza bancaria*, cit., 359.

²⁵⁶ Pretura di Bologna, 4 gennaio 1999, cit.

privatistico, sia su quello del mercato. È in particolare a quest'ultimo che saranno dedicate le pagine che seguono, nelle quali si tenterà di ricomporre le istanze sottese alle Norme con quelle sottese alla disciplina dettata in tema di concorrenza ed all'ordinamento vigente.

In linea generale, l'attività dell'A.B.I. di predisposizione e raccomandazione degli schemi contrattuali configura la predeterminazione e la uniformazione dei rapporti che le banche instaurano con i clienti. L'uniformazione non è relativa al tipo di contratto che la banca stipuli con la sua clientela, ma assoluta in quanto, rispetto a quel tipo, investe tutti gli operatori.

Le banche hanno dato vita a questo fenomeno nel 1918, al fine di sopperire alla stringatezza della disciplina dei contratti bancari che, infatti, anche nella codificazione del 1942, rinvia ampiamente agli usi²⁵⁷. Ma, sotto il vigore della legge del 1936, le Norme, unitamente agli strumenti di natura legislativa, finirono anche con il contribuire alla stabilizzazione del mercato, giacché la definizione in sede di accordi, prima, ed associativa, poi, ne assicura da sempre l'uniformità. Come si è rilevato nel primo capitolo, la stabilità del sistema creditizio ricopriva il ruolo di principio ordinamentale, in quanto essa garantiva la restituzione dei depositi e, quindi, la continuità dell'afflusso del risparmio ai settori strategici dell'economia nazionale, e le si riconosceva perciò un valore prevalente rispetto ai profili della concorrenza e della competitività. La definizione di schemi contrattuali uniformi, movendosi nel solco tracciato dal legislatore, si riconduceva quindi alla compressione di quei profili, quale legittimata dalla specialità dell'attività bancaria e dalla sua rilevanza pubblica, ed era pienamente coerente con quel sistema di oligopolio amministrato di cui si è diffusamente trattato. Ed infatti, nel sistema previgente, non sono mancate voci a favore delle Norme e degli effetti positivi da queste ingenerati²⁵⁸, mentre i rilievi critici di altra parte della dottrina e della giurisprudenza hanno riguardato più i profili di vessatorietà ad esse connessi e la inadeguatezza della disciplina civilistica a fornire un correttivo, che l'appiattimento dell'offerta che ne è conseguita. Ciò anche in considerazione della circostanza che

²⁵⁷ Sul punto, esprime dubbi G. Galasso, *Contratti bancari uniformi e regole di concorrenza nei provvedimenti della Banca d'Italia*, in *Dir. dell'impresa*, 1995, 576, il quale individua nelle N.b.u. soprattutto l'intento di sottoporre ad una disciplina comune i contratti bancari.

²⁵⁸ In particolare, G. Molle, *La banca nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1980, 127, rilevava che le N.b.u. non erano dirette a privilegiare le banche, ma a facevano parte del sistema di autotutela di una attività legislativamente qualificata di interesse pubblico.

l'attività bancaria non risultava sottoposta alla disciplina antimonopolistica e, dunque, al vaglio in ordine al rispetto delle disposizioni da questa dettate.

Invero, neppure alla estensione al settore bancario degli artt. 81 (*ex* 85) ed 82 (*ex* 86) del Trattato, è immediatamente seguita una rilettura positiva delle Norme alla luce dei principi da essi fissati, tesa cioè a rilevarne il contrasto²⁵⁹. Le fattispecie regolate dalle leggi antitrust comunitarie e nazionali rilevano solo ove pregiudichino la competitività delle imprese, impedendo l'esplicarsi del gioco concorrenziale sul mercato di riferimento. La circostanza che gli accordi, le pratiche concordate o le manifestazioni di volontà delle associazioni di imprese siano qualificabili come intese, non è quindi sufficiente ad integrare l'illecito²⁶⁰. Con particolare riguardo alla definizione di condizioni contrattuali uniformi in seno ad una associazione di imprese, la Commissione, pur avendo riconosciuto la generale violazione da questa integrata, dei principi dettati in tema di concorrenza, ha fondato le proprie decisioni in relazione al caso specifico, ritenendola rilevante solo se riconducibile a distinti accordi di fissazione del prezzo finale, o se ad essa comunque diretta²⁶¹. Al contempo, ha ammesso ai benefici della esenzione *ex* art. 81, comma 3 del Trattato, quelle fattispecie nelle quali ad una restrizione della concorrenza sia corrisposta una utilità generale, fruibile anche da parte dei consumatori-clienti bancari.

Le Norme Bancarie Uniformi rientrano senz'altro nell'ambito di applicazione degli artt. 81 del Trattato e, spostandoci sul piano nazionale, 2, l. 287/90²⁶². Rispetto ad esse, le previsioni dettate in materia di deroghe dagli artt. 81, comma tre, del Trattato e 4, l. 287/1990, sono particolarmente significative, proprio in quanto fissano il loro presupposto applicativo, rispettivamente, nel *progresso (tecnico o)*

²⁵⁹ Vedi la già citata decisione della Commissione UE del 12 dicembre 1986, in G.U.C.E. n. L 43 del 13 febbraio 1987, 15.

²⁶⁰ Così, Corte di Giustizia CE, sent. 27 gennaio 1987, in causa 45/85, *Verband der Sachversicherer*, in *Raccolta della giurisprudenza della Corte*, 1987, 405.

²⁶¹ Commissione, decisione del 13 luglio 1983, in G.U.C.E., n. L 200 del 23 luglio 1983, 44; Commissione, decisione del 30 settembre 1986, in G.U.C.E., n. L 295 del 18 ottobre 1986, 28; Commissione, decisione dell'11 dicembre 1986, in G.U.C.E., n. L del 9 gennaio 1987, 27.

²⁶² Le norme ricomprendono le fattispecie di *accordi tra imprese, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate*, e le sottopongono tutte alla medesima disciplina. Sulla riconduzione ad una di queste tre fattispecie, degli accordi di recepimento delle Norme bancarie uniformi non c'è univocità di vedute. Un autorevole studioso della materia ha rilevato come, in ogni caso, le figure di riferimento siano da individuarsi negli accordi o nelle pratiche. La riconduzione alla decisione di associazione di imprese, infatti, comporterebbe l'impossibilità di considerare coinvolte le singole banche, in quanto destinatario della azione amministrativa sarebbe la sola A.B.I., a prescindere dal carattere vincolante delle Norme. Così, L. Ubertazzi, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, Milano, 1986, 17 ss. E *Ibidem Ancora sulle norme bancarie uniformi e diritto antitrust*, in *Dir. Banc. Merc. Fin.*, 1997, 425, dove l'Autore sostiene che le banche avrebbero dovuto infatti partecipare al procedimento. Nel senso della pratica concordata vedi anche V. Mangini- G. Olivieri, *Diritto Antitrust*, Torino, 2000, 21.

economico e nel più generico *sostanziale beneficio per i consumatori*²⁶³. Entrambe, cioè, individuano nel vantaggio collettivo che consegua all'intesa, il requisito idoneo ad esimere la fattispecie dalla sanzione della nullità. Ma a tale requisito non deve essere data una interpretazione ampia, che ricomprenda cioè qualsivoglia effetto positivo. Diversamente, la generale stabilità del sistema creditizio che le Norme assicurano, ancora le legittimerebbe in ogni caso. Occorre, piuttosto, circoscrivere il presupposto *ex artt.* 81 del Trattato e 4, l. 287/90, ad un beneficio concreto e soprattutto direttamente godibile dal consumatore, tale non essendo la mera stabilità che consegue all'allineamento sistematico dell'offerta delle imprese bancarie. Come già osservato, la stabilità deve essere piuttosto garantita all'interno dell'impresa bancaria, attraverso il controllo sulla solidità patrimoniale e finanziaria, e non attraverso la "cristallizzazione" e l'uniformazione dei rapporti con la clientela.

In ambito nazionale, la Banca d'Italia, nel ruolo di Autorità garante del rispetto della normativa antitrust, che ancora ricopriva *ex art.* 20, comma 2²⁶⁴, è intervenuta sulle Norme bancarie uniformi con il provvedimento n. 12 del 1994²⁶⁵, ingerendosi, così, per la prima volta, nel rapporto banca-cliente²⁶⁶. A seguito di una istruttoria che ha investito tutte le Norme, la Banca ha affermato che «Le disposizioni delle N.b.u. promosse dall'A.B.I., seppure predisposte solo a titolo indicativo, costituiscono intese vietate perché lesive della concorrenza, solo quando fissano condizioni economiche tali da precludere o limitare la possibilità di differenziare in modo significativo il contenuto dei contratti stipulati dalle banche associate con la clientela. L'abuso di posizione dominante collettiva può essere valutato in relazione alla predisposizione ed alla divulgazione da parte dell'A.B.I. di contratti tipo, ma con riferimento ai comportamenti fattuali delle banche sul mercato».

Il provvedimento, pure elevando la tutela del consumatore-contraente debole a rango di principio generale nella definizione delle Norme, fornisce alcuni spunti critici. *In primis*, La Banca d'Italia, correttamente, non ha ritenuto sufficiente l'accertamento della predisposizione di contratti tipo, occorrendo che sia verificato

²⁶³ L'art. 81, comma tre del Trattato, richiama anche il miglioramento della produzione o della distribuzione dei prodotti.

²⁶⁴ L'articolo è stato abrogato dall'art. 19, comma 11, l. 262/05. Le funzioni originariamente riconosciute alla Banca d'Italia sono state così trasferite alla AGCM.

²⁶⁵ Banca d'Italia, Provvedimento n.12 del 3 dicembre 1994, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1995, II, 393 ss.

²⁶⁶ Così, N. Salanitro, *Disciplina antitrust e contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, II, 416.

l'abuso della posizione dominante collettiva²⁶⁷. Tale affermazione è però rimasta sul piano astratto, in quanto ad essa non è seguito un controllo effettivo in ordine al comportamento fattuale delle banche, teso a verificare una condotta abusiva, quale, peraltro, suggerito dall'AGCM in sede di parere²⁶⁸.

La Banca d'Italia si è arrestata all'ambito dell'art. 2, legge antitrust, ed ha ritenuto che le Norme, pur configurando una pratica concordata, non integrano una intesa vietata ove i) non abbiano un carattere vincolante per le banche, ii) non abbiano un contenuto economico, non siano cioè direttamente o indirettamente riconducibili alla fissazione del prezzo, in coerenza con gli orientamenti comunitari. E sulla base di questi requisiti, ha ritenuto lesive della concorrenza le Norme relative alla uniformità dei prezzi e quelle che fissano oneri o obblighi uniformi a carico delle parti, disponendone l'espunzione.

A seguito del provvedimento, l'A.B.I. si è impegnata a riformulare le Norme, e nel maggio del 2000 ha aperto con le Associazioni dei consumatori più rappresentative, tutte facenti parte del Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti, un tavolo di lavoro per la sottoscrizione di protocolli d'intesa sulle Condizioni generali relative al rapporto tra banca e cliente²⁶⁹. Impegno che, peraltro, è proseguito, sino alla sottoscrizione di un nuovo protocollo, nel maggio del 2007, che abbatte le penalità gravanti sulla estinzione anticipata del mutuo²⁷⁰.

²⁶⁷ La Banca d'Italia si richiama alla decisione del Tribunale di Primo Grado delle Comunità, decisione del 10 marzo 1992, *Vetro Piano Italia*, considerando 350.

²⁶⁸ Al punto 32 del provvedimento, l'AGCM, nell'ambito del parere *ex art.* 20, comma terzo, l. 287/90, ha rilevato che «Gli accordi oggetto del presente procedimento potrebbero costituire fattispecie suscettibile di approfondimento sotto l'aspetto dell'abuso di una posizione dominante collettiva, attuata attraverso l'intesa, a danno degli utenti».

²⁶⁹ Protocollo del 24 maggio 2000. I nuovi schemi contrattuali sono stati trasmessi alla Banca d'Italia, allora Autorità garante della concorrenza nel settore bancario, la quale si è espressa con il provvedimento 150/A del 30 maggio 2001 circa eventuali ipotesi di violazione della legge 287/90. Essa ha ritenuto di non avviare l'istruttoria prevista dall'art. 14, comma 1 della legge 287/90, ritenendo che gli schemi negoziali in oggetto siano compatibili con la normativa antitrust.

²⁷⁰ In particolare, il Protocollo del 2 maggio 2007 è stato siglato su previsione dell'art. 7, comma 5, decreto legge Bersani, n. 223 del 4 luglio 2006. Esso dispone che, per i mutui stipulati prima del primo gennaio 2001, a tasso fisso, variabile o misto, per i quali è prevista una penalità pari all'8%, essa non può superare lo 0,50%, mentre per il terzo/ultimo anno scende allo 0,20% e per gli ultimi due anni non è prevista alcuna penalità. In ogni caso è prevista una clausola di salvaguardia che, per le ipotesi di penale già al di sotto dello 0,50%, dispone la riduzione dello 0,20% nel caso di tasso fisso e 0% in caso di tasso variabile. Per i mutui stipulati dopo il primo gennaio 2001 a tasso variabile o misto, la penalità è fissata allo 0,50%, 0,20% e 0% per gli ultimi due anni, salva la clausola di salvaguardia.

Per i mutui a tasso fisso la penalità viene ridotta all'1,9% se l'estinzione anticipata avviene nella prima metà di durata del mutuo, e all'1,5% se nella seconda metà (la penalità scende allo 0,20% ed è a costo zero negli ultimi due anni). Per i mutui a tasso fisso accesi dopo il 2000 con penale pari o superiore all'1,25%, la clausola di salvaguardia è dello 0,25%, se la penale è inferiore, la clausola è, invece, dello 0,15%.

Tuttavia, al di là delle fattispecie indicate, la Banca d'Italia ha ritenuto che la predisposizione delle Norme da parte dell'A.B.I. non rileva ai fini della normativa antitrust, ed ha altresì affermato che l'uniformità che ne consegue «E' da valutare positivamente se favorisce il confronto ed agevola il consumatore nella scelta dell'impresa che offre le condizioni economiche più vantaggiose (Reg. CEE 92/3932)». Il che desta perplessità, atteso che il vantaggio riconducibile alla compressione della concorrenza è elemento estraneo alla fattispecie in esame. La norma, infatti, fonda il divieto dell'intesa sul pregiudizio che al gioco concorrenziale possa recare, a prescindere dai benefici ad essa riconducibili. Questo profilo è al contrario contemplato dall'art. 4, comma 1 l. 287/90, dettato in tema di deroghe al divieto delle intese, come sopra rilevato. Ma la Banca non dispone, appunto, una deroga. Ritiene, piuttosto, che le Norme, in linea generale, non integrano una intesa lesiva della concorrenza ma, semmai, apportano un beneficio per il consumatore²⁷¹. Con riguardo ai due presupposti indicati dalla Banca d'Italia, invece, l'indicazione della non vincolatività degli schemi contrattuali appare vuota di contenuto, essendo indubbio che l'adozione delle Norme definite in seno all'A.B.I. sia, formalmente, solamente suggerita. Ma, di fatto, essa si verifica da parte di tutte le banche²⁷². Peraltro, in sede comunitaria, a tale requisito non è attribuita rilevanza alcuna. Né, ha rilevanza nel diritto consumeristico, dove, in ogni caso, le associazioni di categoria e le camere di commercio possono convenire in giudizio l'A.B.I. e le banche, al fine di ottenere dal giudice l'inibitoria all'uso o alla semplice raccomandazione delle N.b.u. vessatorie, *ex art. 37, c. consumo*.

Anche il presupposto del contenuto economico appare criticabile, atteso che esso non è agevolmente distinguibile da quello non economico, ed, anzi, le clausole difficilmente hanno una valenza puramente negoziale²⁷³. Inoltre, la Banca ha adottato un criterio di individuazione restrittivo rispetto a quello suggerito

Il protocollo ha previsto altresì la costituzione di un Comitato di gestione, composto dai rappresentanti dell'A.B.I. e delle Associazioni dei Consumatori, allo scopo di *monitorare la corretta applicazione dell'accordo, risolvere eventuali questioni interpretative, diffondere i pareri condivisi sulle tematiche trattate*. Il comitato è stato costituito in data 24 maggio 2007 ed è previsto che si riunisca ogni tre mesi.

²⁷¹ Sul punto, G. Galasso, *Contratti bancari uniformi*, cit., 578, rileva che «...Sembra potersi affermare che il provvedimento in esame utilizza sì i principi comunitari, ma in sede di interpretazione della disposizione che vieta le intese e non, come avviene in sede comunitaria, per rendere eventualmente operante la disposizione che consente una deroga a tale divieto».

²⁷² Di avviso contrario l'AGCM, che ha invece rilevato la natura vincolante delle N.b.u.

²⁷³ In tal senso, A. M. Carozzi, *Accordi interbancari e disciplina antitrust comunitaria e nazionale*, Roma, 1998, 9; U. Majello, *Problematiche in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di M. Rispoli Farina, Napoli, 1995, 313 ss.; E. Minervini, *Trasparenza ed equilibrio*, cit., 663.

dall'AGCM, che ha invece ritenuto passibili del divieto tutte le condizioni o clausole suscettibili di valutazione economica²⁷⁴. Il contrasto tra le posizioni assunte dalle due Autorità nella applicazione pratica della normativa antitrust si presta, peraltro, ad altro ordine di considerazioni. Suggestisce cioè che la sottrazione della relativa funzione di vigilanza alla Banca d'Italia e la sua attribuzione alla AGCM, effettuata dalla legge 262 del 31 dicembre 2005, non opera sul piano meramente formale²⁷⁵. Infatti, la Banca, anche nella veste di Autorità antitrust, da sempre attribuisce un valore preminente alla stabilità creditizia, rispetto alla quale ha posto in una posizione di subordine l'obiettivo della concorrenza, come si evince chiaramente anche da questo provvedimento. Ed invero, il conflitto tra i due obiettivi e l'attribuzione di un valore autonomo e paritetico ai profili della competitività hanno trovato una definizione effettiva proprio nella l. 262/05. Basti pensare alla istruttoria avviata dall'AGCM sulla circolare con la quale l'A.B.I. ha interpretato, restringendone la portata, le modificazioni apportate all'istituto del *ius variandi* dall'art. 10 della l. 248/06²⁷⁶. È lecito domandarsi se la Banca d'Italia avrebbe agito con la stessa tempestività.

Il problema della valutazione delle norme bancarie uniformi alla luce dei principi antitrust non si esaurisce nella individuazione di quelle passibili del divieto. Esso incide, infatti, anche sulla sorte dei contratti stipulati dalle banche con i clienti, a valle della adozione delle Norme vietate, in quanto costitutive di una intesa. Si tratta, invero, di una *questio* piuttosto articolata e dibattuta, che non può in questa sede essere esaustivamente analizzata. Si ritiene comunque opportuno dare conto della portata innovativa che, sulla materia, ha avuto la sentenza n. 2207 del 2005, con la quale la Corte Suprema, a sezioni unite, si è pronunciata sulla intesa intercorrente tra alcune imprese assicuratrici, resolvendo la controversia sulla configurabilità della nullità del contratto a valle, derivata dalla invalidazione dell'intesa a monte. Tesi, questa, per lo più respinta sul presupposto della

²⁷⁴ Le clausole che la Banca d'Italia ha ritenuto lesive della concorrenza sono quelle che stabiliscono le date di decorrenza della valuta e le scadenze di capitalizzazione degli interessi; regolano la compensazione volontaria a favore della banca; stabiliscono esoneri di responsabilità a favore della banca; stabiliscono termini di decadenza; fissano termini o modalità per l'esercizio di facoltà o per l'adempimento di obblighi; prevedono il rinnovo negoziale tacito alla scadenza; modificano (in senso sfavorevole al cliente) la disciplina stabilita dal codice civile relativamente alla restrizione dell'azione di regresso ed all'opponibilità delle eccezioni da parte del fideiussore.

²⁷⁵ L'art. 20, comma 5, l. 287/1990, conserva in capo alla Banca d'Italia il potere di autorizzare, d'intesa con l'AGCM, intese restrittive della libertà di concorrenza, non già in ragione del beneficio che al consumatore possa derivare, ma per esigenze di stabilità del sistema monetario. Il che sembra restringere la discrezionalità della Banca d'Italia nel decidere sulla deroga alle intese.

²⁷⁶ AGCM, Provvedimento n. 17046, in Bollettino n.26/2007. Vedi par. 2.3, pag. 90.

insussistenza di un qualche collegamento funzionale tra le due fattispecie, ed altresì, della ispirazione della disciplina antitrust alla tutela degli imprenditori e non, in via diretta, a quella del consumatore²⁷⁷. Queste argomentazioni sono state destituite di fondamento. La Corte, riprendendo le argomentazioni della dottrina minoritaria, ha ampliato l'ambito di operatività della tutela fornita dal diritto antitrust al consumatore, al quale ha riconosciuto la legittimazione ad esercitare l'azione di nullità e di risarcimento *ex art. 33*, comma 2 legge antitrust, individuando nella conclusione del contratto a valle, il momento di realizzazione concreta della funzione illecita dell'intesa anticoncorrenziale. In ragione del collegamento funzionale intercorrente, ha quindi riconosciuto la natura diretta del danno subito anche dal consumatore, in conseguenza del comportamento collusivo delle imprese, ed il suo diritto ad ottenere l'invalidazione del contratto ed il risarcimento²⁷⁸.

4.2. La tutela del cliente: l'ufficio reclami e l'Ombudsman – giuri bancario

Nel settore creditizio, l'autoregolamentazione ricopre un ruolo di particolare rilievo, che è al contempo espressione dell'assetto altamente concentrato e della coesione degli operatori che vi operano. Essa è utilizzata da sempre come strumento di realizzazione e tutela degli interessi della lobby bancaria in materie non ancora disciplinate, talora proprio allo scopo di evitare che il legislatore intervenga con una regolamentazione di rango primario, o di precederlo, e ciò soprattutto ove tali materie involgano diritti e strumenti di tutela della clientela bancaria. Basti pensare che l'emanazione della l. 154/1992 è stata anticipata dall'accordo definito nel 1988

²⁷⁷ S. Fortunato, *I contratti bancari: dalla trasparenza delle condizioni contrattuali alla disciplina delle clausole abusive*, in *Dir. Banc. Merc. Fin.*, 1996, I, 22; Trib. Alba, 12 gennaio 1995, in *Contratti*, 1996, 160, il quale, pure ritenendo astrattamente applicabile la disciplina antitrust alla predisposizione da parte dell'A.B.I. delle norme bancarie uniformi, afferma che la nullità delle stesse non può colpire i contratti stipulati dalle banche con i propri clienti, in quanto non è attraverso tali accordi che si realizza la violazione della disciplina della concorrenza, e che tra i contratti «a monte» e quelli «a valle» non vi possa essere un collegamento funzionale. Di avviso diverso, G. Tucci, *Norme bancarie uniformi e condizioni generali di contratto*, nota a Trib. Alba, in *Contratti*, 1996, 160, che ritiene che «in tanto l'intesa interbancaria può avere effetti distorsivi sulla concorrenza e merita di essere colpita da nullità, in quanto essa realizzi attraverso la conclusione di contratti che danno esecuzione alle intese vietate». Nel senso della incidenza della nullità dell'intesa sulla validità del contratto stipulato a valle, vedi N. Salanitro, *Disciplina antitrust e contratti bancari*, cit., 421, il quale rileva il paradosso che si configurerebbe se le clausole espunte dalle norme perché lesive della concorrenza, restassero valide all'interno dei contratti.

²⁷⁸ Con sentenza 17475/2002, la Corte aveva invece escluso la possibilità, per il consumatore, di agire ai sensi dell'art. 33, legge antitrust, sul presupposto che la tutela della concorrenza fosse rivolta, in via esclusiva, all'imprenditore.

in seno all'A.B.I. sulla trasparenza delle operazioni bancarie, cui le Istruzioni attuative della legge definite dalla Banca d'Italia si sono poi parzialmente attenute²⁷⁹. Si inserisce in questo quadro la istituzione dell'ufficio reclami degli enti creditizi e dell'Ombudsman bancario, a seguito di un accordo definito in seno all'A.B.I. nel 1993, con il quale si è inteso fornire al cliente una via di soluzione delle controversie alternativa a quella della giustizia civile, in ogni caso percorribile, e gratuita²⁸⁰.

All'atto della sua istituzione, a questo sistema poteva accedere, in via esclusiva, il consumatore, ossia il soggetto operante per scopi estranei alla attività professionale eventualmente svolta. Questa iniziativa, infatti, non è stata adottata autonomamente, in ragione della lentezza e delle inefficienze procedurali tutte italiane, ma, piuttosto, ispirata dagli obblighi di derivazione comunitaria, e dai principi generali fissati dalla politica della Comunità europea a tutela del consumatore, rispetto ai quali l'A.B.I. ha presumibilmente inteso precedere l'intervento legislativo. In particolare, l'art. 12 della direttiva 87/102 del 22 dicembre 1986, di riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, ha stabilito che «Gli Stati membri incoraggiano la creazione di organismi atti a ricevere i reclami inerenti ai contratti di credito oppure alle condizioni di credito ed a fornire ai consumatori informazioni o consigli al riguardo».

In linea generale, la risoluzione delle controversie in seno all'Ombudsman bancario azzerava il costo del ricorso, garantisce la tempestività della decisione ed irroga una sanzione *morale*, ossia consistente nella pubblicazione dell'eventuale mancata attivazione da parte della banca a provvedere, sui quotidiani, a spese del ricorrente. A ben guardare, la originaria istituzione di questo sistema a livello di autodisciplina, pur conservando il valore, di per sé rilevante, di strumento alternativo alla giustizia ordinaria, è stata caratterizzata da alcune distorsioni a danno del consumatore-cliente. In particolare, secondo il Regolamento definito dall'A.B.I. nel 1993, nel collegio dell'Ombudsman non comparivano rappresentanti della categoria dei consumatori, ma soggetti operanti, di fatto o di diritto, nell'interesse del ceto

²⁷⁹ Le Istruzioni della Banca d'Italia del 24 maggio 1992 disponevano che il contenuto dell'avviso sintetico relativo alle condizioni praticate per le principali operazioni ed i servizi prestati, da affiggere in ciascun locale aperto al pubblico, doveva attenersi agli schemi divulgati dall'A.B.I., in allegato agli accordi sulla trasparenza.

²⁸⁰ Circolare A.B.I. n. 3 del 1° febbraio 1993. Il sistema è stato ispirato a quello svedese, il quale prevede un organo indipendente dalle parti in conflitto.

bancario²⁸¹. Sicché al vantaggio della celerità e della gratuità di questo sistema, rispetto alla lentezza ed ai costi del processo, spesso esorbitanti il contenuto economico della lite, corrispondeva il limite della parzialità della composizione dell'Ombudsman. Inoltre, la sottoscrizione dell'accordo, alla quale, pure, era ammesso ogni ente creditizio operante in Italia anche se non associato all'A.B.I., era pur sempre rimessa alla facoltà della banca.

Su questa struttura sono state apportate diverse modificazioni, tese, appunto, a riequilibrare la composizione collegiale dell'Ombudsman ed ad ampliarne l'ambito di applicazione. Il nuovo Regolamento, emanato dall'A.B.I. nel 2006²⁸², prevede ancora che il reclamo sia presentato all'apposito Ufficio, presso la banca, che deve evadere la richiesta nel termine di sessanta giorni. Nella ipotesi in cui il reclamo sia fondato, deve altresì indicare i tempi *tecnici* occorrenti alla sistemazione. In ipotesi di rigetto, invece, si accede all'Ombudsman Giurì Bancario, purché il valore della controversia sia non superiore a 50.000 euro- non più a 10.000 euro. Il tetto, dunque, è stato elevato. Tuttavia, la fissazione di un limite monetario lascia pur sempre fuori dall'area di operatività dell'Ombudsman, tutti quei casi in cui il danno subito non sia suscettibile di quantificazione economica²⁸³. L'organo è investito di poteri ispettivi e rende la propria decisione, comunque non vincolante, nel termine di 90 giorni ed, in caso di inottemperanza da parte della banca, può fare pubblicare la decisione sulla stampa. Diversamente dal sistema previgente, può accedere al sistema di sistemazione delle controversie la generica clientela. Non solo, quindi, i consumatori, ma anche coloro che intrattengano rapporti con la banca per finalità di carattere professionale.

La novità più rilevante riguarda la composizione del Collegio dell'Ombudsman, che, infatti, in luogo di quelli nominati dal Consiglio Nazionale Forense e da quello

²⁸¹ In particolare, il collegio era composto da cinque persone: il Presidente, nominato dal Governatore della Banca d'Italia; due membri nominati, rispettivamente dal Consiglio Nazionale Forense e dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti; due membri nominati dalla Associazione Bancaria Italiana. Soggetti, quindi, tutti vicini al mondo bancario. Alle critiche mosse a questa struttura da parte delle associazioni dei consumatori, C. Pratis, nella veste di Presidente dell'Ombudsman ha risposto osservando che «gli eventuali rapporti di assistenza e consulenza di avvocati e commercialisti con imprese creditizie non può costituire motivo per dubitare della loro indipendenza nelle particolari funzioni di componenti dell'Ombudsman. Un dato di massima garanzia in proposito sta poi nel fatto che, in concreto, i due consigli nazionali professionali hanno designato a tali funzioni i rispettivi presidenti», ferma, peraltro, la possibilità che il professionista può indifferentemente trovarsi ad assistere la clientela bancaria, *L'accordo interbancario del 1993 per l'istituzione dell'ufficio reclami degli enti creditizi e dell'ombudsman bancario nell'ambito della tutela del consumatore. Raffronto con analoghi sistemi di altri paesi della CEE*, in *Banca, borsa e titoli cred.*, 1994, 222.

²⁸² Il regolamento è stato emanato dall'A.B.I. in data 3 febbraio 2006.

²⁸³ Ombudsman bancario, 9 marzo 1999, *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Banca, credito e risparmio*, n. 140.

dei Dottori Commercialisti, prevede due membri nominati dal presidente dell'A.B.I., su designazione, rispettivamente, del Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti, e di almeno due associazioni rappresentative delle altre categorie di clienti, quali Confindustria, Confcommercio, etc. Ciò, in considerazione dell'estensione dell'ambito di applicazione. Il riequilibrio degli interessi delle parti è altresì assicurato da alcune previsioni di carattere negativo, le quali dispongono cioè il divieto di nomina per quei soggetti che abbiano ricoperto «cariche o svolto attività di lavoro subordinato, ovvero autonomo, avente carattere di collaborazione coordinata o continuativa presso gli enti aderenti e le loro associazioni, o presso le associazioni dei consumatori o di altre categorie di clienti», *ex art. 4, comma 5, del Regolamento*. L'articolo non richiama, invece, rapporti di parentela.

Le modificazioni intervenute in sede di autodisciplina non sembrano, comunque, ispirate da una maggiore attenzione alle istanze della clientela e del consumatore. Piuttosto, sembrano ancora muoversi nel solco di quell'atteggiamento cautelativo di cui sopra si è detto. Infatti esse seguono, di poco, l'introduzione di una norma, all'interno del T.u.b., dedicata proprio alla materia della risoluzione stragiudiziale delle controversie, ossia l'art. 182 *bis*, T.u.b.²⁸⁴. Sotto il profilo applicativo, la adesione al sistema non resta sul piano meramente facoltativo. Il legislatore ha infatti disposto che tutti i soggetti tenuti al rispetto della disciplina dettate in tema di trasparenza *devono* aderire al sistema, mentre la collocazione sistematica nell'ambito del Capo III- *Regole generali e controlli*, suggerisce, di per sé, l'estensione della operatività della norma a tutta la clientela bancaria, anche quindi, a quella che agisce per scopi professionali, e ciò trova conferma nel dato letterale.

La procedura e la composizione dell'organo decidente sono invece stabiliti in sede secondaria. La competenza alla definizione di questi profili è rimessa al C.I.C.R., che deve in ogni caso rispettare l'imparzialità e la rappresentatività, ed assicurare «la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela». La conformità alle previsioni legislative del Regolamento emanato dall'A.B.I. lascia agevolmente presumere che il C.I.C.R. si riferirà alle disposizioni di autodisciplina, come, peraltro, fece la Banca d'Italia in sede di Istruzioni attuative della legge dettata in tema di trasparenza delle operazioni bancarie. E questa conclusione trova

²⁸⁴ L'articolo è stato aggiunto dall'art. 29, comma 1, legge 28 dicembre 2005, n. 262., ed è stato successivamente modificato dall'art. 1 comma 6, d. lg. 29 dicembre 2006, n. 303, il quale ha sostituito, al primo comma, alle parole «con i consumatori», le parole «con la clientela».

conforto nella circostanza che l'originaria formulazione dell'art. 128 *bis* T.u.b., quale introdotta dalla legge sul risparmio, n. 262 del 2005, limitava l'ambito di applicazione ai consumatori. L'estensione alla clientela è stata realizzata dal successivo d.lg. 29 dicembre 2006, n.303, che sembra averla mutuata proprio dal nuovo Regolamento A.B.I. del febbraio 2006.

Capitolo terzo

La tutela del consumatore di prodotti bancari.

1. La disciplina dei contratti del consumatore

La disciplina dei contratti del consumatore è oggi definita dal Codice del consumo, nel quale le disposizioni dettate dagli artt. 1469 *bis* e segg. c.c. sono state trasfuse²⁸⁵. L'originaria introduzione di questo sistema attraverso la tecnica della novellazione del codice civile, specificamente all'interno del Titolo dedicato ai contratti in generale, ha affiancato alla tutela di carattere prettamente formale, quale fornita dagli artt. 1341 e 1342 c.c., una tutela di carattere sostanziale. Ed è invero in tale carattere che si riscontra il profilo di rottura rispetto ai tradizionali principi del nostro ordinamento giuridico. Se, infatti, l'esigenza di una maggiore e peculiare attenzione nei confronti del consumatore finale, nell'ambito di quel progresso culturale cui si è fatto riferimento nel capitolo precedente, si faceva sentire anche nel nostro Paese, le soluzioni normative concretamente adottate in sede comunitaria sono state prevalentemente mutuare dalla legislazione tedesca e da quella francese. A tale estraneità, si sono poi aggiunte le modificazioni operate dal legislatore sulla traduzione della direttiva, in sede di attuazione, risultandone ancora più difficoltoso il lavoro degli interpreti²⁸⁶.

Diversamente dalla normativa dettata in tema di condizioni generali di contratto, il Codice del consumo individua l'ambito di applicazione attraverso un criterio soggettivo²⁸⁷. Non è infatti dato rilievo alcuno alla circostanza che il contratto sia standardizzato, connotato da condizioni generali, ovvero sottoposto ad "adesione individuale"²⁸⁸, essendo, invece, necessario, ai fini della applicabilità del sistema, che ricorra lo *status* di *consumatore* in capo ad uno dei due contraenti, e di *professionista* in capo all'altro. Con riguardo a quest'ultimo, la peculiare definizione data dalla

²⁸⁵ Si rammenta che la novella del codice civile è stata attuata dall'art. 25 della legge 6 febbraio 1996, n.52, «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee- legge comunitaria 1994», in attuazione della Direttiva 93/13 CEE.

²⁸⁶ Vedi G. Alpa, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Nuova giur.civ.*, 1996, I, 411.

²⁸⁷ In tema di ambito di applicazione, vedi G. De Nova, *Le clausole vessatorie*, Ipsoa, 1996, 15 ss. Sulla soggettivizzazione della categoria contrattuale, quale realizzata dalla normativa, vedi R. Pardolesi, *Clausole abusive, pardon, vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 523 ss.

²⁸⁸ L'espressione è di G. Lener, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, 146. L'Autore sottopone a critica la circostanza che il legislatore abbia sottoposto le due categorie di contratti al medesimo regime, dando, al contempo, rilevanza alla trattativa individuale. Questa sarebbe infatti idonea a sanare lo squilibrio informativo, ma non già quello economico: «Laddove infatti il contraente fossa sfruttare la "dipendenza" di controparte- che alla conclusione del contratto lega esigenze primarie- poco importa che esista o non un simulacro di negoziazione», 147. Vedi anche L. Bigliazzi Geri, *Condizioni generali di contratto e buona fede*, in *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, a cura di E. Cesaro, Padova, 1994, 33.

direttiva ha rappresentato una novità all'interno del codice civile. Ed infatti, proprio al fine di porre una inequivoca distinzione rispetto alla tradizionale accezione di professionista, quale prestatore d'opera intellettuale, fornita dagli artt. 2229 ss c.c., alla figura è stata attribuita una connotazione imprenditoriale.²⁸⁹ Così, è professionista la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale, ovvero un intermediario, *ex art. 3, comma 1, lett. c), c. consumo*²⁹⁰.

Diversamente, la figura di consumatore non è risultata affatto nuova all'ordinamento italiano, in quanto già contemplata dall'istituto del credito al consumo, *ex art. 121 T.u.b.* Ed invero, la definizione fornita dal Testo unico in materia bancaria e creditizia è stata sostanzialmente riprodotta, disponendo il Codice che è consumatore la persona fisica che agisce al di fuori dell'attività professionale eventualmente esercitata. Il contrasto con la figura del professionista attiene, dunque, *in primis* al profilo soggettivo, atteso che si esclude che possa essere qualificato come consumatore anche una persona giuridica²⁹¹. Con riguardo a quello oggettivo, sul significato dell'agire al di fuori della professione gli orientamenti sono divergenti. Alla interpretazione obiettiva dello scopo dell'atto compiuto dal consumatore, in base alla quale anche quello indirettamente strumentale all'esercizio di una attività professionale sarebbe idoneo a disconoscergli la qualificazione di consumatore²⁹², è stata opposta una interpretazione più "soft", che pare preferibile. Sarebbe cioè da considerarsi consumatore anche colui che compia atti riconducibili alla professione, purché in

²⁸⁹ La figura del professionista, quale indicata dalla direttiva, è stata mutuata dal diritto francese, mentre l'aggettivo *imprenditoriale*, che qualifica oggi, all'art. 3, comma 1, lett. c), c. consumo, l'attività esercitata dal professionista, è stato aggiunto alla definizione comunitaria dal legislatore italiano, in sede di attuazione della direttiva. Al riguardo, vedi V. Carbone, *La difficile attuazione della direttiva comunitaria 93/13/Cee*, in *Corriere Giur.*, 1996, n. 3, 251.

²⁹⁰ La previsione dell'intermediario, assente nell'art. 1469 *bis* c.c., è stata aggiunta in sede di redazione del Codice del consumo ed ha ampliato l'ambito di applicazione, estendendolo ai soggetti professionisti per agiscono per il tramite di imprese intermediarie.

²⁹¹ L'applicazione della disciplina al solo consumatore persona fisica è stata criticata, tra gli altri, da E. Roppo, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, cit., 282. Il Giudice di Pace di L'Aquila, 3 novembre 1997, in *Gazzetta Ufficiale*, I serie spec. N. 4, 28 gennaio 1998, 57, ha ritenuto la questione non manifestamente infondata. La Corte Costituzionale, 30 giugno 1999, in *Foro it.* 1999, I, 3118, ha invece dichiarato la questione manifestamente infondata.

²⁹² Alla qualificazione di consumatore la Corte di giustizia ha attribuito una interpretazione restrittiva, secondo la quale non ricadono nell'ambito di applicazione della disciplina i contratti ad uso promiscuo o parzialmente relativo alla attività professionale del soggetto, Corte gius. CE, 2 gennaio 2005, causa C-464/01, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 4, 1135, con nota di V. Crescimanno.

via generica ed occasionale²⁹³. Con la conseguenza che anche questa fattispecie dovrebbe ritenersi ammessa al regime di tutela approntato dalla normativa.

Il dato testuale non si riferisce, dunque, al contraente debole- ma, appunto, al consumatore- per cui la tutela opera in funzione del suo agire per scopi di natura non professionale, derivando da tale estraneità alla pratica degli affari, la debolezza nel confronto con il professionista, e ciò a prescindere dalla forza di cui il consumatore eventualmente disponga, sotto il profilo economico e/o sotto quello culturale. Al riguardo, è stato osservato come l'istanza primaria sottesa alla definizione di questo sistema non vada ricercata tanto nella riconduzione ad equilibrio delle posizioni contrattuali, che pure viene realizzata, quanto nella garanzia in ordine al comportamento assunto dal professionista e *nella ottimalità della prestazione professionalmente resa*²⁹⁴. Ed è certamente indubbio che la corretta applicazione degli strumenti di controllo forniti dal legislatore preceda la correttezza del professionista, quale effetto finale. Ciò che risulta ispirare, peraltro, tutti gli interventi che in sede comunitaria sono stati adottati sulle materie connesse al mercato ed alla contrattazione. Tuttavia, in questa specifica fattispecie, il riferimento al consumatore, e non già al generico contraente debole, e la sua qualificazione non professionale, sembrano piuttosto riconducibili alla volontà di escludere l'alveo dei soggetti che operino nell'ambito della propria professione, ossia, in buona sostanza, le imprese intermedie, che, pure potendo patire una certa debolezza nei rapporti contrattuali, agiscono nell'ambito loro proprio e naturale²⁹⁵. Al solo rivenditore finale è riconosciuto, quale unica forma di tutela, il diritto di regresso nei confronti del suo fornitore, per i danni che abbia subito in

²⁹³ Non è, quindi, da considerare atto professionale, il contratto con il quale il soggetto, di professione scultore, affidi ad un vettore la propria opera ai fini della partecipazione ad un concorso, Trib. Roma, 20 ottobre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 645, con nota di G. Lener.

²⁹⁴ Così, F. Bochicchio, *La nuova disciplina dei contratti con i consumatori. Dal controllo formale al controllo sostanziale: effettività e limiti*, in *Economia e diritto del terziario*, 1997, 1, 120. In particolare, l'Autore osserva che «Non si tratta della tutela del contraente più debole, visto che il consumatore può essere anche una persona estremamente facoltosa ed influente ed il professionista, d'altro canto, un piccolo imprenditore o un lavoratore autonomo modesto. L'esclusione della normativa per i contratti tra operatori professionali nell'ambito della rispettiva attività si spiega agevolmente tenendo conto che l'ottimalità della prestazione è assicurata dalla capacità di negoziazione, correlata, a sua volta, anche qui, non necessariamente alla forza, ma all'esperienza nel settore...L'essenzialità della *need of protection* degli utenti non si rivela in contraddizione con la mancata riconducibilità della normativa alla tutela del contraente più debole...Il consumatore è tutelato a prescindere dalla sua forza, nella sua esigenza ad acquisire prestazioni ottimali».

²⁹⁵ Secondo V. Roppo, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 282, la limitazione al contratto concluso dal consumatore è conseguita a «un'efficace azione di lobbying delle imprese di maggiori dimensioni e di superiore forza contrattuale».

conseguenza della inefficacia delle clausole abusive fatta valere dal consumatore, *ex art. 36, comma 4, c. consumo.*

Le disposizioni dettate in tema di contratti stipulati tra professionisti e consumatori, sono quindi dirette a dotare quest'ultimo, in considerazione della sua intrinseca debolezza, di strumenti di tutela, che non si limitano ad assicurare, in via preventiva, la correttezza del professionista, ma agiscono prevalentemente nel senso di ricondurre il rapporto all'equilibrio normativo, ove esso sia venuto meno.

Fatte le dovute considerazioni di carattere generale, si passa ora ad esaminare la disciplina dettata dal Codice. Ai sensi dell'art. 33, comma 1, c. consumo, sono vessatorie quelle clausole che, *malgrado la buona fede*, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Con riguardo al principio della buona fede, va *in primis* rilevata la scarsa chiarezza del lemma quale risultato dalla attuazione della direttiva, e la mancata, sebbene tanto auspicata, rettifica, in sede di redazione del Codice del consumo²⁹⁶. La formulazione letterale e la relazione al disegno di legge n. 1882 del 16 gennaio 1995²⁹⁷ hanno condotto una parte della dottrina ad attribuire alla buona fede una connotazione soggettiva, in base alla quale non rileva lo stato psicologico del predisponente²⁹⁸. Per cui la clausola, che determini un significativo squilibrio normativo tra le parti, deve ritenersi vessatoria ancorché inserita dal professionista in buona fede, senza cioè che questi sia consapevole dello squilibrio che la medesima ingenera a danno del consumatore. La circostanza che lo stato psicologico del predisponente sia irrilevante, porta, peraltro, ad escludere che l'elemento della buona fede possa assumere dignità di autonomo criterio di valutazione in ordine alla vessatorietà della clausola, o di verifica del significativo squilibrio normativo²⁹⁹. Piuttosto essa avrebbe la funzione di escludere che il consumatore sia gravato dall'onere di dimostrare l'eventuale mala fede del professionista, solo potendo costituire un elemento valutativo ove non sia

²⁹⁶ La formulazione si discosta dalla traduzione «malgrado il requisito della buona fede» del par. 3.1 della direttiva 93/13.

²⁹⁷ La Relazione afferma che il lemma «malgrado la buona fede» deve essere inteso nel senso di escludere la rilevanza dello stato psicologico del professionista.

²⁹⁸ F. D. Busnelli, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, artt. 1469 bis-1469 sexies, a cura di C. M. Bianca- F. D. Busnelli, Padova, 1999, 12 ss.

²⁹⁹ Così, V. Rizzo, *Il significativo squilibrio «malgrado» la buona fede nella clausola generale dell'art. 1469 bis c.c.: un collegamento «ambiguo» da chiarire*, in *Rass. dir. civ.*, n. 3, 1996, 507.

verificabile la significatività dello squilibrio, né ci si trovi di fronte ad una delle clausole positivamente indicate dal legislatore³⁰⁰.

A questa interpretazione soggettiva, sembra però preferibile quella oggettiva, sostenuta dalla dottrina maggioritaria, in base alla quale la buona fede concorre alla formazione del giudizio di vessatorietà, quale parametro obiettivo di correttezza nella fase negoziale³⁰¹. Alla buona fede deve quindi essere riconosciuto un autonomo rilievo giuridico, che trova attuazione nel parametro del significativo squilibrio³⁰². In particolare, quest'ultimo assume dignità di clausola generale, ossia di vero e proprio criterio di identificazione della vessatorietà delle clausole di contratto. Ed è lo stesso squilibrio normativo a qualificare come sostanziale il controllo previsto dalla normativa. Infatti, la verifica in ordine alla concreta configurazione di un eventuale asimmetria nei diritti e negli obblighi assunti dalle parti, impone al giudice di entrare nel merito della clausola. Il che, peraltro, lo investe di una certa discrezionalità, essendo la rilevanza dello squilibrio subordinata alla sua significatività³⁰³. È, invece, esclusa ogni valutazione di carattere economico. Ciò che risulta confortato sia dal tenore letterale della norma, sia dal successivo art. 34, comma 2, c. consumo, il quale esplicitamente nega valore all'elemento del corrispettivo e, del pari, all'oggetto dedotto in contratto, purché siano individuati *in modo chiaro e comprensibile*³⁰⁴.

Accanto alla clausola generale del significativo squilibrio, il legislatore ha posto un elenco non tassativo di fattispecie vessatorie in via presuntiva, che fa salva cioè la possibilità di dare la prova contraria, ad esclusione di tre clausole, che devono, invece, ritenersi vessatorie, *ex art. 36, comma 2, c. consumo*³⁰⁵. In particolare, per

³⁰⁰ In tale secondo senso, G. Lener, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, cit., 146.

³⁰¹ F. Caringella, *I contratti dei consumatori*, a cura di F. Caringella e G. De Marzo, 2007, 91; G. Vettori, *I contratti dei consumatori, La disciplina delle clausole vessatorie (d.lg. 6.2.1996 n. 52), art. 1469 bis, comma 1 e 2*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1997, 7 ss.; G. De Nova, *Le clausole vessatorie*, cit., 16; G. M. Uda, *La buona fede nelle clausole abusive*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore, Commentario*, a cura di G. Alpa, S. Patti, Milano, 2003, 97. In giurisprudenza, vedi trib. Torino, 7 giugno 1999, in *Foro it.*, 2000, 299.

³⁰² V. Rizzo, *Le clausole abusive: realtà e prospettive. La Direttiva CEE del 5 aprile 1993*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, 590.

³⁰³ Al riguardo, vedi V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, 913, dove l'Autore ritiene che il «significativo» squilibrio non è definibile in astratto, ma è rimesso alla «prudente» discrezionalità del giudicante.

³⁰⁴ Nel senso della esclusione del profilo economico, vedi Trib. Torino, 16 aprile 1999, in *Foro it.*, 2000, 299.

³⁰⁵ Ai sensi dell'art. 36, comma 2, c. consumo, sono nulle, anche se oggetto di trattativa, le clausole che abbiano per oggetto o effetto di escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista; escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di

queste ultime la disposizione testualmente esclude che possa essere fornita la prova della intervenuta trattativa individuale. Tuttavia, sembra condivisibile l'interpretazione secondo la quale la presunzione di vessatorietà sia assoluta e resti quindi esclusa ogni prova contraria, non solamente quella dell'intervenuto negoziato tra le parti, come positivamente previsto dalla norma.

In linea generale, quindi, la vessatorietà delle clausole contrattuali si configura ove sia verificata la contrarietà alla buona fede e, quindi, la sussistenza di un significativo squilibrio normativo, ovvero esse siano riconducibili a quelle indicate dall'art. 33, comma 2, c. consumo, e quindi, per ciò stesso, vessatorie³⁰⁶. Ergo, la prova contraria che la disciplina ammette a fornire, al fine di evitare la dichiarazione di nullità della clausola, consiste nel dimostrare che questa sia stata oggetto di trattativa individuale, ovvero che, in concreto, essa non determini uno squilibrio significativo, in quanto risulti "bilanciata" in considerazione della natura del bene o del servizio, delle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto o delle altre previsioni contrattuali, ex art. 34, comma 1, c. consumo.

Mentre, quindi, nel sistema codicistico la trattativa assume un valore prevalente in quanto ciò che di essa sia frutto si impone sui moduli o formulari; invece, secondo le disposizioni dettate dal Codice del consumo, la trattativa individuale opera nel senso di escludere la vessatorietà della clausola³⁰⁷. Si è quindi inteso dare rilievo alla circostanza che la preventiva negoziazione, quale espressione del principio di autonomia privata, rimette allo stesso consumatore la scelta consapevole circa la convenienza del contratto, ed esonera l'ordinamento dal controllo successivo. L'eventuale trattativa sposta perciò la materia del giudizio dalla vessatorietà della singola clausola, alla circostanza che questa sia stata oggetto di un effettivo

un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista; prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto.

³⁰⁶ Le clausole indicate dall'art. 36, comma 2, c. consumo, costituiscono la cosiddetta lista *nera*, ossia l'elenco di clausole vessatorie per le quali è esclusa ogni prova contraria, in contrapposizione con le altre clausole elencate all'art. 33, comma 2, c. consumo, che, in quanto passibili di prova contraria, configurano la lista *grigia*. Così G. Lener, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, cit., 155. *Contra*, L. Valle, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004, 171, il quale sostiene che anche per queste tre clausole la presunzione sia relativa, solo rimanendo esclusa la prova della intervenuta trattativa individuale.

³⁰⁷ V. Carbone, *La difficile attuazione della direttiva comunitaria 93/13/Cee*, cit., 254. L'Autore rileva la circostanza il legislatore nazionale ha riconosciuto alla trattativa il ruolo di escludere senz'altro la applicazione della disciplina dei contratti del consumatore, mancando di riprendere la disposizione della direttiva secondo la quale, invece, l'ipotesi di negoziazione di singoli elementi di clausola o di una clausola isolata, non ne esclude l'applicazione alla parte restante del contratto, laddove una sua valutazione globale indichi che si tratta, comunque, di un contratto per adesione, ex art. 3, comma 2, periodo 2.

negoziato individuale, ossia che le parti del contratto ed, in modo particolare, il consumatore, abbiano concorso alla formazione della volontà negoziale espressa dalla previsione contrattuale. Il controllo deve quindi essere diretto ad accertare che questa sia il frutto anche del suo intervento e del suo contributo personale ed attivo, non già meramente passivo, limitato, cioè, alla semplice accettazione³⁰⁸.

Sotto il profilo probatorio, nella ipotesi di contratti conclusi mediante sottoscrizione di moduli o formulari, l'art. 34, comma 5, c. consumo, individua nel professionista il soggetto tenuto a fornire la prova della avvenuta trattativa. Invero, in queste fattispecie, la generalità del contenuto contrattuale si presume unilateralmente predisposta e pone, quindi, l'onere probatorio a carico del predisponente. Al di fuori di questa ipotesi, la prova della mancata trattativa deve ritenersi gravante sul consumatore³⁰⁹. Tuttavia, occorre rilevare che tale soluzione interpretativa, pure fondata sulla lettera della norma, contrasta con la *ratio* di protezione e di favore del consumatore nel confronto con il professionista, sottesa alla disciplina. Rispetto a questa, sembrerebbe maggiormente conforme una interpretazione *sistematica e funzionale* dell'art. 34 c. consumo, in base alla quale graverebbe, in ogni caso, sul professionista, la prova della avvenuta trattativa individuale³¹⁰.

Il rimedio previsto dal legislatore del Codice del consumo sulle clausole delle quali sia accertata la vessatorietà, è individuato nella *nullità*, innovando solo sul piano meramente letterale la abrogata disciplina codicistica, che prevedeva la sanzione della *inefficacia*. Tale nullità è stata qualificata, dallo stesso legislatore, come nullità *di protezione*, in quanto posta a tutela dall'abuso che uno dei due contraenti, ossia il

³⁰⁸ Vedi Trib. Bologna 14 giugno 2000, in *Corr. Giur.*, 2001, 527 ss. Sulla trattativa ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c., vedi Cass. 19 aprile 1982, n. 2428, in *Fall.*, 1983, 50; Cass. 15 giugno 1979, n. 3373, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 241 con nota di V. Roppo, *Una buona decisione della Corte suprema a proposito di contratti standard e tutela dell'aderente. In margine all'interpretazione dell'art. 1341 comma 2 c.c.* Diversamente, a nulla rileva la circostanza che il contenuto della clausola del contratto sia stata modificata ad opera del consumatore, né che questi abbia dichiarato di avere trattato con il professionista. Così, S. Troiano, «*L'ambito oggettivo di applicazione della direttiva CEE del 5 aprile 1993: la nozione di clausola "non oggetto di negoziato individuale"*», in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, l'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993, a cura di G. Alpa, C. M. Bianca, Padova, 1996, 612.

³⁰⁹ A. Orestano, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in *Riv. critica. dir. priv.*, 1992, 480; G. Lener, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, cit. 150; A. M. Azzaro, *I contratti dei consumatori*, (a cura di) E. Gabrielli, E. Minervini, 60. Secondo M. Rabitti, *Art. 1468 ter, comma 5, Capo XIV bis c.c.: dei contratti del consumatore*, in *NLCC*, 1996, 1174, la circostanza che la norma rimetta al professionista l'onere della prova della avvenuta trattativa, nella specifica ipotesi di contratti conclusi mediante sottoscrizione di moduli o formulari, è servente a specificare che anche in questa fattispecie, nella quale pure la clausola è stata sottoscritta dal consumatore, l'onere grava sul professionista.

³¹⁰ *Contra*, si ritiene che la positiva previsione dell'onere a carico del professionista nell'ipotesi di contratti conclusi mediante moduli e formulari, rimette, in tutte le altre ipotesi, l'onere di dimostrare l'assenza di trattativa in capo al consumatore.

consumatore, possa subire. Sul piano pratico, questa qualificazione trova un riscontro concreto nella circostanza che la nullità è parziale, in quanto colpisce la sola clausola vessatoria, mentre il contratto resta valido per il resto, *ex art. 36, comma 1, c. consumo*, in deroga alle disposizioni sancite dall'art. 1419 c.c. Ove, diversamente, l'invalidità colpisse l'intero negozio, difficilmente sarebbe attivata da parte del consumatore, che si vedrebbe in tal modo preclusa la possibilità di contrarre. Del pari, deve ritenersi relativa la legittimazione ad avviare la azione di nullità. Infatti, nonostante il legislatore non lo preveda espressamente, la disposizione secondo la quale «la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore» *ex art. 36, comma 3, c. consumo*, deve essere intesa nel senso di rimettere a questo soggetto, in via esclusiva, il diritto di fare dichiarare nulla la clausola, ferma la rilevabilità di ufficio, *ex art. 36, comma 3, c. consumo*. Questa interpretazione ancora muove dalla *ratio* sottesa alla disciplina dei contratti del consumatore, e dal *favor* verso questo soggetto, che ad essa presiede. Peraltro, in capo al professionista non sembra sussistere alcun interesse a fare dichiarare nulla una clausola che di fatto lo favorisce.

Accanto a questo rimedio di carattere successivo e particolare, è previsto altresì uno strumento di tutela collettiva, che opera in via preventiva e generale, l'azione inibitoria. Attraverso il suo esercizio, l'autorità giudiziaria inibisce l'uso delle clausole e delle condizioni delle quali, in sede di giudizio individuale, sia stata accertata la vessatorietà. La legittimazione attiva è riconosciuta alle associazioni rappresentative dei consumatori di cui all'art. 137 c. consumo, alle associazioni dei professionisti ed alle camere di commercio, industria, artigianato ed agricoltura³¹¹. Ossia a soggetti portatori di interessi *superindividuali*³¹². La legittimazione passiva è invece attribuita al singolo imprenditore, persona fisica, giuridica o ente, ed, a seguito della modifica intervenuta ad opera dell'art. 6, l. 14/2003, alle associazioni di imprenditori che utilizzano o *raccomandano* l'utilizzo di condizioni generali di contratto. Tale estensione era peraltro stata realizzata già dal diritto vivente, prima ancora che intervenisse la modifica legislativa³¹³. Essa amplia notevolmente il

³¹¹ L'art. 140, c. consumo, prevede la possibilità per i soggetti di cui al comma 1, e per quelli di cui all'art. 139 comma 4, c. consumo, di attivare prima del ricorso al giudice, la procedura di conciliazione dinanzi alla camera di commercio, industria artigianato e agricoltura competente per territorio, a norma dell'art. 2, comma 4, lett. a), l. 580/1993.

³¹² Così E. Poddighe, *I contratti con i consumatori*, Milano, 2003, 369.

³¹³ Nel senso della legittimazione passiva estesa anche a coloro che solo raccomandano l'uso delle clausole abusive, si è espressa anche la Corte di Giustizia CE, sez. V, 24 gennaio 2002, in *Riv. dir. intern. priv. e proc.*, 2002, 477; vedi anche Trib. Torino 11 novembre 1999, in *Danno e responsabilità*,

novero dei soggetti che possono essere inibiti dall'uso delle clausole vessatorie e, quindi, il dominio nel quale la tutela collettiva opera in concreto, ed anticipa al momento della mera raccomandazione gli effetti del giudizio in ordine alla vessatorietà.

Il carattere collettivo e generale di questa azione consente di trasferire l'efficacia della declaratoria di nullità della clausola vessatoria, dal piano della specifica azione individuale a quello della generalità di fattispecie, così assolvendo anche ad una funzione deterrente a tutela dei soggetti che non siano direttamente intervenuti in giudizio. Tuttavia, la sua operatività risulta limitata alle clausole che siano inserite all'interno di condizioni generali di contratto. Il che, peraltro, è reso ineluttabile dalla sua astrattezza, non potendo tale azione produrre effetti nei confronti di clausole che siano inserite all'interno di una singola fattispecie contrattuale³¹⁴.

Il provvedimento può essere altresì pubblicato su uno o più giornali, di cui almeno uno a diffusione nazionale, *ex art. 37, comma 3, c. consumo*. Ancora, l'azione inibitoria può essere attivata anche in via cautelare, ai sensi degli artt. 669-*bis* e ss. c.p.c., ove ricorrano *giusti motivi di urgenza*, *ex art. 37, comma 2, c. consumo*.

1.1 Il rapporto tra il sistema dei contratti dei consumatori e la disciplina dettata in tema di condizioni generali di contratto dal codice civile

Delineata la disciplina dei contratti dei consumatori, si impongono alcune considerazioni di carattere sistemico e comparativo, con riguardo al rapporto tra la disciplina speciale dei contratti del consumatore, e quella generale contenuta negli artt. 1341 e 1342 c.c.

La disciplina codicistica opera limitatamente alle fattispecie contrattuali caratterizzate da condizioni generali di contratto, ovvero predisposte su moduli o

2000, 277 ss., secondo il quale «da locuzione “utilizzano”, per il contesto in cui è inserita, merita una interpretazione lata, che non può limitarsi a ricomprendere la mera attività di uso delle condizioni contrattuali per la conclusione dei singoli contratti rientranti nell'attività del professionista, ma deve essere estesa fino a ricomprendere la più ampia attività di elaborazione e predisposizione delle medesime clausole». Vedi anche Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *Dir. fall.*, 2001, II, 450.

³¹⁴ Sui criteri da adottare al fine di determinare la vessatorietà delle clausole inserite nelle condizioni generali di contratto, il già citato Tribunale di Torino, 11 novembre 1999, ha stabilito che essi sono rimessi all'interprete, il quale non può in ogni caso utilizzare parametri che siano ontologicamente incompatibili con la natura astratta della azione inibitoria.

formulari³¹⁵, e meramente subordina l'efficacia delle clausole vessatorie al requisito della doppia firma. Quella "consumeristica", invece, sottopone le clausole del contratto ad un controllo di tipo sostanziale, nel senso visto sopra. Sicché, rispetto ad essa, le norme dettate in tema di condizioni generali non offrono una tutela effettiva al contraente debole, che solo si limiti a sottoscrivere quelle unilateralmente predisposte. Ed invero, tali norme sono principalmente dirette a favorire ed a promuovere la contrattazione standardizzata, in quanto essa soddisfa le esigenze di rapidità e di massima diffusione, tipiche della economia moderna³¹⁶. La connotazione prevalentemente formale risulta solo in parte attenuata dal rilievo che l'art. 1342 c.c. attribuisce alla trattativa. Il primo comma della norma prescrive, infatti, la prevalenza di quelle clausole che siano state aggiunte ai moduli e formulari, ove incompatibili con esso, ed anche se non espunti, sul presupposto che esse sono il frutto del negoziato tra le parti. Tuttavia, ad eccezione di questa ipotesi, peraltro piuttosto inverosimile, il sistema delle condizioni generali di contratto si muove sul piano formalistico, e su di esso si è arrestata la giurisprudenza³¹⁷.

Si comprende dunque la *vis* innovativa della disciplina speciale dettata a tutela dei consumatori. Sebbene limitata sotto il profilo soggettivo, ai contratti stipulati tra il professionista ed il consumatore, sotto quello oggettivo questa investe tutti quelli le cui clausole non siano state oggetto di trattativa individuale, a nulla rilevando la circostanza che essi siano connotati, o meno, da condizioni generali o predisposti su moduli o formulari.

A fronte della introduzione della disciplina dei contratti del consumatore, il sistema degli artt. 1341 e 1342 c.c. è stato conservato dal legislatore, proprio sul presupposto della non sovrapponibilità con la normativa speciale, essendo esso improntato ad una tutela essenzialmente di tipo formalistico. Peraltro, la specialità del dettato del Codice del consumo è servente a limitarne la applicazione alle ipotesi nelle quali sia verificata la presenza di un consumatore e di un professionista, quali parti del contratto. In tutti gli altri casi, ossia nei rapporti tra professionisti o tra consumatori, restano dunque applicabili gli artt. 1341 e 1342 c.c.

³¹⁵ In giurisprudenza è stato affermato il principio secondo il quale la predisposizione unilaterale deve essere servente ad una serie indefinita di contratti. Vedi Cass., 22 novembre 1986, n. 6887, in *Rep. Foro it.*, voce *Contratto in genere* 1986, n. 222.

³¹⁶ In questo senso, F. Lapertosa, *La giurisprudenza tra passato e futuro dopo l'avvento della nuova disciplina delle clausole vessatorie*, in *Foro it.*, 1997, V, 358.

³¹⁷ Sull'arrestarsi al dato formale da parte della giurisprudenza, si legga la critica di A. Di Majo, *Il controllo giudiziale sulle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, 194.

Tuttavia, ben può accadere che il contratto ricada e nell'ambito e della disciplina speciale ed in quello della disciplina codicistica, in quanto caratterizzato da condizioni generali e stipulato tra un consumatore ed un professionista. In questa ipotesi, è pacifico ritenere che il controllo dovrà essere condotto sia con riguardo al dato formale, *ex art. 1341 c.c.*, sia con riguardo a quello sostanziale, *ex artt. 33 e ss. c. consumo*³¹⁸ Perciò, verificata la sottoscrizione della clausola, su di essa dovrà essere effettuato una verifica di tipo contenutistico, tesa a verificarne la vessatorietà. Se, diversamente, la clausola non risulti specificamente approvata per iscritto, essa deve ritenersi nulla, ferma, in ogni caso, la validità del contratto³¹⁹.

2.La disciplina applicabile al settore bancario

Il generico cliente beneficia della disciplina dettata dal Testo unico in materia bancaria e creditizia, in tema di trasparenza del contratto. Come illustrato nel capitolo precedente, questa normativa pone la trasparenza direttamente in funzione della sua tutela, in considerazione della debolezza che a questo deriva dalle asimmetrie informative e dal potere negoziale di cui la banca gode. Ed infatti, il sistema del T.u.b. assolve principalmente alla funzione di rendere il cliente pienamente edotto in ordine al contenuto contrattuale ed alle condizioni economiche previste, preliminarmente alla sua conclusione. In particolare, il contratto è soggetto a forma scritta a pena di nullità, e di questo deve essere consegnata una copia al cliente. La normativa opera anche nella fase successiva a quella della stipulazione, attraverso la prescrizione di una serie di comunicazioni che garantiscono una informazione costante ed attuale sulla concreta esecuzione del contratto.

A questo regime cautelativo, si è venuto ad aggiungere quello del Codice del consumo. Atteso che il legislatore non ha posto limiti di carattere oggettivo alla sua estensione applicativa, la tutela consumeristica deve, infatti, ritenersi operante anche nei confronti dei contratti bancari. Peraltro, l'art. 33, comma 3, c. consumo,

³¹⁸ Così, G. De Nova, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, 9.

³¹⁹ Secondo un consolidato orientamento della Suprema Corte, la nullità della clausola *ex art. 1341 c.c.* non invalida l'intero contratto, in contrasto con quanto disposto dall'art. 1419 c.c., Cass. 12 luglio 1965 n. 1464, *Rep. Foro it.*, 1965, n. 418; Cass. 4 settembre 1980, n. 5100, *Rep. Foro it.*, 1980, nn. 249-252. In dottrina, vedi A. Gorgoni, *Art. 33 comma 2 lett. a)*, in *Codice del consumo, Commentario*, a cura di G. Vettori, 2007, 245, il quale afferma che rispetto ad un contratto tra professionista consumatore rileva solo l'art. 36, comma 1, c. consumo, che è norma di carattere speciale e più favorevole per il consumatore rispetto all'art. 1341 comma 2, c.c..

prevede un sistema di deroghe sulla materia dei rapporti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari, ai quali quello bancario è riconducibile. Pare, quindi, logicamente indubbio che anche questi siano sottoposti al controllo in ordine alla vessatorietà delle clausole. Tali argomentazioni di carattere positivo e negativo risultano confortate dalla giurisprudenza, che ha infatti esteso la legittimazione passiva della azione inibitoria all'A.B.I., quale associazione che pone in essere una attività di «predisposizione di condizioni che sono destinate ad essere utilizzate nelle negoziazioni delle imprese associate con i singoli consumatori», così anticipando la modificazione apportata in tal senso all'art. 37, c. consumo, dall'art. 6, l. 14/2003, che ha esteso la legittimazione passiva all' «Associazione di professionisti che utilizzano o che *raccomandano* l'utilizzo di condizioni generali di contratto... »³²⁰.

Tuttavia, tale “doppiezza” non è stata composta dal legislatore, che ha mancato di realizzare un coordinamento o una qualche abrogazione, lasciando sopravvivere *tel quelle* il regime del T.u.b. All'interprete si impone dunque un'opera di raccordo con il regime dettato dal Codice del consumo, dal quale il sistema di tutela del cliente, ma anche quello del consumatore *tout court*, possa risultare rafforzato.

Preliminarmente, conviene rilevare le differenze che, sotto il profilo oggettivo e sotto quello soggettivo, distinguono la disciplina bancaria da quella del Codice, anche al fine di escludere dal campo di indagine le fattispecie sottratte “al regime di doppio regime”, in quanto carenti dei requisiti presupposti dall'uno o dall'altro. Sotto il profilo oggettivo, sebbene la normativa dettata in tema di credito al consumo ed alcune, rilevanti, disposizioni sulla trasparenza, siano riconducibili al tema dell'equilibrio normativo delle posizioni delle parti³²¹, il sistema del T.u.b. si muove prevalentemente sul piano pubblicitario ed informativo. Ossia, su quello del *modo* con il quale la clausola è inserita nel contratto, piuttosto che su quello del suo *contenuto*³²². In linea generale, la disciplina bancaria non definisce una verifica in ordine al merito delle previsioni contrattuali, ed all'equilibrio dei diritti e degli

³²⁰ Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 473 ss. In particolare, il Tribunale ha affermato che «Nel concetto di utilizzazione delle condizioni generali di contratto previsto dall'art. 1469 *sexies*, c.c., rientrano anche i comportamenti che indirettamente e mediamente sono funzionali all'inserzione delle condizioni generali nei moduli e formulari usati dai terzi professionisti, e dunque ogni attività di predisposizione di condizioni che siano destinate ad essere utilizzate nelle negoziazioni delle imprese associate con i singoli consumatori». Vedi anche Trib. Torino, 4 ottobre 1996, in *Foro it.*, I, 288 ss.

³²¹ Sul punto si rimanda al paragrafo 2.1 del Capitolo II, pag. 69 e ss.

³²² L'espressione è di A. Di Majo, *I contratti bancari e finanziari*, in *Clausole “vessatorie” e “abusive”*. *Gli artt. 1469 bis ss c.c. e i contratti col consumatore*, (a cura di) U. Ruffolo, 1997, 240. L'Autore si riferisce precipuamente al modello di controllo introdotto dalla disciplina dei contratti del consumatore.

obblighi delle parti. Ed invero non indica una clausola generale, quale quella dell'equilibrio normativo, fornita dal Codice del consumo in funzione del controllo sostanziale cui la clausola è soggetta. Piuttosto, è diretta a garantire che il generico cliente sia effettivamente consapevole della portata economica del contratto che intenda stipulare, con esclusione, quindi, della verifica in ordine al suo contenuto, salve le eccezioni cui sopra si è accennato.

Diversamente, la disciplina dei contratti del consumatore appronta una tutela di carattere sostanziale. La diversità dei piani operativi delle due normative, non pone, così, in linea generale, ostacoli alla applicazione di quella consumeristica al contratto stipulato dal cliente della banca.

Con riguardo al profilo soggettivo, mentre la disciplina della trasparenza bancaria opera a beneficio del generico cliente, sia esso un professionista, un imprenditore o un consumatore, a quest'ultimo avendo riguardo, in via esclusiva, solo la disciplina del credito al consumo; invece, l'ambito di applicazione della disciplina del Codice è limitato attraverso un criterio di carattere soggettivo, ai contratti che siano stipulati tra un professionista ed un consumatore, tale essendo la persona fisica che agisca al di fuori della propria professione. Sicché, dal regime di tutela di carattere sostanziale, resta senz'altro esclusa la categoria dei contratti bancari stipulati dalle imprese, pure deboli nel confronto con la banca.

Ove, diversamente, il cliente della banca fosse in possesso dei requisiti previsti dal Codice, il contratto che questi stipula sarà sottoposto all'uno ed all'altro regime e, quindi, al controllo in ordine alla trasparenza delle condizioni economiche, ed a quello in ordine alla eventuale disparità dei diritti e degli obblighi previsti. Con la conseguenza che la clausola, che pure rispetti le prescrizioni pubblicitarie definite dal T.u.b, è soggetta alla dichiarazione di nullità, ove comporti un significativo squilibrio normativo, ai sensi dell'art. 36, comma 1, c. consumo.

Di qui, come prima si diceva, la necessità di realizzare un coordinamento delle previsioni omologhe dettate dai due sistemi, sì da mutuarne i profili di maggiore efficienza e definire una disciplina unitaria, che assicuri al consumatore il grado di tutela più elevato possibile. Peraltro, come si vedrà, l'estensione della disciplina più efficace non opera solo dalla disciplina consumeristica a quella bancaria, ma anche in senso inverso. Infatti, talora è la prima ad assicurare una tutela più effettiva e, quindi, a doversi ritenere operativa anche a beneficio del risparmiatore, tal'altra, viceversa, è il sistema del T.u.b. a meglio garantire la posizione del contraente

debole nel confronto con il professionista, dovendosi perciò considerare suscettibile di interpretazione estensiva, e quindi operante anche per il consumatore non bancario.

Tale operazione di coordinamento deve essere effettuata *in primis* con riguardo alla operatività del rimedio previsto da entrambe le discipline, ossia la nullità. Nel paragrafo che precede, si è rilevato come, secondo l'art. 36, comma 1, c. consumo, l'invalidazione della singola clausola della quale sia stata accertata la nullità, non travolge l'intero contratto, che resta valido per il resto. A medesima soluzione si è giunti con riguardo alla nullità disciplinata dal Titolo VI del T.u.b, che si ritiene infatti assoluta solo nell'ipotesi di mancato rispetto della forma scritta, o di quella prescritta dal CICR, o di difformità del contratto dal contenuto minimo quale determinato dalla Banca d'Italia. In tutte le altre ipotesi, ove la singola clausola solo contrasti con la previsione legislativa o amministrativa dettata in tema di trasparenza, l'invalidazione deve ritenersi, in via interpretativa, operante esclusivamente con riguardo ad essa.

I due sistemi differiscono, invece, in ordine alla legittimazione attiva. Se, infatti, il T.u.b., all'art. 127, comma 2, esplicitamente legittima ad attivare la relativa azione il solo cliente, così rafforzando la tutela che a questi riserva; invece, la disciplina del Codice non contiene una previsione espressa in tal senso. Il che sorprende, soprattutto ove si consideri che la nullità che il medesimo prevede è qualificata, alla rubrica dell'art. 36, c. consumo, come *di protezione*. Nonostante il silenzio del legislatore, l'invalidazione si reputa, comunque, rimessa al consumatore in via esclusiva. E se a fondamento di questa tesi è stata posta la previsione del comma 3 dell'art. 36 c. consumo, secondo la quale la nullità opera solo a vantaggio del consumatore, non meno convincente sembra il riferimento proprio alla disposizione dell'art. 127 T.u.b., in forza del coordinamento tra i due sistemi. Tale applicazione estensiva, in quanto rafforza la tutela del consumatore *tout court*, deve quindi ritenersi ammissibile.

Il coordinamento tra i due regimi deve essere realizzato anche con riguardo al sistema di esenzioni che il Codice del consumo prevede sulla materia dei contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato, all'art. 33, comma 3, lett. a) e b), c. consumo.

Prima di entrare nel merito delle singole disposizioni derogatorie, occorre definirne l'ambito di applicazione. Il legislatore del Codice, in questa specifica fattispecie, al

criterio di individuazione soggettivo, fondato sullo *status* di professionista e di consumatore in capo ai due contraenti, aggiunge un criterio oggettivo, riferendosi, appunto, al «contratto che ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato»³²³.

A questa categoria sono riconducibili i contratti bancari connotati da una causa di finanziamento, quali quello di deposito bancario, l'apertura di credito, lo sconto bancario. Devono inoltre essere ricompresi i contratti stipulati con le società di intermediazione mobiliare³²⁴. L'ambito di applicazione risulta ulteriormente delimitato dalla fissazione del requisito della indeterminatezza del periodo per il quale il contratto sia stato stipulato. Sono dunque sottratti dall'area di operatività delle deroghe, i rapporti stipulati a tempo determinato, che restano quindi sottoposti esclusivamente alla disciplina del T.u.b.

Il sistema di esenzione dettato all'art. 33, comma 3, lett. a) e b), c. consumo, prevede che determinate clausole, in quanto inserite all'interno di questi contratti, non si presumono vessatorie. In particolare, la deroga opera nel senso della inversione della presunzione di vessatorietà: rispetto alla disciplina generale, ai fini della declaratoria di nullità, deve essere fornita la prova del significativo squilibrio che la clausola generi, essendo questa, in via presuntiva, considerata non vessatoria. Ai rapporti di carattere finanziario, il Codice del consumo dedica, quindi, una disciplina speciale, che parzialmente mortifica la sua aspirazione a garantire al consumatore il più elevato livello di tutela possibile, attraverso la parificazione delle posizioni delle parti. E tale specialità si concreta in un regime più soft, che favorisce il professionista di prestazioni finanziarie rispetto a quello *tout court*, nei rapporti con il consumatore.

Le ragioni sottese alla scelta di "ritagliare", ancora, uno spazio a servizio degli intermediari bancari e finanziari, anche nell'ambito del Codice del consumo,

³²³ Difformemente, peraltro, da quanto previsto dalla Direttiva, che si riferiva invece al «Fornitore di servizi finanziari», all. par. 2.

³²⁴ Vedi P. Gaggero, *La disciplina del ius variandi nel testo unico bancario*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, a cura di G. Alpa, C. M. Bianca, Padova, 1996, 388; A. Di Majo, *I contratti bancari e finanziari dopo la legge sulle clausole abusive*, cit. 242, il quale ritiene che tra i servizi offerti dalle società di intermediazione mobiliare deve essere ricompresa, in particolar modo, quella di sollecitazione del pubblico risparmio all'investimento in valori mobiliari o al collocamento di «prodotti o servizi anche diversi dai valori mobiliari». Ancora, devono ritenersi riconducibili alla categoria dei contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari i contratti di *factoring* e di *leasing*. F. Martorano, *Condizioni generali di contratto e rapporti bancari*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1994, 134. Secondo U. Ruffolo, *I contratti per la prestazione di servizi finanziari*, in *Clausole «vessatorie» e «abusive»*, cit., 99, l'ambito di applicazione della disciplina deve essere esteso anche alla fideiussione, in forza della sua natura accessoria alla prestazione di servizi finanziari.

devono essere ricercate all'interno del settore nel quale questi operano, nelle esigenze di solvibilità e di stabilità, e nella mutevolezza delle condizioni che lo caratterizzano³²⁵. Ragioni, cioè, di carattere sistemico. Trova, quindi, ancora affermazione il tema della prevalenza dei profili pubblicistici, anche in una normativa che, pure, è espressamente dedicata alla tutela dell'interesse privatistico del consumatore³²⁶.

2.1 Le deroghe operanti con riguardo alla prestazione di servizi finanziari. La disciplina del ius variandi

Specificamente attinente alla materia che ci occupa, è la disciplina che il Codice del consumo detta sul diritto di variazione delle condizioni contrattuali. Il problema del coordinamento con la normativa del T.u.b., si pone con riguardo alle modificazioni delle condizioni economiche, atteso che la facoltà riconosciuta alle banche dall'art. 118 T.u.b., secondo l'orientamento prevalente, opera sui prezzi ed i tassi previsti dal contratto, mentre il diritto di variazione disciplinato dal Codice, in linea generale, investe anche le condizioni non economiche.

L'art. 33, comma 2, lett. m), c. consumo, stabilisce una presunzione *iuris tantum* di vessatorietà, nell'ipotesi in cui il contratto preveda la possibilità, per il professionista, di modificarne unilateralmente le clausole, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio, senza che ricorra il giustificato motivo indicato nel contratto stesso. *A contrario*, se ne desume che la previsione convenzionale di questo diritto è ammessa se, appunto, essa risulti subordinata ad un giustificato motivo, quale indicato dalla espressa disposizione contrattuale, risultandone così eliminata la possibilità che il consumatore incorra in "brutte sorprese"³²⁷. In particolare, il parametro del giustificato motivo deve ritenersi attuativo della clausola generale della buona fede oggettiva³²⁸, e si ritiene dunque sussistente ove la modificazione intervenga per esigenze di carattere eteronomo ed obiettivo, ed in

³²⁵ G. L. Romagnoli, *Clausole vessatorie e contratti d'impresa*, Padova, 1997, 160 ss.

³²⁶ Sulla riconduzione delle ragioni del sistema di esenzione alle esigenze di carattere sistematico, critiche sono state espresse da P. Greco, *Trasparenza bancaria e condizioni generali alla luce della direttiva sulle clausole abusive*, in *Studi e ricerche*, 1996, 60, il quale ha rilevato come tale scelta legislativa conservi, ancora, un spazio al paradosso del risparmiatore.

³²⁷ A. Gorogoni, *Art. 33, comma 2, lett. m)*, in *Commentario*, cit., 287.

³²⁸ R. Bocchini, *Gli elenchi di clausole vessatorie, sub. Art. 1469 bis co. 3 n. 11*, in *I contratti dei consumatori*, Torino, I, 2005, a cura di E. Gabrielli ed E. Minervini, 261.

quanto tali legittime. Mentre è escluso che si configuri nelle ipotesi in cui la modificazione solo concreti un abuso da parte del professionista a suo esclusivo vantaggio³²⁹, con la conseguenza che la variazione sarà in ogni caso nulla.

Tale disciplina generale del *ius variandi* subisce una deroga con specifico riguardo ai contratti che abbiano ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato. Il terzo comma dell'art. 33, lett. b), c. consumo, esenta, infatti, dalla presunzione di vessatorietà, la modificazione apportata dal professionista alle condizioni contrattuali, purché ricorra un giustificato motivo, e purché preavvisi, entro un congruo termine, il consumatore, al quale si riconosce il diritto di recedere dal contratto. La norma conserva, dunque, il presupposto del giustificato motivo, mentre sopprime quello della previsione contrattuale espressa e omette di prescrivere un termine minimo per l'esercizio del diritto di recesso riconosciuto al consumatore.

Nonostante il tenore meno garantistico, la disciplina del *ius variandi* definita a tutela del consumatore ha delineato un contrasto con la previgente normativa dettata in materia dal T.u.b, assai poco efficacemente, come rilevato nel capitolo che precede. Si rammenta, infatti, che prima della riscrittura dell'art. 118 T.u.b. ad opera dell'art. 10, legge n. 248 del 4 agosto 2006, il combinato disposto della norma e della delibera CICR del 4 marzo 2003, attribuiva alla banca la possibilità di modificare le condizioni economiche senza preavviso e, soprattutto, senza che ricorresse alcun motivo. Inoltre, fatta eccezione per le variazioni intervenute sui singoli contratti, la comunicazione al cliente era impersonale, ed a questi si riconosceva il diritto di recedere nel termine breve di 15 giorni, decorrenti dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, sì da escludere, in concreto, la possibilità di esercitare tale diritto. La tutela che il T.u.b. di fatto approntava si arrestava dunque sul piano formale. La validità del *ius variandi* era infatti subordinata alla specifica clausola contrattuale sottoscritta dal cliente, a prescindere dalla circostanza che ricorresse un giustificato motivo, soggetto a successivo accertamento, come previsto dal Codice.

Invero, tale contrasto, e lo svantaggio che ne derivava al cliente bancario, avevano condotto dottrina e giurisprudenza ad affermare la necessità del coordinamento e della integrazione tra la disciplina dei contratti dei consumatori ed il sistema definito dal T.u.b. e dalla deliberazioni del CICR, al fine di comporre la prospettiva

³²⁹ In tal senso, G. D'Amico, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 6, 648.

di tutela sostanziale della prima, con quella di tutela prettamente formale della seconda³³⁰.

Ma l'esigenza del rafforzamento della norma del T.u.b. ha trovato, di recente, anche un riconoscimento legislativo, che ha sostituito alla interpretazione estensiva della norma dettata dal Codice, una nuova formulazione dell'art. 118 T.u.b. Infatti, come prima si diceva, la norma è stata radicalmente modificata dall'art. 10, legge n. 248 del 4 agosto 2006. Ciò, peraltro, anche sulla scorta dei Provvedimenti adottati dall'AGCM nell'ottobre del 2004, sul presupposto che la disciplina del *ius variandi* concretava, oltre ad un abuso in danno al risparmiatore, anche una compressione dei profili della concorrenza sul mercato bancario italiano³³¹.

Come è stato rilevato nel capitolo che precede, la formulazione attuale dell'art. 118 T.u.b. dispone, ferma la specifica previsione contrattuale sottoscritta dal cliente, che il diritto di modificare le condizioni contrattuali possa essere esercitato dalla banca solo nell'ipotesi in cui ricorra un giustificato motivo. La comunicazione della variazione al cliente deve avvenire in modo personale, con preavviso di almeno trenta giorni, ed a questo si riconosce la facoltà di recedere, entro sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione scritta, senza penalità e salve le condizioni di liquidazione predeterminate.

In contrasto con la consolidata tendenza alla conservazione del potere contrattuale in capo alle banche, tradizionalmente fondata sulle esigenze di stabilità del settore creditizio, questo intervento legislativo si muove così nel solco della tutela effettiva e sostanziale del cliente bancario, ed altresì sembra fornire adeguata integrazione alle lacune del sistema del Codice del consumo. Il T.u.b., infatti, pure riprendendo le linee guida tracciate dalla disciplina consumeristica, ha accentuato i vincoli gravanti in capo alla banca nel momento della modificazione contrattuale, rispetto a quelli fissati dalla formulazione previgente dell'art. 118 T.u.b., ma anche dallo stesso art. 33, comma 3, lett. b) c. consumo. Ciò si riscontra agevolmente sol che si mettano in rilievo le differenze che connotano il nuovo art. 118 T.u.b., rispetto alla disciplina del Codice del consumo. Difformemente dal T.u.b., la disciplina del Codice non dispone, infatti, che la facoltà di variazione unilaterale sia oggetto di espressa previsione contrattuale e di relativa sottoscrizione; non fissa il termine

³³⁰ Nel senso del coordinamento, A. Di Majo, *I contratti bancari e finanziari dopo la legge sulle clausole abusive*, cit., 242; L. Nivarra, *Ius variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. dir. civ.* 2000, II, 466, nota 3; Corte Appello Roma, 24 settembre 2002, in *Corr. Giur.*, 2003, 471 ss.

³³¹ Sul punto, onde evitare inutili ripetizioni, si rimanda al par. 2.4, Capitolo II.

entro il quale il diritto di recesso può essere esercitato, né prescrive la conservazione delle condizioni di chiusura del rapporto. Ancora più *soft*, peraltro, è la disposizione dedicata alle modificazioni che intervengano sul disciplinare economico del contratto, *ex art. 33, comma 4, c. consumo*, che è specifico oggetto della disciplina bancaria. Rispetto a queste fattispecie, il Codice omette di fissare la condizione del preavviso, conformemente al previgente art. 118 T.u.b, il quale, si rammenta, mancava di una espressa previsione in tal senso.

Queste distorsioni possono oggi ritenersi corrette dal nuovo art. 118 T.u.b., la cui maggiore cautela, ad oggi, integra la più scarna disciplina consumeristica, a beneficio dell'interesse di carattere privatistico del cliente. Ciò muove ad una considerazione. Se, antecedentemente alla sua riscrittura, l'art. 118 T.u.b., in quanto ispirato ad esigenze di carattere sistemico, tendeva a garantire alla banca la facoltà di modificare, comunque, le condizioni economiche poste al cliente, risultandone necessario il richiamo alla disciplina consumeristica; invece, oggi, nei rapporti tra una banca ed un cliente qualificabile come consumatore, è la stessa disciplina bancaria a fornire a quest'ultimo una tutela effettiva³³². Rispetto ad essa, la normativa del Codice del consumo risulta infatti ancora parzialmente influenzata da istanze di natura pubblicistica.

Il controllo al quale oggi è sottoposta la clausola che disponga il *ius variandi* deve essere allora condotto con riguardo al rispetto delle prescrizioni formali in ordine al contenuto del contratto, al rispetto dei termini del preavviso, e del recesso. Mentre, sotto il profilo sostanziale, il controllo deve accertare la sussistenza di un giustificato motivo, tale essendo quello non imputabile alla volontà della banca di avvantaggiarsi a discapito del cliente-consumatore. Rispetto a questo profilo, interviene il contributo del Codice del consumo, ossia il parametro della buona fede, *ex art. 33, comma 1, c. consumo*, che delinea con maggiore chiarezza la nozione del giustificato motivo, solo genericamente indicato dall'art. 118 T.u.b. Sicché, la buona fede, ove accertata, esclude che la modificazione, che pure svantaggi il cliente consumatore, sia vessatoria e, quindi, nulla.

³³² Al riguardo, si segnalala lungimiranza di G. Carriero, *Banca d'Italia e controllo delle clausole abusive*, in *Investimento finanziario e contratti dei consumatori, il controllo delle clausole abusive*, a cura di G. Alpa, 1995, 64. Con riguardo alle innovazioni realizzate nel settore bancario, l'Autore osserva: «Lo spessore delle innovazioni intercorse è tale che il settore bancario e finanziario può oggi fondatamente candidarsi a fungere addirittura da laboratorio, nel quale vengono adottate le soluzioni idonee a trasmigrare, in omaggio alla teoria irtiana, fra gli istituti di diritto comune ».

Altri contributi da parte del Codice del consumo non pare siano individuabili. Né sembra potersi affermare che ove, *a contrario*, l'art. 33, comma 2, lett. m), c. consumo, prescrive, quale generale presupposto di validità del *ius variandi*, la positiva indicazione contrattuale in ordine al giustificato motivo, esso sia maggiormente protettivo nei confronti del consumatore, e sia dunque suscettibile di estensione analogica ai rapporti bancari. Infatti, la disciplina di deroga prevista per i contratti finanziari non fa menzione di tale indicazione all'interno del contratto, conformemente al disposto dell'art. 118 T.u.b. Ciò in quanto, per questi rapporti, il legislatore ha scelto di non vincolare la banca, o l'intermediario, ad una clausola contrattuale, poiché essa è intrinsecamente inidonea a prevedere tutte le numerose e non predeterminabili fluttuazioni, che nel mercato bancario ed in quello finanziario possono verificarsi³³³.

La modificazione deve quindi ritenersi rimessa alla discrezionalità della banca, ad essa sottendendo una esigenza di carattere sistemico ed eteronomo. Peraltro, si esclude che da tale discrezionalità possa derivare un pericolo di abuso in danno al risparmiatore, ove si consideri che la modificazione, ancorché discrezionale, non gode più del regime di insindacabilità, quale implicitamente concesso dal previgente art.118 T.u.b., in quanto essa risulta in ogni caso sottoposta al controllo in ordine al giustificato motivo.

2.2 Le deroghe operanti con riguardo alla prestazione di servizi finanziari. La disciplina del recesso.

L'art. 33, comma 2, lett. h), c. consumo, prevede una presunzione di vessatorietà delle clausole che consentano al professionista di recedere dal contratto stipulato a tempo indeterminato, senza un ragionevole preavviso, salvo ricorra una giusta causa. In deroga a questa disposizione, il successivo comma tre, lett. a), art. 33, c. consumo, con specifico riguardo ai contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato, riconosce la validità del recesso esercitato dal professionista senza preavviso, ferma, in ogni caso, la tempestiva comunicazione, e purché ricorra un giustificato motivo. Perciò, ove la clausola subordini, all'esercizio del recesso, un giustificato motivo, non risulta gravata dalla

³³³ R. Bocchini, *sub art. 1469 bis*, comma 4, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore, artt. 1469 bis e ss.*, a cura di E. Cesàro, Padova, 1996, I, 341.

presunzione di vessatorietà, salva la prova, da parte del professionista, in ordine al giustificato motivo stesso. Diversamente, essa è suscettibile del giudizio in ordine al significativo squilibrio. In questa ipotesi, sotto il profilo probatorio, l'onere grava ancora sul professionista, salvo non sia previsto un congruo termine di preavviso, che rimette, invece, allo stesso consumatore, l'onere di provare che la clausola sia vessatoria.

La norma, dunque, da un lato, deroga al presupposto del ragionevole preavviso, ferma l'immediata comunicazione al consumatore; dall'altro lato, differisce dalla disciplina generale sotto il profilo della condizione della sussistenza della *giusta causa*, sostituendole quella del *giustificato motivo*. Il che non sembra, tuttavia, condurre a conseguenze pratiche di rilievo. Non pare, cioè, che tale differenza vada al di là del piano meramente letterale, che configuri un maggiore *favor* per il professionista prestatore di servizi finanziari. Si consideri, infatti, che nel sistema del Codice del consumo, il giustificato motivo è posto in relazione funzionale alla clausola generale della buona fede– oggettiva– *ex art. 33, comma 1, c. consumo*, della quale costituisce diretta attuazione. Il grado di tutela che la lettera della norma appunta al giustificato motivo, risulta, quindi, sostanzialmente corrispondente a quello garantito dal presupposto della giusta causa³³⁴. In particolare, la fattispecie del giustificato motivo si ritiene normalmente configurata nell'ipotesi in cui l'impresa bancaria acquisisca degli elementi dai quali evinca la non trascurabile ed oggettiva difficoltà economica del cliente-consumatore³³⁵. Ed è pacifico che l'interesse a che la banca conservi la propria solvenza, attraverso l'interruzione del rapporto, a fronte della insolvenza, o della possibile insolvenza, dell'affidato, sia prevalente e meritevole di essere tutelato, in quanto riconducibile alla efficienza ed alla solvibilità dell'intero sistema creditizio.

³³⁴ In tal senso, A. A. Dolmetta, *Dal testo unico in materia bancaria e creditizia alla normativa sulle clausole abusive (Direttiva CEE n. 93/13)*, in *Dir. Banca Merc. Fin.*, 1994, I, 460; M. Rispoli Farina, art. 1469 *bis*, commi 4, 5, 6 e 7, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore, artt. 1469 bis e ss.*, 385; G. Lener, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti coi consumatori*, cit., 175. *Contra*, R. Bocchini, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, cit. 343, il quale ritiene invece che l'indicazione del giustificato motivo configuri un evento meno grave rispetto a quello della giusta causa, avvantaggiando, così, il prestatore di servizi finanziari.

³³⁵ M. G. Cubeddu, *sub art. 1469 bis c. 4 n. 1*, in AA.VV. *Clausole vessatorie e contratti con i consumatori, (art. 1469 bis e ss.)*, a cura di E. Cesaro, I, Padova, 1996, 462; F. Bochicchio, *Il controllo sostanziale sulle clausole vessatorie nei contratti d'impresa ed il settore bancario e finanziario: controllo dell'attività di impresa a tutela dei consumatori, o negazione del potere di impresa?* nota a Trib., Roma 21 gennaio 2000, in *Dir. fall.*, 2001, II, 461. L'Autore rileva che il giustificato motivo è collegato all'esistenza di oggettive difficoltà economiche dell'affidato, anche se non sfociate in una irreversibile insolvenza.

La previsione del giustificato motivo, in luogo della giusta causa, è, dunque, sostanzialmente neutra. Piuttosto, la disciplina consumeristica favorisce la categoria dei professionisti prestatori di servizi finanziari, attraverso l'esonero dall'obbligo del preavviso, che invece non pare trascurabile. Infatti, il riconoscimento del relativo termine apporta un rilevante vantaggio al consumatore, atteso che questo lo pone nella condizione di valutare le conseguenze dello scioglimento del contratto, e gli eventuali adempimenti che lo stesso comporta. Nondimeno, il Codice ha optato per la soppressione di questo obbligo, presumibilmente fondando ancora su considerazioni di ordine sistemico. Tuttavia, non sembra che le esigenze di celerità cui i rapporti devono essere improntati nell'ambito dei mercati finanziari, siano incompatibili con la previsione di un preavviso; mentre lo squilibrio che può derivare al risparmiatore-consumatore da una clausola che non prescriva questo obbligo, non trova adeguato bilanciamento nella maggiore efficienza sistemica che da tale maggiore celerità consegue. In questa specifica fattispecie, la prevalenza dei profili pubblicistici optata dal legislatore non sembra, dunque, condivisibile.

Il sistema di esenzione del Codice del consumo, e la sua parziale inadeguatezza, si sovrappongono alla disciplina dettata dal codice civile con specifico riguardo al recesso dal contratto bancario, all'art. 1845 c.c. La norma stabilisce che, salvo patto contrario, la banca non può recedere prima della scadenza del termine, se non per giusta causa, e prescrive l'obbligo di concedere un termine non inferiore a 15 giorni per la restituzione delle somme dovute. Al terzo comma, con specifico riguardo alla apertura di credito a tempo indeterminato, meramente ammette che ciascuna parte possa recedere, fermo il termine di preavviso, che, ove non fissato, si intende ancora di 15 giorni.

La disciplina codicistica contrasta, quindi, con quella consumeristica, sia in ordine al presupposto della giusta causa, sia in ordine all'obbligo del preavviso, in quanto deroga al primo, e prescrive il secondo. Occorre dunque comporre questo *puzzle*, sì da definire un sistema unitario che assicuri ai contratti di carattere finanziario il più alto grado di tutela possibile, sulla base della combinazione delle previsioni dell'una e dell'altra normativa.

Sotto il profilo della giusta causa, antecedentemente alla introduzione della disciplina dei contratti del consumatore, il primo comma dell'art. 1845 c.c. è stato tradizionalmente posto a base della legittimità delle Norme bancarie uniformi che riconoscevano alla banca il diritto di recesso *ad nutum*. La norma codicistica, infatti,

nel fare salva l'ipotesi del patto contrario alla sussistenza della giusta causa, legittima la previsione contrattuale del recesso arbitrario. In particolare, il terzo comma positivamente riconosce la possibilità di recedere dall'apertura di credito, omettendo di prescrivere il presupposto giustificativo. E proprio sul tenore di questa disposizione, è stata agevolmente fondata la legittimità dell'inserimento della clausola «fido fino a revoca» che, nella apertura di credito a tempo indeterminato, ha a lungo consentito alle banche di interrompere il rapporto con effetto immediato, e l'obbligo per il correntista di restituire le somme dovute nel termine di un solo giorno, atteso che l'art. 1845, terzo comma, c.c., non fissa un termine minimo. Clausola, sulla quale, peraltro, anche la giurisprudenza si è più volte pronunciata nel senso della validità³³⁶.

All'atto della introduzione della disciplina dei contratti del consumatore e, quindi, del recesso dai contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari, all'art. 1469 *bis*, comma 4, n. 1), c.c., l'A.B.I. ha modificato il proprio orientamento sul punto, e, quindi, la relativa Norma, adeguandola al disposto delle previsioni consumeristiche³³⁷.

Il recesso dai contratti a tempo indeterminato è stato così ammesso solo in caso di giusta causa. Ciò, ancorché l'art. 1845, comma terzo, c.c., ometta di prescrivere la sussistenza del giustificato motivo, risultandone conservata, per questa fattispecie, a livello legislativo, la possibilità del recesso *ad nutum*. Ciò che, in linea teorica, ne esclude la vessatorietà, *ex* art. 34, comma 3, c. consumo, secondo il quale non sono, infatti, vessatorie le clausole che, tra l'altro, riproducano disposizioni di legge.

Tuttavia, la *ratio* protezionistica sottesa alla normativa del consumatore, e l'abuso che dell'art. 1845, comma terzo, c.c., è stato fatto, inducono a negare che esso possa ancora trovare valida e legittima applicazione. Inoltre, l'estensione della previsione consumeristica in ordine al giustificato motivo risulta legittimata dalla identità dell'ambito di applicazione dell'art. 1845, comma tre, c.c., e dell'art. 33, comma tre, lett. a), c. consumo, entrambi riferiti ai rapporti a tempo indeterminato.

³³⁶ Corte d'Appello di Cagliari, 21 gennaio 1994, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1995, I, 317; Cass. 23 novembre 1993, n. 11566, in *Imp.* 1994, 1093.

³³⁷ Vedi Circolare A.B.I. 26 febbraio n. 1996-Contratti bancari- Attuazione della direttiva n. 93/13/CEE concernente le «clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori»- Legge 6 febbraio 1996, n. 52, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1996, I, 585 ss.

Questa soluzione è stata accolta dall'A.B.I.³³⁸, la quale, all'art. 6, comma 1, lett. c), ha previsto che dall'apertura di credito a tempo indeterminato, anche se non stipulata da un consumatore, la banca possa recedere ove ricorra un giustificato motivo. Il presupposto della giusta causa è stato disposto anche nell'ipotesi in cui l'apertura di credito sia a tempo determinato, purché il correntista sia qualificabile come consumatore, *ex* art. 1845, comma 1, c.c.. Ed infatti, per la generalità dei contratti a tempo determinato, l'A.B.I. ha ritenuto di riferirsi proprio al primo comma dell'art. 1845 c.c. Tuttavia, non più al primo inciso, che fa salvo il patto contrario, e quindi legittima la clausola contrattuale che preveda il recesso *ad nutum*, ma alla parte restante del comma, che vincola la facoltà di recedere alla sussistenza della giusta causa. Ne è conseguita la rinuncia della facoltà di ricorrere al patto contrario, precedentemente consolidata.

Ma, come prima si diceva, il sistema dell'art. 1845 c.c. contrasta con quello dell'art. 33, comma 3, lett. a) c. consumo, non solo con riferimento alla disponibilità del requisito della giusta causa, che, anzi, non è affatto prescritta per la apertura di credito a tempo indeterminato. Un ulteriore profilo di contrasto attiene infatti alla circostanza che, con riguardo specifico a questa fattispecie, il già citato terzo comma dell'art. 1845 c.c., ammette ciascuna delle parti a recedere – senza prescrivere il ricorrere della giusta causa – sol che ne sia dato preavviso, quale indicato dalle parti, dagli usi, ovvero nel termine di quindici giorni. Diversamente, il Codice non prescrive alcun preavviso, e già si ha avuto modo di rilevare come questa scelta sia criticabile.

Mentre, quindi, il codice civile subordina il recesso ad una condizione temporale, invece il codice del consumo lo subordina ad una condizione giustificativa. Pare

³³⁸ Circolare A.B.I., 26 febbraio n. 1996, cit. L'art. 6, comma primo, lett. c) delle Norme bancarie uniformi, per i conti correnti di corrispondenza e servizi connessi, così dispone: «1.La banca ha facoltà di recedere in qualsiasi momento, anche con comunicazione verbale, dall'apertura di credito, ancorché concessa a tempo determinato, nonché di ridurla o di sospenderla; per il pagamento di quanto dovuto sarà dato al correntista, con lettera raccomandata, un preavviso non inferiore a ...giorni».

2. Qualora il correntista rivesta la qualità di consumatore ai sensi dell'art. 1469 *bis*, comma secondo, c.c., la banca ha facoltà di recedere dall'apertura di credito a tempo indeterminato secondo le modalità sopra indicate; nel caso di apertura di credito a tempo determinato la banca ha facoltà di recedere o di ridurre l'affidamento al ricorrere di una giusta causa. Per il pagamento di quanto dovuto sarà dato al correntista, con lettera raccomandata, un preavviso di ...giorni». Rispetto a questa Norma, l'A.B.I. così ha affermato: «Con riferimento all'ipotesi di apertura di credito a tempo indeterminato, va osservato tuttavia che la richiamata facoltà di recesso è nella prassi utilizzata dalla banca soltanto al ricorrere di motivi inerenti la meritevolezza del credito, tali da giustificare la revoca del medesimo. La delineata impostazione può essere esplicitata nella pattuizione in argomento, facendo emergere, ad esempio anche attraverso la previsione di singoli motivi della sussistenza del giustificato motivo, al ricorrere dei quali il recesso può essere esercitato dalla banca nei confronti del singolo consumatore».

allora che un coordinamento possa essere effettuato anche sotto questo profilo, risultandone così, la fattispecie conclusa con il cliente-consumatore, garantita sia dal presupposto del giustificato motivo, sia da quello del preavviso, attraverso l'estensione dell'art. 1845, terzo comma, c.c., nella parte in cui, appunto, ne prescrive l'obbligo.

Per i contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari *tout court*, al di là della apertura di credito a tempo indeterminato, deve, perciò, ritenersi esclusa, oltre alla facoltà di esercitare il recesso senza che ricorra un giustificato motivo, anche la possibilità di derogare al termine del preavviso³³⁹.

³³⁹ In tal senso si è espresso il già citato Trib. di Roma, 21 gennaio 2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, il quale ha infatti dichiarato la vessatorietà delle clausole che, all'interno dei contratti bancari e finanziari, rimettono alla banca il diritto di recedere senza giustificato motivo e senza un ragionevole preavviso.

Considerazioni conclusive

Lo scritto si sviluppa in tre capitoli. Il primo ha ad oggetto il sistema definito dalla legge bancaria del 1936; il secondo, la disciplina di tutela prevista dal Testo Unico in materia bancaria e creditizia, con particolare riguardo ai profili critici connessi alla sua applicazione pratica. Infine, il terzo capitolo pone a confronto la tutela specificamente riconosciuta al soggetto risparmiatore, e quella riconosciuta al consumatore *tout court*.

Come si desume agevolmente dal titolo della tesi, l'analisi è stata condotta con un approccio sistemico. Da un lato, sono stati delineati gli strumenti di cui il risparmiatore concretamente dispone. Dall'altro lato, questi sono stati posti in relazione alla struttura del sistema bancario, ed alle istanze di carattere pubblicistico ad esso sottese, in particolare, quella della stabilità. Ciò, allo scopo di verificare se ancora sussista una qualche relazione tra la "specialità" del settore creditizio e la effettiva operatività della disciplina posta a tutela del risparmiatore.

Fino alla prima metà degli anni ottanta, la disciplina del sistema bancario è stata ispirata da una visione di regolazione e protezione del mercato. La legge bancaria del 1936-1938 era fortemente influenzata dalla ideologia corporativa, tipica del momento storico, e fu essenzialmente diretta a creare un assetto strutturale che fosse capace di conferire al sistema *unità di direzione, efficiente organizzazione, ordine gerarchico e disciplina*. Ciò, attraverso disposizioni operanti sia a livello di disciplina del mercato, sia di disciplina dell'impresa, che sottendevano le esigenze della politica economica. Infatti, sulla spinta della depressione del sistema capitalistico internazionale degli anni venti, e della crisi che in quegli anni colpì, in Italia, gli operatori bancari, a causa della commistione tra banche ed industria, ed altresì della circostanza che il numero delle imprese bancarie era divenuto eccessivo rispetto alle esigenze del mercato reale e di quello finanziario, il regime aveva adottato un modello di organizzazione dell'economia fortemente accentrato e dirigistico, che acquisì alle autorità governative la piena disponibilità della leva del credito.

La nozione di impresa bancaria che coerentemente andò delineandosi in questo scenario, anche ad opera delle interpretazioni giurisprudenziali, fu quella di impresa-funzione. Invero, essa era considerata, per espressa previsione legislativa, funzione di interesse pubblico, risultando così suscettibile di essere condizionata al

potere di indirizzo della autorità, e quindi funzionale al perseguimento degli interessi di carattere generale, di raccolta di risorse finanziarie e di sviluppo dell'economia nazionale.

La stabilità del sistema fu elevata a principio ordinamentale, in quanto ritenuta necessaria a garantire la restituzione dei capitali affidati dai depositanti, ed agevolarne così la raccolta. Mentre i profili del conseguimento del profitto e della competitività da parte della singola banca, furono subordinati alla efficienza del sistema considerato nel suo complesso. In particolare, la legge bancaria dettò disposizioni che, a garanzia della stabilità, crearono un assetto oligopolistico caratterizzato da barriere giuridiche all'entrata nella forma di autorizzazione amministrativa, in funzione di programmazione all'esercizio della attività bancaria; forte specializzazione operativa e geografica; pluralismo, e limitazioni alla possibilità di apertura di nuovi sportelli. In questo quadro, si accordava un certo *favor* alle operazioni di concentrazione, in quanto ritenute strumentali all'assorbimento della insolvenza di singole imprese, diversamente idonea a generare ripercussioni sistemiche. Il sistema previgente era dunque prevalentemente orientato a garantire la stabilità e la liquidità sistemiche.

Alla "investitura" della attività bancaria di una funzione pubblica, corrispondeva la "collettivizzazione" del risparmio, in esso individuandosi la leva della crescita dell'economia italiana. E rispetto a questa accezione collettiva, l'interesse del singolo risparmiatore e la sua tutela giuridica risultavano relegati ad una posizione di subordine. Infatti, l'azione tecnico-amministrativa da parte delle autorità, ridusse *ad unicum* l'interesse generale al regolare svolgimento della funzione creditizia, quale necessario alla salvaguardia del risparmio, e quello privatistico di conservazione della disponibilità monetaria affidata dai risparmiatori alle banche. La disciplina speciale, quindi, implicitamente affidava la tutela del risparmiatore a quella della stabilità del sistema bancario- creditizio, che invero fu notevolmente rafforzata. Tuttavia, tale forma di tutela indiretta soffriva il limite della esclusività. Ciò in quanto il legislatore del 1938 omise di disciplinare il momento contrattuale banca-depositante e, più in generale, banca- cliente, mancando di riconoscerne la debolezza, sia sotto il profilo restitutorio, sia sotto quello della trasparenza. Risultava dunque obbligato il rinvio al sostrato normativo di diritto comune, in particolare alla disciplina delle condizioni generali di contratto *ex artt.* 1341 e 1370 c.c., ed a quella del contratto concluso mediante moduli o formulari, *ex art.* 1342

c.c. Il sistema di tutela del risparmiatore si risolveva, così, in quello predisposto dal legislatore per il contraente debole “ordinario”.

Il riferimento alle norme dettate in tema di condizioni generali, e la necessità di verificarne la effettiva operatività, muovono dalla diffusione, nel settore bancario, della adozione di schemi contrattuali uniformi, denominati "Norme bancarie uniformi". Queste, invero, oltre ad indebolire il potere contrattuale del risparmiatore, quando non configurano propriamente delle clausole vessatorie in deroga ai principi generali, determinano uno squilibrio ad esclusivo ed ingiustificato vantaggio delle banche. Peraltro, esse si sono risolte, negli anni, in un allineamento dell'offerta e, quindi, nella obliterazione del gioco concorrenziale tra le imprese bancarie.

Invero, rispetto alle N.b.u., la disciplina civilistica risultava inadeguata, in quanto essa appronta una tutela meramente formale, inidonea a correggere le distorsioni ed i profili di vessatorietà che, sul piano privatistico, derivano dalle Norme. Essa, infatti, si limita a subordinare l'efficacia del regolamento al requisito della conoscenza, o della conoscibilità, senza indicare i mezzi necessari al suo conseguimento. Mentre la cautela rispetto alle clausole derogatorie al diritto dispositivo, opera sul piano meramente formale, risolvendosi nella specifica approvazione scritta.

Né forme di tutela *ad hoc* erano rintracciabili nella normativa secondaria, ossia nell'ambito delle istruzioni che la Banca d'Italia aveva il potere di dettare al riguardo, *ex art. 32 l. bancaria*. L'interesse alla stabilità che le Norme realizzavano attraverso l'allineamento dell'offerta, era infatti ritenuto prevalente e meritevole di essere tutelato anche nel momento contrattuale, ancora ritenendosi che esso non potesse essere garantito se non contenendo la spinta concorrenziale. Così, paradossalmente, la restituzione dei depositi risultava garantita a spese del risparmiatore medesimo.

Solamente a partire dalla fine degli anni settanta, il settore bancario e quello finanziario hanno iniziato a subire una progressiva evoluzione, nel senso della maggiore attenzione verso l'interesse di carattere privatistico del soggetto risparmiatore. Le modificazioni sono intervenute sia sul piano fattuale, sulla scorta della nascita e della diffusione di numerosi nuovi prodotti ed intermediari finanziari; sia su quello giuridico, in conseguenza del processo di despecializzazione delle banche, e di ampliamento del contenuto della attività bancaria medesima,

anche attraverso servizi di intermediazione e di consulenza *lato sensu* finanziari, non riservati, sia pure per il tramite del sistema delle partecipazioni.

La spinta verso il nuovo ordinamento bancario è di origine comunitaria. In particolare, la I direttiva n. 77/780 del 12 dicembre 1977 (coordinamento delle legislazioni nazionali in materia di accesso alla attività bancaria *ex art.* 57.2 Trattato CEE), ha dichiarato precettivi i principi di libero stabilimento e di libera circolazione dei servizi. Il D.P.R. 27 giugno 1985, n.350, di recepimento della direttiva, ha sostituito alla concezione dell'impresa bancaria quale impresa-funzione, quella di impresa- diritto, riconoscendo, così, il diritto alla libertà di iniziativa economica nel settore bancario. Ciò che ha condotto, tra l'altro, ad un mutamento nello "stile" della vigilanza, che da strutturale è divenuta prudenziale, e quindi esercitata sulla base di parametri oggettivi che espongono la banca alle valutazioni del mercato. Mentre il principio del mutuo riconoscimento, quale sancito dalla II direttiva n.89/646 del 15 dicembre 1989, ha esposto le imprese italiane alla concorrenza di quelle europee, ed ha riconosciuto piena cittadinanza alla banca universale, accanto al gruppo creditizio.

Con l'inizio degli anni '90, e sotto la spinta delle direttive europee, il processo di riforma dell'ordinamento italiano, con particolare riguardo alla accezione ed al ruolo della impresa bancaria, è proseguito con la privatizzazione degli istituti di credito pubblico, avvenuta prima sul piano formale, poi su quello sostanziale, attraverso lo scorporo dell'azienda bancaria, mediante conferimento in società per azioni e trasformazione degli enti pubblici conferenti in fondazioni bancarie, con l'obbligo per queste di conservare il controllo e successivamente di dismetterlo. A siffatta apertura del mercato, si è necessariamente accompagnata la adozione della disciplina posta a tutela della concorrenza, che ha trovato applicazione al comparto bancario, per la prima volta, con la sentenza Zuchner della Corte di Giustizia del 1981, e definitiva consacrazione normativa negli artt. 5 d. lgs. 1993, n.385 e 20 legge 287/1990.

Il "nuovo" ordinamento bancario che si è andato così definendo, è stato codificato nel d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385-Testo unico in materia bancaria e creditizia, il quale ha peraltro realizzato la *reductio ad unum* delle fonti normative e delle leggi che hanno alluvionato l'ordinamento italiano nel corso degli anni ottanta. Il Testo unico ha assunto così anche una funzione di raccordo: in esso sono state trasfuse le disposizioni precedentemente dettate dal d.lgs. 481/1992; quelle fissate in materia

di vigilanza sui gruppi bancari dal d.lgs. 356/1990; la normativa sul rapporto banca-industria contenuta nel d.lgs. 287/1990, ed, infine, la disciplina dettata in tema di trasparenza delle operazioni bancarie dalla legge 154/1992 e di credito al consumo dalla legge 142/1992.

Diversamente dalla legge bancaria del 1936, il T.u.b. non “tradisce” aspirazioni di governo del credito, né sembra prevedere strumenti a ciò atti. Al riguardo, basti rilevare che alla nozione di risparmio non risulta più attribuito il carattere collettivo tipico della disciplina previgente, ed altresì che l'attività bancaria perde la natura di “funzione di interesse pubblico”, pure conservando la attinenza ad interessi pubblici, e tra questi quello alla tutela del risparmio ed allo sviluppo del sistema finanziario. Ed invero la banca è assoggettata ad un regime di controlli che investe tutta la sua esistenza, ma che, appunto, è diretto a garantire l'efficiente operatività e la continuità aziendale, nel rispetto della sua natura di attività imprenditoriale privata.

Coerentemente con le modificazioni intervenute a livello sistemico, il legislatore del 1993 ha specificamente disciplinato il momento contrattuale banca-cliente, al quale ha dedicato una normativa che pone la trasparenza direttamente in funzione della tutela del cliente. In particolare, il regime definito dal T.u.b. opera sia nella fase preliminare a quella della conclusione del contratto; sia nella fase della sua esecuzione, e riconosce, così, al risparmiatore, due forme di tutela: i) una mediata, che sostiene ed assicura il meccanismo concorrenziale; ii) una diretta e “passiva”, la quale obbliga la banca a renderlo consapevole in ordine al contenuto contrattuale. A queste, peraltro, si aggiunge una forma di tutela attiva, in forza della quale il cliente, in via esclusiva, può agire per la nullità assoluta o relativa del contratto, ove difforme dalle prescrizioni normative.

È pacifico che l'introduzione di un sistema espressamente dedicato alla tutela del cliente bancario segni una profonda innovazione rispetto alla legislazione previgente, alla quale invero sottende la “rivoluzione” di tipo culturale che ha investito numerosi istituti giuridici negli ultimi anni, nel senso della tutela del contraente debole. Nondimeno, la formulazione di alcune disposizioni, ed il perdurante fenomeno dell'autoregolamentazione e della adozione delle N.b.u. da parte delle banche, tendono comunque a conservare in capo a queste un certo potere negoziale in danno del risparmiatore, che è ancora riconducibile alla prevalenza dell'interesse alla stabilità che contraddistingue il sistema bancario.

Lo squilibrio che da sempre caratterizza il rapporto contrattuale tra la banca ed il cliente, sembra comunque avere subito un certo ridimensionamento in forza delle recenti modificazioni intervenute sul piano legislativo. Il riferimento è in particolare alla riscrittura dell'art. 118 T.u.b., ad opera del d. l. 4 luglio 2006, n. 223, art. 10, comma 1, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248. La nuova formulazione della norma prevede che la modificazione delle condizioni contrattuali possa avvenire solo in presenza di un giustificato motivo, e che sia espressamente comunicata al cliente. Salvo, in ogni caso, il rispetto del termine minimo di preavviso fissato in trenta giorni, ed il diritto di recesso che il cliente può esercitare entro sessanta giorni dalla comunicazione della variazione. Il diritto alla conoscenza della intervenuta modificazione, da un lato, ed al recesso, dall'altro, sono dunque stati resi effettivi rispetto alla disciplina previgente che, diversamente, prevedeva la comunicazione impersonale, ed un termine di recesso breve, che di fatto lo rendeva impraticabile.

Al sistema della trasparenza delineato dal T.u.b. si è venuta ad aggiungere la disciplina dei contratti del consumatore, oggi contenuta nel Codice del consumo. Atteso che il legislatore non ha posto limiti di carattere oggettivo alla sua estensione applicativa, la tutela consumeristica deve, infatti, ritenersi operante anche nei confronti dei contratti bancari. A questo profilo è dedicato l'ultimo capitolo della tesi.

Preliminarmente, si è ritenuto opportuno rilevare le differenze che, sul piano oggettivo e su quello soggettivo, distinguono la disciplina bancaria da quella del Codice del consumo, anche al fine di escludere dal campo di indagine, le fattispecie sottratte "al regime di doppio regime", in quanto carenti dei requisiti presupposti dall'uno o dall'altro. Sotto il profilo oggettivo, sebbene la normativa dettata in tema di credito al consumo, ed alcune, rilevanti, disposizioni sulla trasparenza, siano riconducibili al profilo dell'equilibrio normativo, il sistema del T.u.b. si muove prevalentemente sul piano pubblicitario ed informativo. In linea generale, esso non definisce una verifica in ordine al merito delle previsioni contrattuali, ed all'equilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti. Ed invero, diversamente dal Codice del consumo, non indica una clausola generale che presieda al controllo sostanziale sui contratti. Piuttosto, la disciplina bancaria è diretta a garantire che il generico cliente sia effettivamente consapevole della portata economica del contratto che intenda stipulare.

Con riguardo al profilo soggettivo, mentre la disciplina della trasparenza bancaria opera a beneficio del cliente bancario, sia esso un professionista o un consumatore, a quest'ultimo avendo riguardo, in via esclusiva, solo la disciplina del credito al consumo; invece, l'ambito di applicazione della disciplina del Codice del consumo è limitato ai contratti che siano stipulati tra un professionista ed un consumatore, tale essendo la persona fisica che agisca al di fuori della propria professione. Sicché, dal regime di tutela di carattere sostanziale definito dal Codice, resta senz'altro esclusa la categoria delle imprese, pure deboli nel confronto con la banca.

Diversamente, nell'ipotesi in cui il cliente della banca sia qualificabile come consumatore, questi beneficerà del sistema definito dal T.u.b e di quello definito dalla disciplina consumeristica.

Tale "doppiezza" non è stata composta dal legislatore, che ha mancato di realizzare un coordinamento o una qualche abrogazione, lasciando sopravvivere *tel quelle* il regime definito dal Testo Unico. Si è dunque resa necessaria un'opera di raccordo tra le due normative, ossia un coordinamento delle previsioni omologhe dettate dai due sistemi, che ha consentito di mutuarne i profili di maggiore efficienza, e di definire una disciplina unitaria, idonea ad assicurare al risparmiatore-consumatore il grado di tutela più elevato possibile.

Invero, nell'ambito dell'analisi e dello studio di questi profili, è emerso che l'estensione della disciplina più efficace non opera solo dalla disciplina consumeristica a quella bancaria, come *prima facie* è agevole supporre, ma anche in senso inverso. Infatti, talora è il sistema dettato dal Codice del consumo ad assicurare una tutela più effettiva e, quindi, a doversi ritenere operante anche a beneficio del risparmiatore. Tal'altra, viceversa, è il sistema del T.u.b. a meglio garantire la posizione del cliente nel confronto con la banca, dovendosi perciò considerare prevalente. Ciò che si è avuto modo di verificare in particolare, rispetto alle deroghe che il Codice prevede sulla materia dei contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato, che tendono ad abbassare il grado di protezione accordato al consumatore.

In particolare, all'art. 33, comma 3, il Codice del consumo dedica ai rapporti di carattere finanziario una disciplina speciale, che parzialmente mortifica la sua aspirazione a garantire il più elevato livello di tutela possibile, attraverso la parificazione delle posizioni delle parti. E tale specialità si concreta in un regime più soft, che favorisce il professionista di prestazioni finanziarie rispetto a quello *tout*

court, nei rapporti con il consumatore, con riguardo alla materia del *ius variandi* e del diritto di recesso. Rispetto a questi profili, il livello di tutela accordato al contraente debole risulta invero minore non solo rispetto a quello garantito, dallo stesso Codice, nei rapporti diversi da quelli aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari, ma anche, parzialmente, rispetto a quello accordato al cliente bancario dal T.u.b..

Il Codice del consumo, dunque, “ritaglia” uno spazio a servizio delle imprese bancari e finanziarie. Le ragioni di questa scelta devono essere senz’altro ricercate all’interno del settore nel quale queste operano, nelle esigenze di solvibilità e di stabilità, e nella mutevolezza delle condizioni che lo caratterizzano. Ragioni, cioè, di carattere sistemico. È evidente, quindi, che ancora trovi riconoscimento il tema della prevalenza dei profili pubblicistici, anche in una normativa che, pure, è espressamente dedicata alla tutela dell’interesse privatistico del consumatore.

Questi profili caratterizzano anche, ed in misura certamente maggiore, il Testo Unico. Tuttavia, dalla analisi in ordine alla concreta applicazione delle norme dettate dal T.u.b. e dal Codice in tema di *ius variandi* e di recesso, sembra potersi concludere che il primo, seppure con le limitazioni e le contraddizioni che lo contrassegnano, ancora conservi parzialmente una funzione anticipatoria e di garanzia rispetto alle altre normative, e ciò anche sulla materia della tutela del contraente debole.

Riferimenti bibliografici

Agresti. G., *Le norme sui contratti*, in *La nuova legge bancaria Il T.U. delle leggi sulla intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione, commentario*, t. III, a cura di P. Ferro- Luzzi e G. Castaldi, Milano, 1996, 1835

Alessi R., *Le prestazioni amministrative rese ai privati: teoria generale*, Milano, 1956

Allegri V., *Norme bancarie uniformi e condizioni generali di contratto nelle recenti tendenze della dottrina giuridica*, in *BTB- Economia banca e congiuntura*, 1979

Alpa G., *La «trasparenza» del contratto nei settori bancario, finanziario ed assicurativo*, in *Giur. it.*, 1992, IV, c.411

Alpa G., *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Nuova giur. civ.*, 1996, I, 411

Alpa G., *Il diritto dei consumatori*, Roma- Bari, 1999

Alpa G., *Note sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Ec. e dir. terz.*, 2003, 346

Alpa G., *La trasparenza delle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore*, in *Vita not.*, 2, 2004

Amorosino S., *La funzione amministrativa di vigilanza sulle banche*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 1996, I, 77

Arcangeli A., *La natura commerciale delle operazioni di banca*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, 23

Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, III Sottocommissione, *Atti parlamentari*, 15-16 ottobre 1946, 202

Assemblea costituente, *Atti, Discussioni* dal 16 aprile 1947 al 19 maggio 1947, IV, 4040

Associazione Bancaria Italiana, circolare del 25 ottobre 1988

Associazione Bancaria Italiana, Circolare del del 1° febbraio 1993 n. 3

Associazione Bancaria Italiana, Circolare del 26 febbraio n. 1996-Contratti bancari- Attuazione della direttiva n. 93/13/CEE concernente le «clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori»- Legge 6 febbraio 1996, n. 52, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1996, I, 585 ss.

Associazione Bancaria Italiana, Regolamento del 3 febbraio 2006

- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Boll.*, n.11 del 1991, 18
- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Boll.*, n.12 del 1991, 60
- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Boll.*, n.13 del 1991, 68
- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Boll.*, n.4 del 1993, 60
- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, provvedimento 150/A del 30 maggio 2001
- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Provvedimento n. 17046, in *Boll.* n.26/2007
- Azzaro M., *I contratti dei consumatori*, (a cura di) E. Gabrielli, E. Minervini, Torino, 2005, 60
- Banca d'Italia, delibera del 23 giugno 1966, *Bollettino della Banca di Italia, Vigilanza sulle aziende di credito*, n.16, 45
- Banca d'Italia, Istruzioni di Vigilanza del 24 maggio 1992
- Banca d'Italia, *Istruzioni di Vigilanza*, 31 gennaio 1994, circolare n. 4 del 29 marzo 1983, 106° aggiornamento, *operatività a medio e lungo termine e raccolta in titoli delle banche*, capo LVII, sez. I
- Banca d'Italia, *Relazione per l'anno 1993, I- Relazione economica*, Roma, 1994, 342
- Banca d'Italia, Provvedimento n.12 del 3 dicembre 1994, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1995, II, 393 ss.
- Banca d'Italia, *Istruzioni di Vigilanza*, in G.U. 12 maggio 1998, n. 108
- Banca d'Italia, *Istruzioni di Vigilanza*, Titolo X, Capitolo I, 9° aggiornamento del 25 luglio 2003 alla circolare n. 229 del 21 aprile 1999, in G.U. del 19 agosto 2003, n.191
- Belli F., *Vigilanza e dintorni: qualche osservazione sugli artt. 20-30 del decreto n.481*, in *Il recepimento della seconda direttiva CEE in materia bancaria: prime riflessioni*, F. Capriglione, Roma, Banca d'Italia, 1993, 158
- Benatti F., *Le clausole di esonero di responsabilità nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie* a cura di G. B. Portale, Milano, 1978, 156
- Bernini G., *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologna, 1991
- Bertoni A., *Il concetto di «specializzazione» dell'attività creditizia nel pensiero di Giordano Dell'Amore*, in AA.VV., *Evoluzione dell'attività bancaria*, Milano, 1983, 171 ss.
- Bigiavi W., *Il Fallimento Giuffrè*, in *Giurisprudenza italiana*, 1959, I, 2, cc. 355

Bigliuzzi Geri L., *Condizioni generali di contratto e buona fede*, in *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, a cura di E. Cesaro, Padova, 1994, 33

Biscaini Cotula A. M., *Il cartello interbancario in Italia. Condizioni e norme per le operazioni e i servizi di banca (1936-1974)*, in *Bollettino della Banca d'Italia*, 1980, 377.

Bocchini R., *sub art. 1469 bis*, comma 4, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore, artt. 1469 bis e ss.*, a cura di E. Cesàro, Padova, 1996, I, 341.

Bocchini R., *Gli elenchi di clausole vessatorie, sub. Art. 1469 bis co. 3 n. 11*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di E. Gabrielli ed E. Minervini, Torino, I, 2005, 261.

Bochicchio F., *La nuova disciplina dei contratti con i consumatori. Dal controllo formale al controllo sostanziale: effettività e limiti*, in *Economia e diritto del terziario*, 1997, 1, 120.

Bochicchio F., *Il controllo sostanziale sulle clausole vessatorie nei contratti d'impresa ed il settore bancario e finanziario: controllo dell'attività di impresa a tutela dei consumatori, o negazione del potere di impresa?*, nota a Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *Dir. fall.*, 2001, II, 461

Bonaldo Stringher, *Relazione per l'adunanza generale ordinaria degli azionisti della Banca di Italia del 28 marzo 1929*

Bonelli F., *La crisi del 1907. Una tappa dello sviluppo industriale in Italia*, Torino, Fondazione Luigi Einaudi, 1971

Bontempi P., *Diritto bancario e finanziario*, Milano, 2006

Bracco B., *I depositi a risparmio*, Padova, 1939

Buonocore V., *Postilla in tema di attività bancaria*, in *Giur. comm.*, 1976, II, 817

Busnelli F. D., *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, artt. 1469 bis-1469 sexies, a cura di C.M. Bianca- F.D. Busnelli, Padova, 1999, 12 ss.

Bussoletti M., *Norme e progetti di legge in tema di parità di trattamento e trasparenza nelle operazioni bancarie*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1990, 236

Cabras G., *Conto corrente bancario e anatocismo tra diritto e pregiudizio*, in *Bancaria*, 1999, 38 ss.

Campobasso G. F., *Servizi bancari e finanziari e tutela del contraente debole: l'esperienza italiana*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1999, I, 564, 565

Cajani U., *La tutela del risparmio e la disciplina del credito nella legislazione italiana*, Milano, 1939

Capobianco E., *I contratti delle banche: trasparenza ed equilibrio nei rapporti con la clientela*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2002, 380

- Capriglione F., *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Milano, 1978
- Capriglione F., *Il recepimento della seconda direttiva CEE in materia bancaria. Prime riflessioni*, in *Il recepimento della seconda direttiva CEE in materia bancaria*, Bari, 1993, 66
- Capriglione F., *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, CEDAM, 2001
- Carbone V., *La difficile attuazione della direttiva comunitaria 93/13/Cee*, in *Corriere Giur.*, 1996, n. 3, 251
- Carbone V., *Interessi anatocistici tra interventi giurisprudenziali, salvataggi normativi e questioni di costituzionalità*, nota a Cass., 11 novembre 1999, n. 12507, in *Corr. Giur.*, 1999, 2, 1485 ss.
- Caringella F., *I contratti dei consumatori*, a cura di F. Caringella e G. De Marzo, Torino, 2007, 91
- Carozzi A. M., *Accordi interbancari e disciplina antitrust comunitaria e nazionale*, Roma, 1998
- Carriero A. M., *Art. 117 Contratti*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, F. Capriglione, Cedam, 2001, 906
- Carriero G., *La trasparenza delle condizioni contrattuali nel t.u.: regole generali e controlli*, in *Dir. banc.*, 1994, I, 433
- Carriero G., *Banca d'Italia e controllo delle clausole abusive*, in *Investimento finanziario e contratti dei consumatori: il controllo delle clausole abusive*, a cura di G. Alpa, Milano, 1995, 64
- Carriero G., *Norme di protezione dell'utente dei servizi bancari e finanziari: taluni effetti economici*, in *Riv. dir. impr.*, 1997, 82
- Carriero G., *Codici deontologici e tutela del risparmiatore*, in *Foro it.*, 2005, V, 199
- Cassese S., *La divisione del lavoro bancario. Distribuzione funzionale e territoriale del credito dal 1936 ad oggi*, in «*Economia italiana*», 1938, 380
- Cavalli G., *Le clausole vessatorie nei contratti bancari*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di G. B. Portale, Milano, 1978 I, 103
- Cocozza A., *Il recepimento della direttiva sulle clausole abusive. Prime riflessioni sui suoi effetti nei contratti bancari*, in *Argomenti di diritto bancario*, a cura di F. Belli e F. Mazzini, Torino, 1998, 45
- Colagrosso E. - Molle G., *Diritto bancario*, Roma, 1960

Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio, *Norme che regolano i conti correnti di corrispondenza* approvate dalla *Confederazione generale bancaria fascista*, 7 gennaio 1929, prot. N. 30

Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio, Deliberazione del 14 maggio 1971

Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio, Delibera del 9 febbraio 2000, in G.U. del 22 febbraio 2000, n. 43

Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio, Deliberazione del 4 marzo 2003, disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* del 27 marzo 2003, n.72

Commissione Permanente del Senato, 5°, Relazione 5, n. 741-A del 24 luglio 2006, reperibile on line, www.senato.it.

Costi R., *Riflessioni in tema di enti creditizi pubblici*, in *Bancaria*, 1983, 583 ss.

Costi R., *Autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e costituzione degli enti creditizi*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 567 ss.

Costi R., *Le regole europee per la nuova legge bancaria*, in *Il Sole 24 Ore* del 2 giugno 1992

Costi R., *Informazione e contratto nel mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 721

Costi R., *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, 2001

Cottino G., *Intervento conclusivo*, in *Trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto*, a cura di A. Marini e C. Stolfi, Napoli, 1992, 136

Crespi A., *Attività bancaria e raccolta di risparmio non autorizzata*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 1960, I, 489 ss.

Cubeddu M. G., *sub art. 1469 bis c. 4 n. 1*, in AA.VV. *Clausole vessatorie e contratti con i consumatori*, (art. 1469 bis e ss.), a cura di E. Cesaro, I, Padova, 1996, 462

D'Amico G., *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 6, 648

D'Angelo P., *Trattato di tecnica bancaria*, Milano, 1932

De Gregorio A., *La legislazione italiana sulla tutela del credito*, in *Riv. Dir. comm.*, 1929, 19

De Nova G., *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civile*, 1994, 936

De Nova G., *Disposizioni varie*, in *La nuova legge bancaria il T.U. delle leggi sulla intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione, commentario*, t. III, a cura di P. Ferro- Luzzi e G. Castaldi, Milano, 1996, 1877

De Nova G., *Le clausole vessatorie: art. 25, legge 6 febbraio 1996, n. 52*, Milano, 1996

Desiderio L., *Autorizzazioni ex art. 28 L.B. e procedure di liquidazione delle aziende di credito*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 1976, II, 375 ss.

Desiderio L., *Un'occasione di riflessione sul pubblico e sul privato nel credito: le crisi bancarie*, in *Riv. dir. impr.*, 1991, 450

Di Majo A., *Il controllo giudiziale sulle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, 194

Di Majo A., *I contratti bancari e finanziari*, in *Clausole "vessatorie" e "abusiva": gli artt. 1469 bis ss c.c. e i contratti col consumatore*, a cura di U. Ruffolo, Milano, 1997, 240

Dolmetta A. A., *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla l. n. 154/1992*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1992, I, 393

Dolmetta A. A., *Dal testo unico in materia bancaria e creditizia alla normativa sulle clausole abusive (Direttiva CEE n. 93/13)*, in *Dir. Banca Merc. Fin.*, 1994, I, 460

Dolmetta A. A., *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia*, in *Dir. Ban.*, 1998, I, 34

Dolmetta A. A., *Le nuove modifiche al testo unico bancario, Commentario al d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342*, Milano, 2000

Dolmetta A. A., *Il divieto di anatocismo per le banche dalla gestione del pregresso ai rapporti attuali. Per un uso laico della «certezza del diritto»*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2005, II, 132

Falaschi V., voce *Monte dei Paschi- Banco di Siena*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1964, vol. X, 883

Falco F., *Il credito al consumo*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, 638

Ferrando G., *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. com.*, 1991, I, 644

Ferri G., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1960

Ferro- Luzzi P., *Una nuova fattispecie giurisprudenziale, «l'anatocismo bancario», postulati e conseguenze*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 5

Filangieri G., *I Banchi di Napoli dalle origini alla costituzione del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1940

- Floridia G., *Condizioni bancarie uniformi e tutela del risparmiatore*, in *La concorrenza bancaria*, a cura di L. C. Ubertazzi, Milano, 1985, 187
- Folco C., *Il sistema del diritto della banca*, I, Milano, 1968
- Formiggini A., *Attività bancaria illecita*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, 251
- Fortunato S., *I contratti bancari: dalla trasparenza delle condizioni contrattuali alla disciplina delle clausole abusive*, in *Dir. Banc. Merc. Fin.*, 1996, I, 22
- Franceschelli R., *Attività bancaria e regole di concorrenza interne e comunitarie*, parere pubblicato in R. Franceschelli, *Studi e capitoli sul diritto della concorrenza*, Milano, 1974, 1073
- Gabrielli G., *Controllo pubblico e norme bancarie uniformi*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1977, I, 257 ss.
- Gabrielli G., *Capitalizzazione trimestrale degli interessi attivi ed usi creditizi*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 443
- Gaggero P., *A proposito della definizione di «cliente della banca»*, in *Ec. e dir. del terziario*, 1996, 771 ss.
- Gaggero P., *La disciplina del ius variandi nel testo unico bancario*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, a cura di G. Alpa, C. M. Bianca, Padova, 1996, 388
- Gaggero P., *La disciplina del jus variandi nel testo unico bancario (d.lg. 1 settembre 1993, n.385)*, in *Ec. e dir. del terziario*, 1996, 323
- Galasso G., *Contratti bancari uniformi e regole di concorrenza nei provvedimenti della Banca d'Italia*, in *Dir. dell'impresa*, 1995, 576
- Gallo G., *In tema di applicazione del testo unico in materia di contratti bancari*, nota a Trib. Roma, 18 luglio 1996, *Nuova giurisprudenza civ. com.*, 1998, I, 183 ss.
- Gandolfi G., *Legge bancaria e Costituzione*, in *Scritti in onore di Ugo Caparra*, F. Vallardi, Milano, 1975
- Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000
- Genovese A., *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954
- Giannini M. S., *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito, riv. trim. della banca nazionale del lavoro*, 1949, 105
- Giannini M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977
- Gorgoni A., *Art. 33 comma 2 lett. a)*, in *Codice del consumo, Commentario*, a cura di G. Vettori, 2007, 245

- Grazioli A. M., voce *Banco di Sardegna* in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1964, vol. II, 262
- Greco P., *Le operazioni di banca*, Padova, Cedam, 1930
- Greco P., *Corso di diritto bancario*, Padova, 1935
- Greco P., *Trasparenza bancaria e condizioni generali alla luce della direttiva sulle clausole abusive*, in *Studi e ricerche*, 1996, 60
- Guaccero A. e Urbani A., a cura di, *Banca e finanza tra imprese e consumatori*, Bologna, 1999
- Iniziatri B., *Le sezioni unite e il divieto di anatocismo: l'asimmetria contrattuale esclude la formazione dell'uso normativo*, in *Banca, borsa e tit. credito*, I, 2005, 446
- Irti N., *Notazioni esegetiche sulla vendita a domicilio di valori mobiliari*, in *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Milano, 1986
- Ispettorato per la difesa del risparmio e per l'esercizio del credito, Comunicato n. 1, in *Gazzetta Ufficiale*, n. 101 del 1° maggio 1936
- Lampis G., *L'ordinamento bancario*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1939, I, 43
- Lanza A., *Attività creditizia delle imprese finanziarie*, in *Riv. delle società*, 1962, 380
- Lapertosa F., *La giurisprudenza tra passato e futuro dopo l'avvento della nuova disciplina delle clausole vessatorie*, in *Foro it.*, 1997, V, 358
- La Rocca G., *La trasparenza delle operazioni bancarie tra legge n. 154/92 e testo unico*, in *Studi sulla nuova legge bancaria*, a cura di V. Mezzacapo, *Bancaria*, 1994, 179
- Lener G., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, 146
- Lener R., *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996
- Lener R., *Trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *Le società*, n.12, 1994, 1698
- Majello U., *Problematiche in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di M. Rispoli Farina, 1995, 318
- Mangini V. - Olivieri G., *Diritto Antitrust*, Torino, 2000
- Martorano F., *Trasparenza e parità di trattamento nelle operazioni bancarie*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1991, I, 697 ss.
- Martorano F., *Condizioni generali di contratto e rapporti bancari*, in *Banca, Borsa e tit. credito*, 1994, 125

- Massamormile A. P., *Norme Bancarie Uniformi*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1984, I, 188
- Merusi F., *Pubblico e privato nella legge Ciampi. Le fondazioni in bilico tra privatizzazione formale e sostanziale*, in *Bancaria*, n.3 del 1999, 18
- Messineo F., *Caratteri giuridici comuni, concetto e classificazione dei contratti bancari*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 1960, I, 321
- Mezzacapo S., *Promozione e tutela della concorrenza bancaria dopo la «legge sul risparmio» (n. 262 del 2005)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, 1, 48 ss.
- Mezzacapo V., *Enti pubblici creditizi*, CRIEC, Milano, 1966
- Minervini E., *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, 103
- Minervini E., *Trasparenza ed equilibrio delle condizioni contrattuali nel testo unico bancario*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 660
- Minervini G., *Banca, attività bancaria e contratti bancari*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 1962, I, 313 e ss.
- Minervini G., *Patroni Griffi, Le crisi bancarie: il caso Ambrosiano*, in *Banca impresa società*, 1984, 113
- Minervini G., *Il Mezzogiorno chiede alle banche uniformità di condizioni e di tassi*, in *Il Sole 24 Ore* del 27 dicembre 1985
- Minervini G., *Il controllo del mercato mobiliare. L'alluvione delle leggi*, in *Giur. Comm.*, 1992, 1
- Minervini G., *Presentazione*, in A. Maisano, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie. La difficile transizione dal diritto delle banche al diritto bancario*, Milano, 1993, XIX
- Minervini G., *Dal decreto 481/1992 al testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 834 ss.
- Minervini G., *Il vino vecchio negli otri nuovi*, in *Giur comm.*, 1994, I, 965 ss.
- Minervini G., Dalmartello P., *Stralcio della Memoria Conclusionale prodotta nell'interesse della banca ricorrente*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2005, II, 127
- Miraulo G., *Ordinamento bancario e tutela del risparmio*, Roma, 1927
- Molle G., *Il caso Giuffrè e la legge bancaria*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1960, I, 407
- Molle G., *I contratti bancari*, Milano, 1973, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1952, 46

- Molle G., *La banca nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1980
- Montanaro E., *La disciplina dei saggi bancari*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, II, 1662
- Monti M. e Padoa Schioppa T., *Per un riesame del sistema creditizio italiano*, a cura di G. Carli, Bologna, Il Mulino, 1978
- Morera V., *Sulla nozione del "cliente della banca"*, in *Vita not.*, 1995, 590
- Mussolini B., *La politica economica del Regime*, in *Scritti e Discorsi di Benito Mussolini. 1914-1939*, vol. VII, Editalia, 273
- Nigro A., *Operazioni bancarie e parità di trattamento*, in *Dir. banca e mercato finanziario*, 1987, 3 ss.
- Nigro A., *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, in *Dir. banc.*, I, 1992, 421
- Nigro M., *Profili pubblicistici del credito*, Padova, 1970
- Nigro M., *Il D.P.R. n.350 del 1985 e la legge bancaria: l'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1989, 15 ss.
- Nivarra L., *Ius variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. dir. civ.* 2000, II, 466, nota 3
- Ombudsman bancario 9 marzo 1999, *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Banca, credito e risparmio*, n. 140.
- Oppo G., *Presentazione*, in *La disciplina del credito al consumo*, a cura di F. Capriglione, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 15, Roma, 1987
- Orestano A., *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in *Riv. critica. Dir. priv.*, 1992, 480
- Pagliuzzi C., voce *Banca Nazionale del Lavoro*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1964, vol. II, 249
- Palmieri A., Pardolesi R., *L'anatocismo bancario e la bilancia dei Balek*, nota a Cass., 4 novembre 2004, n. 21095, in *Foro it.*, 2004, I, 3295
- Panzani L., *Credito bancario e capitalizzazione degli interessi*, in *Questione Giustizia*, 1999, 554
- Pardolesi R., in *La concorrenza bancaria*, a cura di L. C. Ubertazzi, Milano, 1985, 309 ss.
- Pardolesi R., *Clausole abusive, pardon, vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 523 ss.
- Pavone La Rosa A., *Recensione a Folco*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, 92

- Pavone La Rosa A., *Gli usi bancari*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di G. B. Portale, Milano, 1978, 45
- Pedretti L., *Il credito al consumo nella nuova legge bancaria*, in *Disc. Comm.*, 1994, I, 316
- Poddighe E., *I contratti con i consumatori*, Milano, 2003
- Polo M., a cura di, *Industria bancaria e concorrenza*, Ente per gli studi monetari, bancari e finanziari «Luigi Einaudi», Bologna, 2000
- Pontolillo V., *Commento all'art. 5*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, Padova, 1994
- Porzio M., *Il controllo amministrativo sulle condizioni dei contratti bancari*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, I, 148
- Porzio M., *Banche pubbliche- Banche private*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 1981, I, 310
- Porzio M., *La legislazione bancaria di attuazione della direttiva Cee 77/80. Prime riflessioni*, in *Mezzogiorno d'Europa*, 1985, 383
- Porzio M., *Lezioni di diritto e legislazione bancaria*, Napoli, 1986
- Porzio M., *L'accordo interbancario sulla trasparenza*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1990, I, 374
- Porzio M., *Rilievi critici sulle recenti sentenze della Cassazione in materia di anatocismo*, in *Banca borsa e tit. credito*, 1999, II, 650 ss.
- Porzio M., *La disciplina generale dei contratti bancari*, in C. Angelici- F. Belli- P. Greco- M. Porzio- M. Rispoli Farina, *I contratti delle banche*, Torino, 2002, 56, n.51
- Pratis C., *La disciplina giuridica delle aziende di credito*, Milano, 1959
- Pratis C., voce *Istituto Bancario san Paolo di Torino*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IX Torino, 1964, 240
- Pratis C., *L'accordo interbancario del 1993 per l'istituzione dell'ufficio reclami degli enti creditizi e dell'ombudsman bancario nell'ambito della tutela del consumatore. Raffronto con analoghi sistemi di altri paesi della CEE*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1994, 222
- Predieri A., *Tecniche legislative per una politica anticongiunturale*, relazione al Convegno *Potere politico e amministrativo nella società post-industriale: L'esperienza degli Stati Uniti d'America*, Roma, 1972
- Predieri A., *Le ragioni e le leve del potere economico: credito e imprese pubbliche*, in AA.VV., *Il governo democratico dell'economia*, Bari, De Donato, 1976, 127
- Rabitti M., in *Art. 1468 ter, comma 5, Capo XIV bis c.c.: dei contratti del consumatore*, in *NLCC*, 1996, 1174

Ranelletti O., *L'inquadramento sindacale degli enti di credito di diritto pubblico e delle casse di risparmio*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1938, I, 6 ss.

Regolazione e garanzia del pluralismo –Le Autorità Amministrative Indipendenti, in *Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1997

Rescigno P., «Trasparenza» bancaria e diritto «comune» dei contratti, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1990, I, 297

Rispoli Farina M., art. 1469 bis, commi 4, 5, 6 e 7, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, artt. 1469 bis e ss., 385

Rizzo V., *Le clausole abusive: realtà e prospettive. La Direttiva CEE del 5 aprile 1993*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, 590

Rizzo V., *Il significativo squilibrio «malgrado» la buona fede nella clausola generale dell'art. 1469 bis c.c.: un collegamento «ambiguo» da chiarire*, in *Rass. dir. civ.*, n. 3, 1996, 507

Romagnoli G. L., *Clausole vessatorie e contratti d'impresa*, Padova, 1997, 160 ss.

Roppo V., *Contratti standard*, Milano, 1975

Roppo V., *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, in *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, a cura di E. Cesaro, Padova, 1994, 83

Roppo V., *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 282

Roppo V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, 913

Rotondo G., *L'attribuzione alla Banca di Italia di poteri in materia di tutela della concorrenza (ex art.20 della legge 10 ottobre 1990, n.287) alla luce dell'evoluzione normativa del settore creditizio*, in *Riv. dir. impresa*, 1996, 384

Ruozzi R., *Il pluralismo nel sistema bancario: riflessioni e dubbi*, in *Il pluralismo nel sistema bancario italiano*, a cura di P. Mottura, 1978, Milano, 17 ss.

Ruta G., *Il risparmio nel sistema della legislazione bancaria*, Milano, 1965

Ruta G., *In tema di validità costituzionale dell'intervento dello Stato nel settore creditizio*, in, *La disciplina pubblicistica del credito: atti del secondo convegno della Associazione Italo-Spagnola dei professori di Diritto Amministrativo, Venezia, 12-14 ottobre 1968*, a cura di M. Nigro e M. S. Retortillo, Padova, 1970, 181 ss.

Ruta G., *Il sistema della legislazione bancaria*, Bancaria, Roma, 1975, 81 ss.

Ruta G., *La concorrenza bancaria e le sue limitazioni*, in *Riv. dir. ind.*, 1975, I, 5

Salanitro N., *Le banche e i contratti bancari*, in *Tratt. Dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1983, 46 ss.

Salanitro N., *Evoluzione dei rapporti tra disciplina dell'impresa e disciplina dei contratti nel settore creditizio*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1992, I, 605

Salanitro N., *Disciplina antitrust e contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, II, 416

Salanitro N., *La concorrenza nel settore bancario*, in *Banca, Borsa e tit. credito*, 1996, I, 759

Schlesinger P., *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, 1, 18 ss.

Schlesinger P., *Ma l'intervento del legislatore non arginerà le controversie*, in *Sole 24 ore*, 6 ottobre 1999

Scialoja A., *La tutela del risparmio e la vigilanza sulle società bancarie*, in *Foro it.*, 1933, c.1556

Sepe M., *Brevi note sul testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1994, I, 507

Spagnuolo Vigorita L., *Principi costituzionali sulla disciplina del credito*, in *Rass. dir. pubblico*, 1962, 365

Sraffa P., *La crisi bancaria in Italia*, in *Saggi*, Bologna, 1986

Troiano S., «L'ambito oggettivo di applicazione della direttiva CEE del 5 aprile 1993: la nozione di clausola "non oggetto di negoziato individuale"» in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori: l'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, a cura di G. Alpa, C. M. Bianca, Padova, 1996, 587

Tucci G., *Norme bancarie uniformi e condizioni generali di contratto*, nota a Trib. Alba, 12 gennaio 1995, in *Contratti*, 1996, 160

Ubertazzi L. C., *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, Milano, 1986,

Ubertazzi L. C., *Diritto nazionale antitrust ed imprese bancarie*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1992, VI, 435 ss.

Ubertazzi L. C., *Ancora sulle norme bancarie uniformi e diritto antitrust*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1997, 425

Uda G. M., *La buona fede nelle clausole abusive*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatori*, a cura di G. Alpa, S. Patti, Milano, 2003, 97

Vacchelli G., *Servizi pubblici comunali e l'industria per l'illuminazione elettrica*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, I, 209

Valentino P., *Art. 116 Pubblicità*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, F. Capriglione, Padova, 2001, 895

Valle L., *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004

Vettori G., *I contratti dei consumatori, La disciplina delle clausole vessatorie (d.lg. 6.2.1996 n. 52), art. 1469 bis, comma 1 e 2*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1997, 7 ss.

Vignocchi G., *Aspetti pubblicistici del servizio del credito*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, Padova, 1965

Vignocchi G., *Il servizio del credito nell'ordinamento pubblicistico italiano*, Milano, 1968

Vitari G., *Il cartello bancario: riflessioni giuridiche su di un tema scarsamente esplorato*, in *Giur. comm.*, 1974, I, 767 ss.

Zanobini G., *Corso di diritto amministrativo*, V, Milano, 1954

Zappulli C., voce *Banco di Napoli*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1964, vol. II, 256

Zuelli F., *Considerazioni sulla natura delle Casse di risparmio*, in *Giur. it.*, 1970, I, 2, cc 550

