

ARCHIVIO STORICO E GIURIDICO SARDO DI SASSARI

Bramante, Cinque, Guerinoni, Hirata,
Maniaci, Nurra, Ortu, Vacca

XXIII

2018

INSCHIBBOLETH

ARCHIVIO STORICO E GIURIDICO SARDO DI SASSARI

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO PRIVATO ANTICO E CONTEMPORANEO

Direttore scientifico

Giovanni Maria UDA (Università di Sassari)

Vice Direttore scientifico

Rosanna ORTU (Università di Sassari)

Comitato di direzione

Claudio COLOMBO (Università di Sassari); José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (Università di Valencia); Andrea DI PORTO (Sapienza Università di Roma); Gabor HAMZA (Univ. Eötvös Loránd Budapest); Salvatore PATTI (Sapienza Università di Roma); Christoph SCHMID (Università di Brema); Agustin LUNA SERRANO (Università Ramon Llul Barcelona)

Comitato di redazione

Dario FARACE (Università di Roma “Tor Vergata”); Massimo FOGLIA (Università di Bergamo); Stefania FUSCO (Università di Sassari); Alessandro HIRATA (Università di San Paolo “USP”); Lorenzo GAGLIARDI (Università statale di Milano); Mauro GRONDONA (Università di Genova); Arturo MANIACI (Università statale di Milano); Raimondo MOTRONI (Università di Sassari); Luigi NONNE (Università di Sassari); Laurent POSOCCO (Università di Tolosa); Federico PROCCHI (Università di Pisa); Giuseppe Werther ROMAGNO (Università di Sassari); Fabio TORIELLO (Università di Sassari); Maria Manuel VELOSO GOMES (Università di Coimbra)

Comitato dei revisori

Luigi GAROFALO (Presidente – Università di Padova)

Marco AZZALINI (Università di Bergamo); Federico AZZARRI (Università di Pisa); Angelo BARBA (Università di Siena); Vincenzo BARBA (Sapienza Università di Roma); Pierangelo BUONGIORNO (Università di Münster); Ilaria Amelia CAGGIANO (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Maria Luisa CHIARELLA (Università di Catanzaro); Alberto Giulio CIANCI (Università di Perugia); Maria Rosa CIMMA (Università di Sassari); Laura D’AMATI (Università di Foggia); Maurilio FELICI (Università LUMSA di Palermo); Lucilla GATT (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Andrea GENOVESE (Università “La Tuscia” di Viterbo); Fulvio GIGLIOTTI (Università di Catanzaro); Claudia IRTI (Università di Venezia Ca’ Foscari); Umberto IZZO (Università di Trento); David KREMER (Université Paris Descartes); Paola LAMBRINI (Università di Padova); Lorenzo MEZZASOMA (Università di Perugia); Eleonora NICOSIA (Università di Catania); Francesco Paolo PATTI (Università “Luigi Bocconi” di Milano); Aldo PETRUCCI (Università di Pisa); Guido PFEIFER (Università Goethe di Frankfurt am Main); Fabrizio PIRAINO (Università di Palermo); Johannes PLATSCHEK (Università di München LMU); Roberto PUCELLA (Università di Bergamo); Francesca REDUZZI MEROLA (Università di Napoli “Federico II”); Nicola RIZZO (Università di Pavia); Giacomo ROJAS ELGUETA (Università di Roma Tre); Anna Maria SALOMONE (Università di Napoli “Federico II”); Gianni SANTUCCI (Università di Trento); Roberto SCEVOLA (Università di Padova); Roberto SENIGAGLIA (Università di Venezia Ca’ Foscari); Laura TAFARO (Università di Bari “Aldo Moro”)

Segreteria di redazione

Carlo ATTANASIO; Roberta BENDINELLI; Maria Cristina IDINI; Pietro LIBECCIO; Maria Teresa NURRA; Pietro Giovanni Antonio SANTORU; Laudevino Bento DOS SANTOS NETO DA SILVEIRA

Rivista on line open access. Indirizzo web: www.archiviogiuridicosassarese.org.
Registrazione: Tribunale di Sassari n° 11 del 26/01/1974.

Prima serie: Archivio Storico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1975 al 1992.
Seconda serie: Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1994 al 1998 e in formato digitale dal 1999 al 2019. Periodicità: semestrale.

ISSN Print: 2240-4856

ISSN on line: 2240-4864

© 2019, Associazione Giuridica Sassarese.

Editore: Inschibboleth edizioni - via G. Macchi, 94, 00133, Roma - Italia, email: info@inschibbolethedizioni.com. Direttore responsabile: Emiliano Tolu. Proprietario della pubblicazione: Associazione Giuridica Sassarese, email: rivista@archiviogiuridicosassarese.org. Sede della pubblicazione: Sassari, Associazione Giuridica Sassarese, c/o Studio Legale Berlinguer, via Cavour 88, 07100 Sassari, SS.

Fascicolo unico 2018 pubblicato on line il 20 dicembre 2019.

INDICE

Saggi

- MARIA VITTORIA BRAMANTE, *Contributo allo studio del calmiere di Diocleziano. Origo e qualitas rerum venalium* p. 11
- ALBA CINQUE, *Le strategie di prevenzione e risoluzione della lite elaborate dalla dottrina francese: Les modes alternatifs de règlement des litiges (M.A.R.L.)* p. 79
- ALESSANDRO HIRATA, *Sachidentität und tignum iunctum bei Paul. 15 quaest. D. 46.3.98.8* p. 89
- ARTURO MANIACI, *Chi deve provare cosa. Distribuzione del carico probatorio e strategie difensive* p. 99
- MARIA TERESA NURRA, *Profili risarcitori e assicurativi in tema di inondazioni* p. 151
- ROSANNA ORTU, *La Vestale Massima Flavia Publicia: un'imprenditrice nell'antica Roma?* p. 169
- ALESSIA VACCA, *Right to a Healthy Environment? Transparency, Sustainable Development and Climate Change in the Energy Law Sector* p. 183

Rassegne

- EZIO GUERINONI, *I contratti bancari: appunti sulle fonti* p. 211

Rassegne

I contratti bancari: appunti sulle fonti

Ezio Guerinoni

Sommario: 1. Diritto *bancario* e diritto *contrattuale bancario*. – 2. I contratti bancari: evoluzione della disciplina *legislativa* e *convenzionale*. – 2.1. Il codice del 1942: regole dispositive e rinvio agli usi. – 2.2. Le “norme bancarie uniformi” (NBU): ossia, il contraente “legislatore”. – 2.3. Prove di trasparenza e di equilibrio. – 2.4. Il Testo unico bancario. – 2.5. L’impatto della disciplina sulle clausole vessatorie. – 2.6. Il nuovo diritto vivente: la giurisprudenza dell’ABF. – 3. Disciplina dei soggetti e dei rapporti. – 3.1. Discipline di parte generale e di parte speciale. – 3.2. La conformazione dei rapporti bancari.

1. *Diritto bancario e diritto contrattuale bancario*

In maniera molto sintetica – e approssimativa – possiamo definire come diritto *bancario* quel ramo del diritto riguardante l’insieme dei fenomeni giuridici peculiarmente connessi all’esercizio dell’attività bancaria, con riguardo, ad esempio, alla costituzione, all’organizzazione e all’esercizio dell’impresa bancaria, da un lato e, dall’altro a ogni rapporto riguardante lo svolgimento dell’attività creditizia¹; più specificamente, invece, nell’ambito di questa vasta regione possiamo individuare la più circoscritta area del diritto *contrattuale bancario*, intendendo con tale locuzione riferirci al diritto dei contratti che sono propri del settore bancario, e dunque alla loro discipline e alle problematiche a questa legate. Costituisce un dato di fatto diffuso nell’opinione dei teorici e dei pratici del settore quello per cui per molto tempo il legislatore si è interessato più ai *soggetti* del settore bancario piuttosto che agli *strumenti negoziali* da questi utilizzati. Non ci si deve sorprendere. La diffusione e la rilevanza dell’attività bancaria nell’ambito economico (e non solo) è dato ben noto da secoli; l’importanza e la delicatezza dell’attività svolta hanno necessariamente comportato l’introduzione di un controllo su tale attività e sui sog-

¹ Cfr., ad esempio, M. CALLEGARI, in G. CAVALLI - M. CALLEGARI, *Lezioni sui contratti bancari*, 2° ed., Zanichelli, Bologna, 2011, p. 1.

getti autorizzati a svolgerla, controllo che si è riservato lo Stato stesso: si tratta, dunque, di un mercato *regolamentato*, in cui gli operatori professionali sono assoggettati a una regolamentazione di dettaglio e a controlli stringenti e a cui necessariamente corrispondono – e su questo torneremo a breve – rapporti contrattuali *conformati*.

Il primo passo verso l'introduzione di un (forte) controllo pubblicistico sull'esercizio dell'attività bancaria si è avuto a partire dagli anni venti del secolo scorso: con il regio decreto legge n. 812/1926 si è assegnata una posizione di preminenza alla Banca d'Italia riservandole tanto l'attività di emissione di moneta quanto la gestione del servizio di tesoreria dello Stato; ma è soprattutto con il regio decreto legge n. 1511/1926 (meglio conosciuto come prima legge bancaria) che si introduce una serie di controlli amministrativi con specifici obiettivi di controllo sull'accesso al mercato bancario e sulle attività svolte dagli intermediari, al fine di tutelare il risparmio ed evitare crisi agli operatori del settore².

La grave crisi economica internazionale degli anni Trenta del Novecento colpisce anche il nostro Paese e il nostro settore creditizio; si susseguono numerosi interventi pubblici, volti per lo più a salvare le grandi imprese colpite dalla crisi, fra le quali le banche, per tentare di attenuare le disastrose conseguenze anche per i piccoli risparmiatori che avevano a queste affidate le loro risorse. Si impone una pressante necessità di garantire un sempre più articolato e rigido controllo amministrativo sui soggetti esercenti l'attività creditizia al fine di garantire stabilità al sistema; da qui norme volte a un controllo sui soggetti che intendono entrare nel mercato e sulle attività che questi vanno poi a svolgere. È del 1936 la seconda legge bancaria (regio decreto legge 12 marzo 1936, n. 375) che si fa portatrice di tali esigenze, rafforzando soprattutto l'attività di controllo della Banca d'Italia, alla quale viene riconosciuta la natura di ente di diritto pubblico e costituendo un comitato di ministri deputato a esprimere indirizzi generali di settore.

Nonostante la Costituzione repubblicana, il legislatore di settore resterà fedele a quella linea fino agli anni Ottanta del secolo scorso quando, anche su impulso della normativa comunitaria via via sempre più nutrita e rilevante, si inizierà a concepire il soggetto banca come una qualsiasi impresa operante sul proprio mercato in regime di libera concorrenza.

Grazie all'introduzione delle normative in tema di fondi comuni di investimento mobiliare, di società di intermediazione mobiliare, di società di investimento a capitale variabile, trovano spazio anche nel nostro paese nuove tipologie di intermediari finanziari; la normativa comunitaria, d'altra parte, si

² «Fu questo il primo nucleo di una legislazione bancaria, intesa come diritto del controllo pubblico sugli intermediari bancari finalizzata ad una tutela indiretta del risparmio, visto come bene collettivo bisognoso di una specifica protezione»: così M. CALLEGARI, in G. CAVALLI - M. CALLEGARI, *Lezioni sui contratti bancari*, cit., p. 3.

fa portatrice della tendenza alla liberalizzazione del mercato bancario³. Non che tali obiettivi e tali esigenze si pongano in contrasto con quelle di tutela del risparmio e di controllo dei soggetti operanti nel settore creditizio; ma tali esigenze e tali obiettivi rendono necessario un nuovo, ampio e profondo intervento del legislatore volto a riorganizzare la materia e a disegnare un quadro nuovo del diritto bancario italiano. A seguito di delega, il Governo emana un testo unico di coordinamento dell'intera normativa di settore e recettivo delle disposizioni comunitarie: è il decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, denominato Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (TUB), che ancora oggi costituisce il testo normativo di riferimento dell'intero settore, seppure a questo si siano via via aggiunti negli anni altri testi normativi che hanno apportato alcune modifiche o introdotto vere e proprie nuove discipline (è il caso, ad esempio, della normativa in tema di servizi di pagamento).

Il TUB «non contiene una vera e propria riforma dell'ordinamento bancario, ma riunisce in un solo ed organico contesto legislativo le disposizioni dettate dalla vecchia legge del '36 e quelle che vi erano sovrapposte per effetto dei numerosi provvedimenti successivi», revisionando dunque è razionalizzando le norme, eliminando le contraddizioni e le incertezze, ed evidenziando peraltro alcuni profili di ordine generale «già ricavabili dall'ordinamento vigente, trasformandoli in veri e propri cardini del nuovo diritto bancario»⁴.

2. I contratti bancari: evoluzione della disciplina legislativa e convenzionale

2.1. Il codice del 1942: regole dispositive e rinvio agli usi

Il codice civile del 1942 nella parte dedicata ai singoli contratti contempla e disciplina anche i “contratti bancari”, traendo tale regolamentazione essenzialmente dalle prassi bancarie diffuse in quell'epoca. In particolare, nel codice civile ai “contratti bancari” sono dedicati gli articoli dal 1834 al 1860, suddivisi in sei sezioni dedicate rispettivamente ai “depositi bancari” (artt. 1834-1838), al “servizio bancario delle cassette di sicurezza” (artt. 1839-1841), alla “apertura di credito bancario” (artt. 1842-1845), alla “anticipazione bancaria” (artt. 1846-1851), alle “operazioni bancarie in conto corrente” (artt. 1852-1857) e allo “sconto bancario” (artt. 1858-1860).

Si deve subito notare, peraltro, che i “depositi bancari”, le “apertura di credito bancario” e le “operazioni bancarie in conto corrente” sono le *specie bancarie di tipi contrattuali* già nominati nel codice, in particolare il deposito (artt. 1766 ss.), il mutuo (artt. 1813 ss.) e il conto corrente (artt. 1823 ss.); a

³ Per alcuni riferimenti a tali aspetti si veda M. CALLEGARI, in G. CAVALLI - M. CALLEGARI, *Lezioni sui contratti bancari*, cit., p. 3.

⁴ Così M. CALLEGARI, in G. CAVALLI - M. CALLEGARI, *Lezioni sui contratti bancari*, cit., p. 7.

questi deve aggiungersi il mandato, espressamente richiamato dall'articolo 1856 in tema di esecuzione di incarichi relativi alle operazioni in conto corrente; ma su tali aspetti si tornerà a breve.

Si tratta, per lo più, di regole dispositive che lasciano ampio spazio alla volontà negoziale delle parti e al gioco degli usi. Ciò emerge, ad esempio, fin dalla prima disposizione dettata in tema di contratti bancari, ossia dall'articolo 1834 in tema di deposito bancario ove è previsto che qualora non sia stato convenuto un termine di scadenza per la restituzione, la banca sarà tenuta a restituire al depositante il dovuto con l'osservanza del periodo di preavviso «stabilito dalle parti o dagli usi» (comma 1); con riguardo al luogo in cui si procede alle operazioni di versamento e di prelevamento, poi, il comma successivo stabilisce che queste «salvo patto contrario» si eseguono alla sede della banca presso la quale si è costituito il rapporto.

Con riguardo ai titoli in amministrazione, alla Banca aspetta un compenso «nella misura stabilita dalla convenzione o dagli usi» (art. 1838, comma 3); in tema del servizio delle cassette di sicurezza, per il caso in cui la cassetta sia intestata a più persone, la sua apertura è consentita singolarmente a ciascuno degli intestatari, «salvo diversa pattuizione» (art. 1840, comma 1). In tema di apertura di credito, «se non è convenuto altrimenti», l'accreditato può utilizzare in più volte il credito (art. 1843, comma 1); «salvo patto contrario», i prelevamenti e versamenti si eseguono presso la sede della banca dove costituito il rapporto (art. 1843, comma 2); ancora: «salvo patto contrario», la banca non può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se non per giusta causa (art. 1845, comma 1); nel caso, poi, in cui il contratto sia a tempo indeterminato, ciascuna delle parti può recedere mediante preavviso nel termine «stabilito dal contratto, dagli usi o, in mancanza, in quello di quindici giorni» (art. 1845, ultimo comma). Nel caso di anticipazione bancaria su pegno di titoli di merci, la regola è quella per cui la banca non può disporre delle cose ricevute in pegno se ha rilasciato un documento nel quale le cose stesse sono individuate; tuttavia «il patto contrario deve essere provato per scritto» (art. 1846). Nelle operazioni in conto corrente, il correntista dispone in qualsiasi momento delle somme a suo credito, salva l'osservanza del termine di preavviso «eventualmente pattuito» (art. 1852); se tra la banca il correntista esistono più conti i saldi attivi e passivi si compensano reciprocamente «salvo patto contrario» (art. 1853). E così via.

Non mancano, certo, disposizioni di natura imperativa. Per tornare al deposito bancario, ad esempio, le annotazioni sull'eventuale libretto di deposito a risparmio firmate dall'impiegato della banca che appare addetto al servizio, fanno piena prova nei rapporti tra banca e depositante: così dispone l'articolo 1835, comma 2 e – a norma del comma successivo – «è nullo ogni patto contrario». In tema di deposito di titoli in amministrazione, «è nullo il patto col quale si esonera la banca dall'osservare, nell'amministrazione dei titoli, l'ordinaria diligenza» (art. 1838, ultimo comma). E via dicendo.

Il legislatore del tempo, intervenendo con la seconda legge bancaria, era ben più preoccupato di tutelare il pubblico risparmio mediante controlli di tipo amministrativo sui soggetti esercenti l'attività creditizia piuttosto che introdurre disposizioni attinenti agli strumenti negoziali utilizzati da quei soggetti nei confronti dei risparmiatori; da qui, da un lato, la esiguità delle regole in materia di contratti bancari e, dall'altro, l'ampio spazio riconosciuto all'autonomia negoziale e al rinvio agli usi. Così come accaduto anche in relazione alla disciplina codicistica in tema di contratto di assicurazione, il legislatore del tempo non ha riconosciuto il tendenziale squilibrio fisiologico sussistente fra contraente professionale specializzato e contraente non professionale e non specializzato e ha, quindi, sostanzialmente lasciato mano libera al contraente forte di dettare le regole del gioco nel modo più confacente ai propri interessi.

Certo, il codice del 1942 è anche quello che ha introdotto la disciplina delle condizioni generali di contratto e le regole di cui agli articoli 1341 e 1342 contribuiscono indubbiamente a far pensare che il legislatore abbia considerato quello squilibrio e che abbia tentato di porvi rimedio con quella disciplina, imponendo, in particolare, la necessaria conoscenza (o conoscibilità) del contenuto del contratto da parte del cliente al momento della conclusione dell'accordo e la specifica approvazione per iscritto di quelle clausole ritenute particolarmente gravose per il contraente aderente. Il tempo dimostrerà l'insufficienza di quei rimedi e si dovrà attendere il legislatore comunitario per operare una rivoluzione copernicana in materia.

Fino a quel momento, invece, ed è sempre l'esperienza che lo dimostra ampiamente, il contraente forte si avvarrà di quegli spazi di autonomia lasciati dalle norme di settore per disegnare di fatto una "sua" disciplina dei rapporti contrattuali bancari. Ed invero, in base alla scelta fatta dal codice civile di lasciar ampio spazio alla regolamentazione pattizia integrata dagli usi, si sono via via sviluppate modulari contrattuali uniformi predisposte dalle imprese di settore e, sempre più, dalla loro associazione.

2.2. *Le "norme bancarie uniformi" (NBU): ossia, il contraente "legislatore"*

Per alcuni decenni la regolamentazione dei rapporti fra istituti di credito e clienti si è fondata sulle cosiddette "norme bancarie uniformi" (NBU) che altro non sono state che, a dispetto della rubrica, condizioni generali di contratto predisposte dalle banche e da loro utilizzate serialmente nei confronti della propria clientela. Più precisamente, tali condizioni generali di contratto sono state redatte dall'ABI, ossia dall'associazione che raccoglie le imprese operanti nello specifico settore del credito. «Sono denominate "Norme bancarie uniformi" le regole elaborate dall'Associazione Bancaria Italiana (A.B.I.) al fine di integrare, modificare o sostituire la disciplina di espositiva dei singoli contratti bancari, quale risulta dalla legge. Le n.b.u. altro non sono che condizioni generali di contratto [...], destinate, dunque, come tali, ad avere rilievo giuridico solo se ed in quanto inizialmente inserite nella regolamenta-

zione effettiva di un determinato contratto»⁵. Tali norme bancarie, dunque, sono prodotte dall'associazione che rappresenta gli operatori professionali del settore creditizio e sono, quindi, di fonte *esclusivamente privatistica*; ciò, per riprendere quanto anticipato sopra, a dispetto della rubrica "norme bancarie uniformi" che avrebbe potuto indurre taluno a concludere in ordine a una loro diversa natura rispetto a quella prettamente privatistica di cui si è appena detto. In considerazione della loro fonte di produzione si distinguono, quindi, anche dagli *usi* bancari, intendendo con questi quelle regole sorte ed osservate in modo spontaneo da tutti gli operatori di quel settore e con riferimento a determinati rapporti contrattuali⁶.

Non è mancato, in passato, chi ha tentato di evidenziare come l'elaborazione di tali regole non rispondesse al mero capriccio delle singole banche quanto piuttosto «ad esigenze di solidità ed efficienza repute irrinunciabili ed avvertite in eguale misura da tutte le aziende di credito operanti», esigenze rappresentate – per l'appunto – dall'elaborazione associativa e non individuale di quelle regole⁷. Lo sviluppo della successiva normativa ci racconterà, tuttavia, una storia diversa: all'appuntamento con la disciplina delle clausole abusive introdotta nel nostro Paese nel 1996, le norme bancarie uniformi verranno travolte, individuandosi in esse una numerosa serie di violazioni di regole riconducibili a principi quali *equilibrio* e *trasparenza* ormai diffusi, grazie alle discipline di derivazione comunitaria, nel nostro sistema.

Nel 1993 sono state rilevate dalla Banca d'Italia le seguenti norme bancarie uniformi:

- norme che regolano i conti correnti di corrispondenza servizi connessi;
- norme relative al servizio incassi speciali;
- condizioni generali uniformi relative al servizio elettronica incassi di ricevute bancarie;
- norme che regolano il servizio garanzia assegni e/o eurocheque;
- norme che regolano i servizi bancomat P.O.S.;
- norme uniformi per il servizio di cassa continua;
- norme uniformi per i depositi in conto corrente;
- norme uniformi per i depositi fruttiferi (libretti di risparmio);
- norme regolamentari riguardanti certificati di deposito a breve termine;
- norme per i depositi di titoli a custodia d'amministrazione di titoli al valore semplice custodia;
- norme per il deposito custodia chiusi;
- norme per il servizio delle cassette di sicurezza;
- contrattualistica relativa alle attività di cui alla legge n. 1/91;
- condizioni generali uniformi relative all'apertura di credito utilizzati in conto corrente;

⁵ A. PISANI MASSAMORMILE, *Norme bancarie uniformi*, in *Riv. dir. Civ.*, 1984, I, p. 188.

⁶ Lo precisa, ad esempio, A. PISANI MASSAMORMILE, *Norme bancarie uniformi*, cit., p. 190.

⁷ Su questa linea A. PISANI MASSAMORMILE, *Norme bancarie uniformi*, cit., p. 191.

- condizioni generali uniformi per l'apertura di credito e le anticipazioni bancarie su pegno di merce e/o su documenti rappresentativi di merci;
- condizioni generali uniformi per l'apertura di credito le anticipazioni bancarie garantite dai titoli costituiti impegno;
- condizioni generali uniformi per l'apertura di credito utilizzabile in conto corrente agrario;
- contratto di finanziamento artigiano;
- norme bancarie uniformi relative alle fideiussioni;
- condizioni generali uniformi relative alla costituzione in pegno di titoli valore garanzia: a) di operazioni comportanti rischi; b) di crediti derivanti da sconto negoziazioni di effetti cambiari;
- norme bancarie uniformi relative al pegno sul saldo del conto corrente di deposito bancario nominativo; al pegno di credito; alla cessione di crediti al mandato irrevocabile l'incasso di crediti.

Come è noto, le condizioni generali di contratto vengono predisposti anche in base alle esperienze negative già verificate nei tribunali a svantaggio dell'utilizzatore di una data regola: a fronte di quell'esperienza negativa il redattore diligente formula una nuova versione di quella regola al fine di escludere il ripetersi di quell'evento avverso. Con il trascorrere del tempo, quindi, e considerando l'insieme delle norme pattizie prodotte e mano a mano revisionate, si è prodotto un effetto di accumulo per cui in tutte le eventualità possibili si è provveduto a spostare il rischio dal predisponente al cliente. Non solo: così procedendo, in base a quell'enorme massa di esperienze accumulate, il sistema bancario è riuscito a produrre una modulistica tendenzialmente completa, dove tuttavia a questa completezza si è accompagnato – la giurisprudenza successiva ne darà ampia conferma – un sistematico squilibrio a danno dell'aderente.

2.3. Prove di trasparenza e di equilibrio

La normativa si è successivamente evoluta non solo verso una liberalizzazione del mercato creditizio in dimensione comunitaria ma anche per rispondere a un'esigenza di incremento di tutela a favore della clientela bancaria.

Un primo testo di riferimento in tema è costituito dalla così detta proposta Minervini, cioè il progetto di legge n. 3617 del 1986⁸ intitolato «*Norme per la trasparenza nelle operazioni bancarie*». Tale testo perseguiva il conseguimento di un'effettiva parità di trattamento tra i clienti di uno stesso istituto bancario e l'affermazione del diritto del cliente di ottenere un'informazione adeguata⁹:

⁸ Progetto di legge presentato alla Camera il 24 marzo 1986, pubblicato in *Banca borsa tit. cred.*, 1986, I, p. 713.

⁹ P. RESCIGNO, *Trasparenza bancaria e diritto comune dei contratti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1989, p. 298.

si prefiggeva, quindi, di riequilibrare le posizioni contrattuali delle parti, non limitandosi a trattare di trasparenza¹⁰.

I testi proposti negli anni appena successivi, non mantennero la medesima impostazione, limitandosi a contemplare l'obiettivo della trasparenza e predisponendo una regolamentazione meno incisiva. In particolare, le proposte di legge n. 627/1987 e n. 2798/1988 dimostrarono un approccio riduttivo, rivelando l'influenza di quell'orientamento dottrinale dell'epoca che osteggiava la possibilità di regolare tramite lo strumento legislativo la materia delle operazioni bancarie, privilegiando invece un'azione di autoregolamentazione da parte degli organi del settore. Proprio a questo proposito, l'Associazione Bancaria Italiana (A.B.I.), il 30 novembre del 1988, emise una circolare relativa all'accordo interbancario per la pubblicità e la trasparenza delle condizioni praticate alla clientela: tale circolare, pur intervenendo sulla trasparenza dei contratti proposti dalle banche ai loro clienti, di fatto confermava il ruolo delle norme bancarie uniformi¹¹.

Un primo importante passo verso una nuova disciplina delle condizioni contrattuali in materia bancaria si è avuto solo alcuni anni più tardi, con l'approvazione della legge 17 febbraio 1992, n. 154, recante le «*Norme per la trasparenza dei servizi bancari e finanziari*».

Uno degli elementi di maggiore novità introdotti da questa legge è stata la previsione di nullità delle clausole contrattuali di rinvio agli usi: l'articolo 4, infatti, nel disciplinare il contenuto dei contratti, al terzo comma stabiliva che «*le clausole contrattuali di rinvio agli usi sono nulle e si considerano non apposte*».

Un'altra previsione di rilievo era quella contenuta nell'articolo 3 della legge, dedicato alla forma dei contratti. Esso, al primo comma, prescriveva la redazione scritta del contratto e l'obbligo di consegnarne una copia al cliente, oneri che favorivano l'accesso da parte del cliente alle informazioni più rilevanti dell'operazione che andava a porre in essere.

La trasparenza, inoltre, veniva garantita anche dal punto di vista dell'informazione tramite l'articolo 8, il quale imponeva la comunicazione al cliente, da parte della banca, delle informazioni riguardanti i tassi di interesse applicati nel corso del rapporto, la decorrenza delle valute, la capitalizzazione degli interessi e tutte le altre somme addebitate o accreditate; tale elenco, pur andando ad incidere in maniera importante sulla prassi fino ad allora operante, aveva semplicemente carattere esemplificativo visto che la norma si riferiva espressamente a «*ogni altro evento o elemento necessario al cliente per la comprensione dell'andamento del rapporto*». L'art. 8 precisava, poi, che l'informazione doveva essere «*completa e chiara*».

Sempre con riguardo al profilo informativo rilevava, infine, anche quanto disposto dall'articolo 2 della legge 154/1992, in quanto esso imponeva agli

¹⁰ A. A. DOLMETTA, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge 154/1992*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1992, I, p. 375.

¹¹ *Ibidem*.

istituti bancari di pubblicare nei loro locali le condizioni dei servizi offerti, indicando espressamente gli elementi del contratto che dovevano essere oggetto di pubblicità.

La legge, tuttavia, non raggiungeva gli obiettivi che invece aveva perseguito la proposta Minervini: pur introducendo regole espressione del principio di trasparenza, non realizzava il riequilibrio delle posizioni contrattuali delle parti. Emblematica, a riguardo, è la regolamentazione dello *ius variandi*: mentre la proposta del 1986 concedeva alle banche la possibilità di modificare unilateralmente le condizioni di un contratto durante il suo svolgimento solo in caso di contratti conclusi a tempo indeterminato e quando una variazione nello stato del mercato finanziario lo avesse reso necessario, la legge del 1992 attribuiva agli istituti bancari lo *ius variandi* anche in relazione a contratti a tempo determinato e indipendentemente da cambiamenti del mercato. L'unica tutela a favore del cliente consisteva nella previsione di un diritto di recesso da esercitare entro 15 giorni dal ricevimento dell'avviso di modifica delle condizioni contrattuali¹².

In attuazione della legge comunitaria del 1991, il legislatore italiano ha emanato la legge 19 febbraio 1992, n. 142, contenente disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee. Il capo secondo della legge, in particolare, dava attuazione alle direttive comunitarie 87/102/CEE e 88/90/CEE, le quali disciplinavano l'istituto del credito al consumo.

Il credito al consumo veniva definito dall'art. 18 come «*la concessione, nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale, di credito sotto forma di dilazione di pagamento o di prestito o di analogo facilitazione finanziaria a favore di una persona fisica (consumatore) che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*». La norma, tramite tale definizione, prendeva in considerazione tutto il fenomeno del credito al consumo, non limitandosi a vagliarne singoli aspetti. In questo modo garantiva l'applicazione della medesima disciplina a tutti i contratti riconducibili alla descrizione del citato articolo¹³. Inoltre, individuava il destinatario della normativa nel consumatore, il contraente debole, inteso come soggetto non professionista e come persona fisica meritevole di tutela. La finalità della norma era appunto quella di tutelare il contraente debole.

In ragione di ciò, l'articolo 19 della legge 142/1992 non si limitava a fornire la definizione del Tasso annuo effettivo globale (T.A.E.G.) ma stabiliva anche le precise modalità con cui questo dovesse essere calcolato, rinviando espressamente ad una precisa formula matematica in modo da assicurare al contraente debole protezione da eventuali abusi commessi da parte del contraente più forte.

¹² Sul punto si vedano i rilievi critici di A. A. DOLMETTA, *ivi*, pp. 379-380.

¹³ G. CARRIERO, *Trasparenza bancaria, credito al consumo e tutela del contraente debole*, in *Foro it.*, 1992, V, p. 360.

La legge imponeva inoltre alle banche particolari oneri informativi, richiedendo la pubblicazione del T.A.E.G. e del relativo periodo di validità nelle offerte al pubblico e negli annunci pubblicitari così da garantire un'effettiva trasparenza.

Soprattutto, poi, prescriveva quale dovesse essere lo specifico contenuto del contratto. L'articolo 21, infatti, al secondo comma, elencava tutti gli elementi che dovevano essere ricompresi nell'accordo contrattuale per garantire al cliente l'acquisizione di tutte le informazioni necessarie a valutare i diritti e gli oneri che il servizio oggetto del contratto avrebbe comportato. Inoltre, affinché tali informazioni potessero essere adeguatamente recepite dal loro destinatario, il terzo comma del medesimo articolo, prescriveva a pena di nullità «*la descrizione analitica dei beni o dei servizi [...] oggetto del contratto*»¹⁴.

2.4. *Il Testo unico bancario*

La legge 17 febbraio 1992 n. 154 e la legge 19 febbraio 1992 n. 142 sono state coordinate e trasfuse nella nuova legge bancaria emanata con il D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 che ha dato vita al testo unico delle leggi in materia bancaria (T.U.B.), oggetto peraltro di numerose successive integrazioni e modifiche.

Per quanto rileva in questa sede in tema di disciplina dei contratti bancari, dobbiamo riferirci al titolo sesto del decreto che è interamente dedicato alla «*trasparenza delle condizioni contrattuali*» e disciplina prima le operazioni e i servizi bancari e finanziari (artt. 115-120-*quater*), al capo successivo il credito immobiliare ai consumatori (artt. 120-*quinquies*-120-*undevicies*), poi, il credito ai consumatori (artt. 121-126), i servizi di pagamento (artt. 126-*bis*-126-*novies*) e i conti di pagamento (artt. 126-*decies* -126-*vicies sexies*) e infine le regole generali e i controlli (artt. 127-128-*ter*).

Il capo I del sesto titolo del T.U.B., all'art. 115, disciplina l'ambito di applicazione delle norme in esso contenute e lo limita alle banche e agli intermediari finanziari che svolgono la loro attività nel territorio della Repubblica.

Ai destinatari del T.U.B., così come individuati dall'art. 115, la norma impone oneri di trasparenza: questa è intesa, innanzitutto, come dovere informativo e obbligo di forma¹⁵. L'art. 116 T.U.B., infatti, dispone la pubblicità delle condizioni economiche dei contratti proposti alla clientela tramite la loro pubblicazione nei locali aperti al pubblico al fine di garantire che i potenziali destinatari dei servizi bancari e finanziari acquisiscano conoscenza delle condizioni a cui tali servizi sono concessi e di ciò che essi comportano in termini di costi e di benefici prima di assumere un impegno vincolante. La norma, dunque, ribadisce l'obbligo di pubblicità che stabiliva anche la legge

¹⁴ Art. 21, c. 3, legge 142/1992.

¹⁵ G. ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, Cacucci, Bari 2003, p. 17.

n. 154/1992; tuttavia, a differenza della disciplina precedente, non contiene più un'elencazione dettagliata delle singole prestazioni di cui tale obbligo si compone, ma statuisce un precetto *generale* di pubblicità aggiungendo l'indicazione che esso dovrà essere specificato dal Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio (C.I.C.R.). Il legislatore ha quindi preferito rinviare alla normativa secondaria la regolamentazione degli obblighi relativi a forma, contenuto e modalità di pubblicità del contratto, introducendo così quella prassi di delegificazione tipica della materia.

L'onere di trasparenza è, poi, espresso anche nella sua accezione di chiarezza e comprensibilità tramite l'art. 117 T.U.B., che prescrive un contenuto minimo obbligatorio del contratto. Il quarto comma stabilisce, infatti, che il regolamento negoziale deve indicare «*il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora*». Assicurando al cliente la possibilità di accedere a questo complesso di dati, la normativa si assicura che egli possa avere una conoscenza completa del contratto che va a stipulare¹⁶, senza il pericolo di eventuali, future sorprese. Tale tutela risulta ulteriormente amplificata dal comma 6 del medesimo articolo, secondo il quale «*sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi d'interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati*». Inoltre, sempre al fine di garantire al contraente debole la possibilità di acquisire completa conoscenza e certezza del contenuto del contratto, il primo comma dell'art. 117 T.U.B. impone la forma scritta e l'onere di consegnare un «*esemplare*» del contratto ai clienti¹⁷; si precisa, peraltro, che il C.I.C.R. può stabilire, «*per motivate ragioni tecniche*», una diversa forma di stipulazione.

La normativa del T.U.B. riguarda anche il credito al consumo, la cui disciplina viene ricompresa nella normativa di trasparenza che il titolo VI del T.U.B. tratteggia, oggi modificata a seguito dell'attuazione della direttiva comunitaria 2008/48 con il d. lg. 13 agosto 2010 n. 141.

La principale novità apportata consiste nella nuova regolamentazione delle informazioni e delle pratiche preliminari alla conclusione del contratto di credito, al merito creditizio, al ripensamento del consumatore.

Nonostante la peculiarità delle categorie interessate, la normativa sul credito al consumo riprende sotto vari aspetti quanto già previsto dalla disciplina di trasparenza in relazione alle operazioni bancarie e finanziarie.

¹⁶ Ivi, p. 18.

¹⁷ Anche in questo caso, il T.U.B. ricalca la disciplina della legge n. 154/1992; tuttavia aggiunge l'indicazione della sanzione da esercitare in caso di violazione dell'obbligo di forma scritta, la nullità, rendendo la disposizione maggiormente compiuta. Nulla, invece, dispone la norma circa le conseguenze della mancata consegna ai clienti di un esemplare del contratto, giustificando, così, la formazione di numerose, differenti interpretazioni in merito.

L'attenzione della disciplina, comunque, non è limitata alla fase precontrattuale ma si estende al contenuto del contratto.

In definitiva, si può affermare che in materia di credito al consumo il legislatore ha voluto apportare un livello di trasparenza superiore rispetto a quanto disposto in relazione alle altre operazioni bancarie e finanziarie.

2.5. *L'impatto della disciplina sulle clausole vessatorie*

Con la legge 6 febbraio 1996 n. 52 (“Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee – legge comunitaria 1994”) si è introdotto, al Libro IV del Codice civile, il Capo XIV-bis (rubricato “Dei contratti del consumatore”), composto da cinque complessi articoli, attuativi della direttiva 93/13 del Consiglio CEE (5 aprile 1993) concernente le clausole “abusive” (“vessatorie” nel testo normativo nazionale di attuazione) nei contratti stipulati con i consumatori. Come è noto, quella disciplina, che ha costituito per molti versi una vera e propria rivoluzione copernicana nell’ambito dei rapporti contrattuali B2C, è ormai dal 2005 confluita – come molte altre – nel Codice del consumo.

La maggiore novità della disciplina introdotta con la novella del 1996 è data all’introduzione di una protezione *sostanziale* al consumatore con riguardo a quelle clausole (predisposte in forma unilaterale o contenute in condizioni generali di contratto da chi svolge un’attività organizzata professionale o imprenditoriale) che “malgrado la buona fede”¹⁸ «determinano a carico del consumatore un *significativo squilibrio* dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto»; tali clausole, infatti, di cui – peraltro – il legislatore ha individuato un elenco semplificativo, e di cui comunque è possibile la prova contraria in ordine alla loro vessatorietà (ossia la prova che una clausola ricompresa nell’elenco non determini un *significativo squilibrio* dei diritti e degli obblighi) sono colpite (ora, a seguito della modifica del Codice del consumo) da nullità (prima da inefficacia).

A completamento di questa clausola generale, si specifica che il carattere vessatorio di una clausola è valutato tenendo conto della natura, dell’oggetto del contratto, delle circostanze esistenti al momento della sua conclusione e delle altre clausole dello stesso contratto o di un contratto ad esso collegato. Inoltre, non saranno sottoposti ad accertamento di vessatorietà né l’oggetto del contratto né il corrispettivo pattuito, *qualora* questi elementi siano stati

¹⁸ Secondo una diffusa opinione, tale espressione sarebbe frutto di un grossolano errore di traduzione del testo della direttiva, come si ricaverebbe dalla lettura della versione francese (“en dépit de l’exigence de bonne foi”), inglese (“contrary to the requirement of good faith”) e tedesco (“entgegen dem Gebot von Treu und Glauben”), dalla quale si dovrebbe agevolmente concludere che venisse richiesta – nel testo della direttiva – la “contrarietà a buona fede”: su tale questione, cfr., per tutti U. MORELLO, *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Notariato*, 1996, pp. 285 ss., spec. p. 289.

individuati in modo chiaro e comprensibile nel contratto stesso, fissando così un precetto di trasparenza che il professionista dovrà rispettare per evitare di incorrere in un accertamento di vessatorietà. Un altro elemento importante in ordine alla valutazione dell'eventuale vessatorietà di una clausola è dato dalla *trattativa individuale*, in presenza della quale si esclude che la clausola possa essere oggetto di tale valutazione.

La normativa in tema di clausole abusive/vessatorie si caratterizza per l'introduzione nel nostro sistema di un controllo sulla proporzionalità del rapporto fra diritti e doveri discendenti dalla stipulazione che costituisce indubbiamente una novità di estremo rilievo rispetto alla disciplina del contratto consegnata dal codice civile.

A seguito della novella del 1996, ha dunque trovato cittadinanza nel nostro ordinamento, con riguardo all'attività contrattuale fra imprese e consumatori, il limite imperativo del "significativo squilibrio" fra diritti e doveri a carico delle parti in forza del contratto, la cui violazione può determinare la nullità (totale o parziale) dello stesso.

Si tratta, peraltro, di uno squilibrio di tipo *normativo*, ossia relativo alla non corrispondenza (neppure tendenziale) tra i diritti e gli obblighi cui sono tenute le parti nell'esecuzione del contratto; non si considera, invece (di regola e salvo eccezioni, e tenendo conto, peraltro, che la distinzione è tutt'altro che agevole), l'equilibrio *economico*, relativo questo alla equivalenza, sempre in senso tendenziale, tra il valore delle prestazioni corrispettive. In realtà, è altrettanto vero che la stessa clausola che attribuisce diritti o doveri è anche strettamente connessa con l'assetto economico del contratto essendo questo lo strumento per regolare rapporti patrimoniali; non è quindi sempre agevole individuare criteri chiari e precisi che permettano di tenere distinti tra loro l'equilibrio normativo e l'equilibrio economico essendo il primo strumentale al secondo¹⁹.

La nuova normativa si affianca alle norme contenute negli art. 1341 e 1342 c.c., ma non le sostituisce; tuttavia, mentre gli articoli 1341 e 1342 c.c. hanno l'evidente scopo di rendere il contraente-aderente informato e consapevole delle clausole contenute in contratti che non ha contribuito a elaborare, la nuova disciplina di origine comunitaria consente di dichiarare (ora) nulle (prima invece inefficaci) le clausole vessatorie anche se perfettamente conosciute dal consumatore, stabilendo così un limite alla autonomia contrattuale del professionista.

Particolarmente vivace è stata la giurisprudenza che si è andata formando in tema di clausole vessatorie nei contratti bancari a seguito dell'applicazione delle nuove norme introdotte nel 1996.

¹⁹ Sul punto si vedano: S. TROIANO, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Commentario agli artt. 1469 bis- 1469 sexies del codice civile*, a cura di Alpa-Patti, Giuffrè, Milano, 1997, I, pp. 36-37.

Fra le prime e sicuramente – ancor oggi – di maggiore importanza vanno segnalate la sentenza del Tribunale di Roma del 21 gennaio 2000²⁰ e quella della Corte d'Appello di Roma del 24 settembre 2002²¹.

Per comprendere l'importanza di queste pronunce basti pensare che il Tribunale di Roma è stato chiamato a valutare l'abusività di ben 42 clausole (in precedenza erano 86) e di queste ben 32 sono state dichiarate vessatorie; la sentenza in esame – come è stato autorevolmente osservato – ha rappresentato “una vera e propria mannaia” per le condizioni generali elaborate dall'Abi ed utilizzate dalle banche convenute²². In particolare, al tribunale di Roma sono state sottoposte: i) clausole riguardanti il recesso unilaterale della banca; ii) clausole che hanno per oggetto o per effetto l'esonero o la limitazione della responsabilità della banca; iii) clausole riguardanti l'individualizzazione del foro competente; iv) clausole sulle modificazione unilaterali o che vincolano il consumatore a norme che non conosce; v) clausole che introducono rinunce, limitazioni di eccezioni, inversioni d'onere o decadenze per il consumatore; vi) clausole sull'anatocismo; vii) clausole sulla garanzia patrimoniale della banca sui beni personali dei coniugi; viii) clausole riguardanti il trattamento dei dati personali.

A seguito dell'entrata in vigore della normativa sulle clausole vessatorie, i tribunali, fin dai primi anni di applicazione della stessa, hanno riconosciuto la vessatori età delle clausole che prevedono²³:

- un diritto bilaterale di recesso, esercitabile in ogni momento e con preavviso di un giorno dal contratto di conto corrente;
- la facoltà della banca di revocare in qualsiasi momento la concessione di un fido, con conseguente sospensione immediata dell'utilizzo e con il diritto di pretendere l'immediato rimborso di quanto dovuto per capitale, interesse e spese;
- in caso di recesso, la riduzione o la sospensione dell'apertura del credito a tempo indeterminato debba essere dato al cliente un preavviso minimo di due giorni, salvo ricorra giustificato motivo.

²⁰ Sentenza pubblicata in *Foro it.*, 2000, I, 2045, con nota di A. PALMIERI e P. LAGHEZZA; *Corr. giur.*, 2000, 496, con nota di A. ORESTANO e A. DI MAJO; *Impresa*, 2000, 411; *Banca, borsa tit. cred.*, 2000, II, 207; *Contratti*, 2000, 561, con nota di V. MARICONDA; *Giur. comm.*, 2000, II, 211, con nota di V. BUONOCORE; *Giur. it.*, 2000, 1439; *Nuovo dir.*, 2000, 737, con nota di S. D'ARIENZO; *Giur. it.*, 2000, 1847, con nota di D. SALOMONE; *Nuova giur. civ.*, 2000, I, 473, con nota di M. DE POLI, P. SIRENA, S. PATTI.

²¹ Sentenza pubblicata in *Foro it.*, 2003, I, 332, con nota di A. PALMIERI; *Contratti*, 2003, 113, con nota di A. A. DE MARCO; *Giur. it.*, 2003, 119; *Giur. it.*, 2003, 904, con nota di L. DE RENTHIS; *Corr. giur.*, 2003, 471, con nota di A. FICI; *Giur. comm.*, 2003, II, 475, con nota di G. BERTOLO; *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 537 (m), con nota di L. BOZZI.

²² Espressione utilizzata da A. DI MAJO, *Trasparenza e squilibrio nelle clausole vessatorie*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 527.

²³ Cfr. la ricostruzione offerta da R. SGROI, già in *Clausole vessatorie nei contratti bancari*, in *La giurisprudenza sul codice civile*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 2704-20707.

- ogni parte ha il diritto di recedere da tutti o da singoli rapporti, in qualsiasi momento, con preavviso di un giorno ovvero per un giustificato motivo, dandone immediata comunicazione alla controparte;
- nel conto corrente di corrispondenza, in assenza di particolari istruzioni del correntista, le modalità di esecuzione degli incarichi assunti sono determinate dalla banca, tenendo conto della natura degli stessi e delle procedure più idonee nell'ambito della propria organizzazione;
- la facoltà concessa alla banca, nei rapporti relativi alla negoziazione, sottoscrizione, collocamento e raccolta di ordini concernenti valori mobiliari, la facoltà di non eseguire l'ordine conferito dal cliente;
- nei contratti inerenti al servizio di cassette di sicurezza, qualora la banca sia tenuta, per qualsiasi ragione, ad un risarcimento del cliente, essa non rimborsi che il danno comprovato ed obiettivo, escluso ogni apprezzamento del valore di affezione e tenuto conto della dichiarazione del cliente in ordine al massimale assicurato;
- si autorizza la banca, nelle operazioni di finanziamento ipotecario, al trattamento dei dati relativi a tutti i rapporti di affidamento e finanziamento, nonché ad eventuali carte di credito, acconsentendo anche che a tali dati accedano i soggetti economici che ne facciano richiesta;
- si prevede che le comunicazioni e gli ordini del cliente abbiano corso a suo rischio e che la banca non assuma alcuna responsabilità per ogni conseguenza derivante da esecuzione di ordini o di operazioni, che sia causata da fatto di terzi o comunque non direttamente imputabile a propri dipendenti;
- si attribuisce alla banca la facoltà di assumere, o non, gli incarichi del cliente; si autorizza la banca a farsi sostituire, nell'esecuzione degli incarichi ricevuti dal cliente, da un proprio corrispondente, anche non bancario, esonerandola da responsabilità per il suo operato, a meno che non vi sia *culpa in eligendo*; si prevede che, in assenza di istruzioni particolari del cliente, il sistema di esecuzione degli ordini di bonifico sia determinato dalla banca, in relazione alle procedure utilizzate nell'ambito della propria organizzazione; si intende che il cliente, valendosi dei servizi della banca, accetti pure le norme e le condizioni da essa stabilite;
- si prevede che il correntista sia tenuto a custodire con cura i moduli di assegni ed i relativi moduli di richiesta, restando responsabile di ogni dannosa conseguenza derivante dalla perdita, dalla sottrazione o dall'uso abusivo o illecito di tali moduli, la cui perdita o sottrazione egli deve immediatamente comunicare alla banca;
- si stabilisce quale foro esclusivo, per qualunque controversia tra banca e cliente un luogo potenzialmente diverso da quello in cui il consumatore ha la residenza o il domicilio;
- si prevede che, nel conto corrente di corrispondenza, qualora l'interesse sia indicizzato, la modifica sfavorevole al correntista, derivante dalla modifica del parametro pattuito, non sia soggetta all'obbligo di comunicazione;

- si attribuisce alla banca la facoltà di modificare la disciplina relativa al conto corrente di corrispondenza o al servizio delle cassette di sicurezza nel caso in cui si renda necessario adeguarle a nuove disposizioni di legge ovvero a necessità organizzative; si attribuisce alla banca la facoltà di modificare le condizioni economiche applicate ai rapporti regolati in conto corrente ovvero al servizio di cassette di sicurezza,
- si prevede che le operazioni di finanziamento siano regolate secondo le norme e le modalità in vigore presso la banca;
- si stabilisce che gli eventuali reclami relativi alle operazioni effettuate dalla banca per conto del cliente debbano effettuarsi, per lettera raccomandata o telegramma, appena in possesso della comunicazione di esecuzione, a seconda che l'avviso sia stato dato per lettera o telegramma, e che, trascorso il tempo ordinariamente occorrente per la ricezione del reclamo, l'operato della banca si intende approvato;
- che gli estratti dei libri e delle scritture contabili della banca facciano piena prova nei confronti del cliente;
- la banca non provvede ad inviare gli avvisi di mancata accettazione o di mancato pagamento degli effetti o degli assegni, ma si limita a restituire i titoli non appena in grado, mentre il cliente rinuncia a detti avvisi;
- che l'addebito in conto delle somme prelevate venga effettuato dalla banca in base alle registrazioni, effettuate automaticamente dallo sportello presso il quale è stato effettuato il prelievo e documentate dal relativo "giornale di fondo", le cui risultanze fanno piena ed esclusiva prova nei confronti del correntista, anche nel caso di eventuale rilascio di documentazione scritta contestuale a ciascun prelievo;
- che i conti i quali risultano, anche saltuariamente, debitori vengono chiusi con periodicità trimestrale, mentre gli interessi dovuti dalla banca sono accreditati a fine anno, e che gli interessi riconosciuti al correntista o dallo stesso corrisposti producono, a loro volta, interessi;
- il richiamo, ai fini della determinazione della periodicità con la quale avviene la chiusura contabile dei conti, degli usi e delle consuetudini del settore del credito, che prevedono la capitalizzazione trimestrale degli interessi relativi ai conti debitori;
- l'espressa autorizzazione della banca ad agire, in via principale anziché sussidiaria, e per l'intero suo credito, sui beni personali di ciascuno dei coniugi cointestatari;
- che, al verificarsi di eventi che incidano negativamente sulla situazione finanziaria e patrimoniale del correntista, in modo tale da porre in pericolo il recupero del credito vantato dalla banca, quest'ultima ha il diritto di valersi della compensazione, ancorché i crediti, seppure in monete differenti, non siano liquidi ed esigibili e ciò in qualunque momento e senza obbligo di preavviso e di formalità;
- che la banca ha il diritto di valersi della compensazione, ancorché i crediti non siano liquidi ed esigibili e anche qualora il credito del cliente

derivi da rapporti di mandato, in qualunque momento e senza obbligo di preavviso e formalità.

2.6. *Il nuovo diritto vivente: la giurisprudenza dell'ABF*

Negli ultimi anni ha progressivamente acquistato sempre maggiore rilevanza operativa (e non solo) l'attività dell'Arbitro bancario finanziario; tale organo, pur trattando spesso questioni di valore economico piuttosto esiguo, ha elaborato mano a mano indirizzi interpretativi che stanno andando a costituire una sorta di nuovo diritto pretorio relativo al diritto dei contratti bancari.

Il gran numero di casi trattati (stiamo parlando di svariate centinaia ogni anno per ciascun collegio arbitrale, che probabilmente supera per quantità quelle sottoposte all'attenzione dei giudici togati) e l'intensa attività di confronto svolta dal collegio di coordinamento ha sicuramente contribuito ad incrementare sia da un punto di vista quantitativo che da un punto di vista qualitativo l'importanza delle decisioni assunte dall'organo in esame.

Da quest'ultimo punto di vista, peraltro, è significativa la circostanza per cui, come da più parti osservato, raramente la decisione assunta dall'arbitro bancario finanziario viene successivamente contestata tramite la sottoposizione dello stesso caso all'autorità giudiziaria ordinaria.

3. *Disciplina dei soggetti e dei rapporti*

3.1. *Discipline di parte generale e di parte speciale*

È opinione spesso diffusa fra i non addetti ai lavori quella per cui la disciplina di un dato fenomeno risulti racchiusa in uno specifico e ben delimitato testo; è ben noto agli addetti ai lavori, invece, che tale convinzione costituisca di regola una semplice illusione e che la realtà – al solito – sia ben più complessa.

Anche con riguardo alla disciplina dei contratti bancari, invero, risulta indispensabile, per trattare del tema delle loro fonti, ricorrere al criterio della combinazione per poter tentare di tracciare una mappa che possa avere l'ambizione di dirsi completa.

Si è già osservato come nel codice civile ai “contratti bancari” siano dedicati gli articoli dal 1834 al 1860, suddivisi in sei sezioni dedicate rispettivamente ai “depositi bancari” (artt. 1834-1838), al “servizio bancario delle cassette di sicurezza” (artt. 1839-1841), alla “apertura di credito bancario” (artt. 1842-1845), alla “anticipazione bancaria” (artt. 1846-1851), alle “operazioni bancarie in conto corrente” (artt. 1852-1857) e allo “sconto bancario” (artt. 1858-1860).

Abbiamo, d'altra parte, già rilevato come i tipi “depositi bancari”, “apertura di credito bancario” e “operazioni bancarie in conto corrente” siano le specie bancarie di tipi contrattuali già nominati nel codice, in particolare il deposito (artt. 1766 ss.), il mutuo (artt. 1813 ss.) e il conto corrente (artt. 1823 ss.); ne

conseguenze che le disposizioni specificamente dettate con riguardo ai contratti *bancari* appena menzionati andranno letti in combinazione con gli articoli del codice dedicati più in generale ai tipi contrattuali corrispondenti.

Non solo. Trovano ovviamente applicazione anche le disposizioni dettate in tema di contratto in generale e, prima ancora, quelle relative alle obbligazioni in generale.

D'altra parte, per tentare di tracciare un quadro generale della regolamentazione dei contratti bancari non ci si può limitare alla trama codicistica bensì è necessario riferirsi a varie altre normative extra codice.

Innanzitutto, oltre ovviamente alla disciplina dei rapporti bancari, si deve menzionare quella inerente al settore – contiguo – della “intermediazione finanziaria”. In questo campo, l'intervento del legislatore è da collocarsi intorno agli anni Settanta del secolo scorso, in concomitanza con il diffondersi di prodotti finanziari atipici e con il conseguente aumento, tenuto conto dell'opacità di tali prodotti e delle tecniche spesso spregiudicate di sollecitazione del pubblico risparmio poste in essere dagli operatori del settore, di rischio di danni per gli investitori.

Con la legge n. 216/74 si è introdotta una prima regolamentazione del settore con, in particolare, l'istituzione della Consob e la regolamentazione dell'ingresso al mercato della raccolta del pubblico risparmio; successivamente, con le modifiche apportate dalla legge n. 77/83 sull'istituzione e la disciplina dei fondi comuni di investimento mobiliare, si sono introdotte – fra l'altro – regole volte a tutelare *direttamente* gli investitori.

Nel periodo successivo all'emanazione della legge n. 77/83 e per un decennio circa il legislatore italiano si è occupato a più riprese e con diversi interventi del mercato finanziario e, in particolare, di “valori mobiliari”: basta ricordare, ad esempio, la legge n. 189 del 1986 relativa alla gestione centralizzata dei valori mobiliari; la legge n. 1 del 1991 sulla intermediazione mobiliare; la legge n. 157 del 1991 sul c.d. *insider trading*; gli artt. 1 e 9 della legge n. 149 del 1992 sulle offerte pubbliche di vendita, sottoscrizione, acquisto e scambio di titoli; la legge n. 344 del 1993 istitutiva dei fondi di investimento mobiliare chiusi; il d.lg. n. 385 del 1993 (T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia).

In particolare, con la legge n. 1/91 si è giunti a una prima disciplina organica delle attività di intermediazione del mercato mobiliare, con la quale si è delineato un sistema di controlli ripartiti fra Consob e Banca d'Italia, si è disciplinata la figura del promotore finanziario, istituite le S.I.M. e introdotte regole volte a disciplinare la prestazione dei vari servizi.

Al fine di adempiere agli obblighi comunitari, il legislatore ha pochi anni dopo abrogato la legge n. 1/91 con il D.Lgs. n. 415/96 (c.d. “decreto Eurosime”), attuativo della direttiva 93/22/CEE, volto essenzialmente a dare attuazione ai principi di mutuo riconoscimento degli intermediari e dei mercati regolamentati in vista della costituzione di uno spazio economico unico europeo.

Successivamente, con il D.Lgs. n. 58/98 si è attuato un profondo riordino della materia.

La disciplina dei servizi e delle attività di investimento così come delineata dalla normativa (primaria e secondaria) di settore (e ciò trova conferma anche nel decreto legislativo 17 settembre 2007, n. 164) ha sempre perseguito il duplice obiettivo di tutelare il cliente-investitore e di garantire l'integrità dei mercati (cfr., ad esempio, l'art. 21, comma 1, lett. a) del T.U.F.); tali obiettivi, nel disegno legislativo, vengono perseguiti tramite norme volte a regolare non tanto singoli atti e/o contratti bensì «attività per la cui identificazione tipologica si ricorre a categorie di ordine economico»²⁴

Il T.U.F. è stato poi successivamente modificato – fra l'altro – anche dalla legge n. 262/05, in tema di tutela del risparmio, emanata a seguito dei noti scandali che in quegli anni hanno duramente colpito molti risparmiatori italiani.

Una nuova importante revisione della materia è stata attuata con l'introduzione del nuovo regolamento intermediari, il n. 20307/2018.

La nuova disciplina di settore così come delineata dalla normativa (primaria e secondaria) conferma la duplice direttiva sulla quale si muove il legislatore: garantire – quale obiettivo primario e diretto – l'integrità dei mercati, da un lato, e tutelare – di conseguenza – il cliente-investitore, dall'altro.

Altro *corpus* di regole di notevole importanza è costituito dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

Con i d. lg. nn. 145 e 146 del 2007 si è data attuazione nel nostro ordinamento alla direttiva “quadro”²⁵ n. 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle (così la rubrica) «pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno»²⁶.

²⁴ In questi termini A. DI MAJO, *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, I, p. 290; cfr. anche M. SALVATORE, *Servizi di investimento e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano 2004, p. 121. Si è osservato che con il Testo Unico il legislatore delegato ha dettato disposizioni che «non attengono unicamente i rapporti negoziali dell'intermediario con i clienti, ma sono norme che riguardano più in generale le modalità con cui si deve esercitare l'attività di prestazione dei servizi di investimento: norme di comportamento e di organizzazione; norme sui contratti e sul rapporto contrattuale nelle sue varie fasi; norme sull'accesso ai mercati»: così P. GAGGERO, *Commento alla disciplina dei servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari*, in *Contratti*, 1996, p. 283.

²⁵ Come si evince dall'art. 3, paragrafo 4, laddove si prevede che in caso di contrasto tra le disposizioni della stessa e le «altre norme comunitarie che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici»; cfr. T. BROGGIATO, *La direttiva n. 2005/29/CE «sulle pratiche commerciali sleali»*, in *Dir. banca e merc. fn.*, 2006, p. 22.

²⁶ Pubblicata in *GUCE*, n. L. 149/22 dell'11 giugno 2005. Sulla proposta di direttiva presentata alla Commissione europea, si vedano le prime osservazioni di P. AMICO (a cura di), *La Commissione europea propone di armonizzare la disciplina comunitaria in tema di pratiche commerciali sleali*, in *Contratti*, 2003, 957. Sull'iter della direttiva si veda L. DI LAURO, *L'iter normativo: dal Libro verde sulla tutela dei consumatori alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in E. MINERVINI - L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 25 ss.

La trasposizione della direttiva ha comportato, peraltro, una lieve modifica terminologica: i decreti in questioni, infatti, si riferiscono alle pratiche commerciali “scorrette” mentre la direttiva ha ad oggetto le pratiche commerciali “sleali”.

La nuova disciplina, che ha anche sostituito quella relativa alla pubblicità ingannevole, è quindi confluita nel Codice del consumo agli articoli dal 18 al 27.

Dopo la legislazione di tutela settoriale che ormai da alcuni lustri concorre in via preminente a formare il quadro del nuovo diritto privato soprattutto contrattuale, con l’attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali si introduce, accanto a quella delle clausole abusive ora contenuta negli artt. 33 ss. del Codice del consumo, una nuova disciplina di applicazione intersettoriale volta a coprire, con un nutrito decalogo di divieti specifici, tutta una serie di condotte “commerciali” degli operatori tanto diffuse quanto – alla luce delle nuove norme – scorrette.

In particolare, il d. lg. n. 146/2007, ha introdotto nel nostro sistema una articolata disciplina delle pratiche commerciali “scorrette”: si tratta di regole relative a una vasta ed eterogenea tipologia di fattispecie extra-contrattuali, pre-contrattuali, contrattuali e post-contrattuali accomunate dalla loro intrinseca ed astratta “scorrettezza” nei confronti del consumatore “medio”: tali pratiche sono – in forza di quanto disposto dall’art. 20, 1° comma, codice del consumo così come modificato dal d. lg. n. 146 – “vietate”.

L’art. 20, comma 2, del decreto, statuisce che una pratica commerciale è scorretta se è «contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori».

Il divieto generale di cui all’art. 20, comma 1, si articola attraverso norme riguardanti le due tipologie di pratiche commerciali più diffuse: quelle *ingannevoli* e quelle *aggressive*.

Il quarto comma dell’art. 20 dispone, infatti, che, «in particolare», sono scorrette le pratiche commerciali: a) “ingannevoli” (di cui agli articoli 21, 22 e 23) e quelle b) “aggressive” (di cui agli articoli 24, 25 e 26).

Gli articoli 23 e 26 riportano, poi, l’elenco delle pratiche commerciali, rispettivamente ingannevoli e aggressive, considerate *in ogni caso* scorrette.

L’art. 11 della direttiva ha riservato alla potestà degli Stati membri la scelta delle sanzioni da irrogare per le violazioni delle disposizioni relative alla disciplina relative alle pratiche commerciali “sleali”, limitandosi a prescrivere che tali sanzioni siano «effettive, proporzionate e dissuasive» (lo dispone espressamente l’art. 13); il legislatore italiano, in sede di attuazione, non ha ritenuto di predisporre alcuno specifico rimedio da un punto di vista civilistico alla scorrettezza di una pratica commerciale (fermo restando quando disposto dall’art. 19, comma 2, lett. a), in forza della quale «il presente titolo non pregiudica: a) l’applicazione delle disposizioni normative in materia con-

trattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto») e ha preferito demandare la valutazione della sua sussistenza e la decisione in ordine alle misure volte alla rimozione alla Autorità garante per la concorrenza e il mercato.

L'intervento dell'Autorità, in particolare, è volto, previa verifica della scorrettezza della pratica, e con una eventuale provvisoria sospensione ai sensi dell'art. 27, comma 3, a *inibire* la continuazione della pratica e a *eliminarne* gli effetti.

3.2. La conformazione dei rapporti bancari

I contratti bancari sono contratti *d'impresa*, e, per essere più precisi, di una particolare impresa, il cui esercizio – lo si è già più volte evidenziato nelle pagine che precedono – è *riservato* e assoggettato a specifica *vigilanza*²⁷; si tratta, in altre parole, di un mercato *regolamentato*.

Ciò ci porta a una ultima considerazione: a un mercato regolamentato corrispondono, come logica conseguenza, rapporti *conformati*; al fine di conformare i rapporti, si conforma la disciplina del rispettivo contratto. I contratti bancari sono quindi contratti conformati, per i quali – come è noto – la disciplina del rapporto non è coincidente con il voluto contrattuale atteso che interviene, accanto ed eventualmente sopra e contro l'accordo volontario, una etero-integrazione del voluto.

Non solo quindi disposizioni concernenti i controlli di ordine amministrativo sull'accesso e l'esercizio delle attività creditizie. Ed invero, il perseguimento degli obiettivi di riequilibrio dei rapporti contrattuali fra parti professionali e parti non professionali nell'ambito del settore bancario – che ha, lo si è visto sopra, varie finalità – ha comportato l'introduzione, accanto alle regole codicistiche aperte all'autonomia privata e al rinvio agli usi, di una serie di disposizioni di natura imperativa disciplinanti le varie attività e operazioni bancarie.

²⁷ È quanto emerge, ad esempio, dall'articolo 10 T.U.B.: «1. La raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito costituiscono l'attività bancaria. Essa ha carattere d'impresa. / 2. L'esercizio dell'attività bancaria è riservato alle banche. / 3. Le banche esercitano, oltre all'attività bancaria, ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna, nonché attività connesse o strumentali. Sono salve le riserve di attività previste dalla legge».

Abstract [Ita]

Oggetto del contributo è l'analisi delle fonti in materia di disciplina dei contratti bancari, per evidenziare le peculiarità del settore. Dopo aver distinto il *diritto dei contratti bancari* dal *diritto bancario* in generale, si ripercorre l'evoluzione della disciplina legislativa e convenzionale, caratterizzata quest'ultima dalla grande importanza, per molti anni, delle c.d. "norme bancarie uniformi". Più di recente, a partire dall'intervento comunitario in tema di clausole vessatorie, il settore è stato oggetto di importanti modifiche. Un ruolo determinante dal punto di vista del diritto applicato è stato svolto dall'Arbitro Bancario Finanziario (ABF), organo specifico al quale è stata demandata la risoluzione di molte controversie in materia. Dal quadro complessivo emerge una forte conformazione dei rapporti bancari.

Abstract [Eng]

The subject of the essay is the analysis of the sources regarding the discipline of bank contracts, to highlight the peculiarities of this area. After distinguishing the *law of banking contracts* from *banking law* in general, the essay traces the evolution of the legislative and conventional discipline: the latter is characterized by the great importance having, for many years, of the so-called "uniform banking rules". More recently, since the EU directive regarding the unfair terms, this area has undergone important changes. A crucial role from the point of view of the applied law has been played by the Financial-Banking Arbitrator (ABF), a specific conventional court which has been asked to decide many disputes on this matter. The overall picture shows a strong conformation of banking relationships.

Keywords: banking contracts; sources; legislative and conventional discipline; "uniform banking rules"; Financial-Banking Arbitrator (ABF).