

RIVISTA
TRIMESTRALE
DI DIRITTO
DELL'ECONOMIA

RASSEGNA
DI
DOTTRINA
E
GIURISPRUDENZA

DIREZIONE SCIENTIFICA
G. ALPA - M. ANDENAS - A. ANTONUCCI
F. CAPRIGLIONE - R. MASERA - G. MONTEDORO

2 / 2012 - SUPPLEMENTO

ISSN: 2036 - 4873

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'ECONOMIA

WWW.RTDE.LUISS.IT

La sede della Rivista è presso
la Fondazione G. Capriglione Onlus,
Università Luiss G. Carli,
Viale Romania 32, 00197 Roma.

Direzione Scientifica

G. Alpa - M. Andenas - A. Antonucci
F. Capriglione - R. Masera - G. Montedoro

Direttore Responsabile

F. Capriglione

Comitato di Redazione

A. Tucci - E. Venturi - D. Rossano - N. Casalino

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere
riprodotti dalla Fondazione G. Capriglione Onlus su altre,
proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Autorizzazione n. 136/2009, rilasciata dal Tribunale di Roma in data 10 aprile 2009.

COMITATO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE

S. Amorosino, E. Bani, P. Benigno, A. Blandini, C. Brescia Morra, E. Cardi, F. Colombini, G. Conte, P.E. Corrias, L. De Angelis, M. De Benedetto, P. De Carli, C. De Caro, M. De Poli, L. Di Brina, G. Di Taranto, C. Fresa, R. Lener, F. Maimeri, G. Nicolini, M. Pellegrini, P. Reichlin, N. Rangone, A. Romano, C. Rossano, C. Russo, M. Sepe, D. Siclari, G. Terranova, V. Troiano, A. Urbani, A. Zimatore

REGOLE DI AUTODISCIPLINA PER LA VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI

I contributi inviati alla Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia sono oggetto di esame da parte del Comitato per la valutazione secondo le presenti regole.

1. Prima della pubblicazione, tutti gli articoli, le varietà, le note e le osservazioni a sentenza inviati alla *Rivista* sono portati all'attenzione di due membri del *Comitato*, scelti in ragione delle loro specifiche competenze ed in relazione all'area tematica affrontata nel singolo contributo.
2. Il contributo è trasmesso dalla *Redazione* - in forma anonima, unitamente ad una scheda di valutazione - ai membri del *Comitato*, perché i medesimi - entro un congruo termine - formulino il proprio giudizio.
3. In ciascun fascicolo della *Rivista* sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del *Comitato* che hanno effettuato la valutazione dei contributi pubblicati.
4. In presenza di pareri dissenzienti, la *Direzione* si assume la responsabilità scientifica di procedere alla pubblicazione, previa indicazione del parere contrario dei membri del *Comitato*.
5. Ove dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la *Direzione* promuove la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del contributo alle indicazioni dei membri del *Comitato*, assumendosi la responsabilità della verifica.

IL CONTRIBUTO DEL PRESENTE FASCICOLO È STATO VALUTATO DA:

M. Pellegrini, M. Sepe

IL “CONTRATTO BANCARIO” NELLA DIMENSIONE COMUNITARIA

ABSTRACT: *Lo scritto passa in rassegna le direttive comunitarie che hanno disciplinato la contrattazione bancaria al fine di appurare se il diritto comunitario riconosca una specificità al contratto bancario inteso quale espressione dell’attività bancaria tipica – la combinazione tra raccolta del risparmio tra il pubblico ed esercizio del credito – o se confonda tale fattispecie nell’ambito di fattispecie più ampie, come quella dei contratti finanziari. Lo scritto si conclude sostenendo che la “bancarietà”, in senso stretto, del contratto, non è tratto caratteristico della categoria dei contratti disciplinati dalla direttive comunitarie esaminate; nemmeno la natura (bancaria) del soggetto lo è, perché in ciascun corpo normativo la banca è equiparata ad altri soggetti, generalmente finanziari e, in taluni casi, anche non appartenenti a questa categoria.*

This essay aims to analyze the EU Directives on banking contracts and on the relationship between banks and their clients in order to assess whether European Law recognizes banking contracts as a peculiar type of agreement which reflects the typical banking activity – i.e. fund raising and granting of credit – or merges such type of contracts into wider classes of contracts, such as financial contracts. The essay draws the conclusion that the EU Directives regulating banking contracts do not assign to those contracts a peculiar feature only because they are entered into by banks or because they regulate a banking service or activity; in each Directive the bank is treated as other subjects, mainly financial entities or even other entities not belonging to that class, there being no distinctions in the contractual position.

SOMMARIO: 1. La “contrattazione bancaria” e il rapporto tra banca e contratto: premessa introduttiva sulle correlazioni tra banca e contrattazione nel diritto italiano - 2. Il rilievo nel diritto comunitario della materia contrattuale bancaria. - 3. I contratti per la raccolta del risparmio tra il pubblico nella legislazione comunitaria. - 4. I contratti di erogazione del credito nella normativa comunitaria: note introduttive. - 4.1. Gli obblighi gravanti sui “creditori” nella fase anteriore e posteriore alla conclusione del contratto di concessione di credito al consumatore. - 4.2. In particolare: gli obblighi informativi della fase precontrattuale. - 4.3. Osservazioni conclusive. - 5. Contratti bancari, “servizi finanziari” e contrattazione abusiva nei confronti dei consumatori. Premessa. - 5.1 Ratio e contenuto del trattamento speciale. - 5.2. Il trattamento dei

servizi finanziari a tempo indeterminato. - 6. - Il trattamento dei “servizi finanziari” nella direttiva 2002/65 sulla relativa commercializzazione a distanza ai consumatori. - 7. Il servizio bancario di pagamento, tra disciplina del soggetto e disciplina dell’attività negoziale: note introduttive. - 7.1. L’attività negoziale delle banche nella prestazione dei servizi di pagamento tra obblighi informativi e controllo dell’adempimento: la disciplina dei flussi informativi. - 7.2. Diritti e obblighi delle parti riguardo alla prestazione e all’uso dei servizi di pagamento. - 8. Una verifica sui principali ordinamenti giuridici nazionali: a) i contratti bancari in Gran Bretagna. - 8.1. Continua: b) in Francia. - 8.2. Ancora: c) in Germania. - 9. Conclusioni.

1. Com’è noto, l’attività bancaria – somma delle attività di raccolta del risparmio tra il pubblico e di erogazione del credito, avvinte da un collegamento di tipo *funzionale*¹ – costituisce uno dei segmenti tradizionali del sistema finanziario, gli altri essendo quello dell’“intermediazione mobiliare”², o di investimento, quello assicurativo³.

¹ *Ex multis*, PORZIO, *Banca e attività bancaria*, in *Enc. Dir., Aggiornamento IV*, Milano, 2000, p. 158 ss., COTTERLI, voce *Banca*, in *Digesto, Sez. comm., Aggiornamento, Vol. 20, IV*, Torino, 2008, p. 85; COSTI, *L’ordinamento bancario*, Bologna 2007, p. 190 s.; FERRO LUZZI P., *Lezioni di diritto bancario*, I, Torino, 2004, p. 91 ss. Per un esame delle posizioni dottrinali sotto la vigenza della precedente legge bancaria, cfr. CAPRIGLIONE, *Art. 1*, in *Codice commentato della banca*, I, Milano, 1990, p. 40 ss., il quale ripercorre con attenzione il dibattito intorno al problema dell’esigenza di un *collegamento funzionale* tra raccolta del risparmio e concessione del credito; v. anche FERRO-LUZZI, *L’attività bancaria*, in *La nuova legge bancaria. Commentario a cura di P. Ferro-Luzzi e G. Castaldi*, I, Milano, 1996, p. 209 s. Quest’autore recupera (a p. 211) il dubbio che aveva già toccato i commentatori della legge bancaria, ossia se con la previsione dell’art. 1 il legislatore avesse voluto disciplinare attività di raccolta collegata alla concessione di credito, oppure, oltre a quella collegata attività, anche l’attività di raccolta del risparmio tra il pubblico pur non finalizzata all’esercizio del credito. Egli esprime (a p. 238) la preferenza per la seconda soluzione. In argomento vedi CAPRIGLIONE, *Operazioni bancarie e tipologia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 29 e ss.

² Così era chiamata l’attività di prestazione di servizi d’investimento dalla L. 2 gennaio 1991, n.1.

³ Il punto non è contestato. Merita solo precisare che, all’interno del segmento bancario si fa rientrare anche il servizio di pagamento. In argomento, tra i molti, FOSCHINI, *Il diritto del mercato finanziario*, Milano 2008, p. 4; CIOCCA, *La nuova finanza in Italia*, Torino 2000, p. 273 ss., LANDI-ONADO, *I fondamenti economici della gestione bancaria*, in ONADO (a cura di), *La banca come impresa*, Bologna, 2004, p. 20 ss.; CENDERELLI, *Principi di economia della banca*, Torino, 2007, p. 5 ss.; MAROTTA, *La banca*, Bologna, 1999, p. 110 ss..

Il processo di de-specializzazione operativa che ha interessato dagli anni settanta il sistema finanziario, italiano ma non solo⁴, assieme all'andamento decrescente dell'intermediazione creditizia, ha fatto emergere nuove forme di raccolta del risparmio tra il pubblico – obbligazioni, titoli di debito - e cambiamenti rilevanti nel processo di erogazione del credito, affiancando all'attività bancaria "classica" (ossia quella di raccolta del risparmio tra il pubblico e di erogazione del credito), ma anche una più innovativa, finanziaria, inizialmente definita, "parabancaria"⁵: *leasing, factoring*, emissione e gestione di mezzi di pagamento, gestione di patrimoni mobiliari, assunzione di gestione di patrimoni ecc.⁶

Una riprova immediata di tale processo e di tale de-specializzazione è la consacrazione normativa della possibilità, per la banca, di svolgere non solo l'attività a essa riservata, ossia quella bancaria ma, anche, "ogni altra attività finanziaria ... nonché attività connesse o strumentali". Così recita l'art. 10 del D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, che – sulla scorta dell'orientamento comunitario in materia di operatività degli intermediari finanziari, riconosce l'ammissibilità della banca universale, ossia di una struttura autorizzata a svolgere attività diverse da quelle ad essa riservate⁷.

⁴ Una puntuale ricostruzione storica del fenomeno è in COSTI, *L'ordinamento*, cit., p. 245 ss.

⁵ CAPRIGLIONE, *sub art. 1*, in *Codice commentato della banca, Disciplina generale* a cura di CAPRIGLIONE e MEZZACAPO, Milano 1990, p. 63, che segnala puntualmente come la nascita del parabancario fosse stata inizialmente legata all'esigenza di dare efficienza al sistema e, in seguito, a quella di conseguire un aumento della concorrenza prodotto da una più accentuata integrazione dei mercati e dalla tendenza verso forme di maggiore de-specializzazione.

⁶ COSTI, *La seconda direttiva di coordinamento: i principi*, in *Le direttive della C.E.E. in materia bancaria*, CESARINI, SCOTTI CAMUZZI (a cura di), Milano, 1991, p. 73.

⁷ Per banca universale s'intende dunque quel modello di banca titolato a svolgere tutte le attività di intermediazione del credito e finanziarie, senza vicoli di specializzazione. Si contrappone al modello di "gruppo creditizio", dove ciascuna componente del gruppo svolge, in regime di specializzazione, una determinata attività. In argomento si v. COSTI, *L'ordinamento*, cit., p. 252.

Rimane invece solida la separazione tra banca e assicurazione⁸: se è la banca il soggetto che può effettuare l'attività bancaria (nel diritto italiano, il già citato art. 10 t.banc, comma 2°), è l'impresa di assicurazione quella cui è riservata l'attività di assicurazione e gestione dei rischi, ossia l'attività assicurativa (artt. 1 e 11 Cod. Assicurazioni Private)⁹.

Sintetizzando, dunque, diremo che la banca non fa più solo la banca e che la sua attività negoziale non è più composta solo da contratti *bancari* ma da contratti che spaziano con grande libertà campo finanziario.

Quanto alla forma tradizionale dell'agire bancario, quella che dà sostanza e individualità all'attività bancaria, vi è da dire, anzitutto, che le attività di ricezione dal pubblico di depositi o di altri fondi rimborsabili e quella di concessione di credito si attuano, com'è evidente, attraverso contratti, l'uno in forza del quale il diritto alla restituzione delle somme compete al cliente-depositante, l'altro in forza del quale quel diritto compete alla banca¹⁰.

Ora, se è certo che l'attività bancaria postula un legame funzionale tra raccolta del risparmio tra il pubblico ed erogazione del credito, tanto da ritenere quel legame essenziale all'individuazione di quella tipologia di attività d'impresa, meno certo è che esso possa rappresentare l'essenza di una categoria contrattuale, quella dei *contratti bancari* menzionata nel titolo del Capo XVII del Libro IV del Codice civile italiano.

⁸ Separazione che non preclude, però, che una banca possa controllare una società di assicurazione e, particolarmente, che quest'ultima, nella sua qualità di "ente finanziario" ex art. 19 del Testo unico bancario, controlli una banca. Sul punto, v. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 81.

⁹ In argomento v. MEZZACAPO, *L'accesso all'attività assicurativa (art. 11 – 29)*, in *Il nuovo Codice delle private. Commento sistematico* a cura di Amorosino e Desiderio, Milano, 2006, p. 123; MAIMERI, *Accesso all'attività assicurativa (artt. 11 – 12)*, in *Il Codice delle assicurazioni private* diretto da Capriglione, I.1, Padova 2007, p. 110, 111. .

¹⁰ COSTI, *La seconda direttiva di coordinamento*, cit., p. 73.

Come si è già rilevato in altra occasione¹¹, quella categoria non esiste perché nessun effetto giuridico viene collegato da una disposizione normativa alla fattispecie *contratti bancari*, bensì a specifici contratti conclusi tipicamente (per taluni, esclusivamente) da una banca, ciascuno dei quali espressione di uno dei due rami dell'attività bancaria (la raccolta del risparmio tra il pubblico; l'erogazione del credito), nessuno dei quali, invece, espressione, per sé solo, del legame tra quei due rami.

Un esame del diritto nazionale ci consente di affermare, dunque, che non esiste una categoria di "contratto bancario", né una disciplina unitaria di tale fenomeno. Esiste, invece, la disciplina codicistica di taluni contratti caratterizzati dalla presenza qualificante (ma non esclusiva) della banca quale soggetto erogatore della prestazione caratteristica; quanto alla disciplina speciale, essa comunemente, se non sempre – fatta eccezione, forse solo la disciplina della convenzione di *cheque* -, ha per oggetto l'attività contrattuale di banche e di altri soggetti finanziari, sicché non può definirsi come disciplina della sola attività contrattuale tipicamente bancaria. L'esempio più vivido è costituito dalla disciplina sulla trasparenza bancaria, che è la disciplina dell'attività delle banche e di altri soggetti.

Questo non deve stupire se si riflette intorno al fatto che la riserva di attività a favore della banca è oramai una componente minoritaria dell'attività finanziaria delle banche, essendo circoscritta alla sola attività di raccolta del risparmio tra il pubblico a vista e a quella collegata all'emissione ed alla gestione di mezzi di pagamento a spendibilità generalizzata ed alla raccolta a vista.

Il corollario di tale conclusione sta anzitutto nell'ammissibilità di un contratto "bancario" concluso, quale prestatore caratteristico, da un soggetto

¹¹ DE POLI, *Il "contratto bancario" tra tutela della liquidità e trasparenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 261 ss.

diverso dalla banca. Invero, ciò che il legislatore ha vietato (dapprima per il tramite della legge bancaria, poi, con maggiore nettezza, del D.lgs. 385/93) è, infatti, lo svolgimento *congiunto* della raccolta del risparmio tra il pubblico e dell'esercizio del credito, e dunque il compimento di *attività* bancaria. L'atto compiuto dal soggetto non bancario è dunque pienamente valido.

In dottrina¹² è stato affermato che la disciplina codicistica dei contratti bancari vede come sua *ratio* l'esigenza di liquidità del sistema bancario, ma ciò non è sufficiente per affermare *l'esclusiva pertinenza e applicabilità di quella disciplina alla banca*. Invero, chi sostenga (correttamente, sia ben chiaro) che l'analisi codicistica rivela un miglior trattamento della posizione di chi eroga credito o che comunque effettua la prestazione principale rispetto a quanto fatto dalla disciplina di diritto comune), e che ciò rende immediatamente evidente "la ragionevolezza di un ricorso all'attività di intermediazione nel credito, al fine di individuare la fattispecie cui è congrua la disciplina in questione"¹³; quando si ragiona in questo modo si compie un salto logico. Il *favor creditoris*; la più efficace tutela del meccanismo restitutorio; l'affinamento del congegno rispetto alle fattispecie comuni; tutti questi evidenti privilegi a favore dell'erogatore della prestazione caratteristica si pongono nella direzione di rendere più fluida l'operazione perché si presume che la stessa sia consona (e statisticamente collegata) a un esercizio *professionale ed in serie*, ossia in condizioni di alta rischiosità. Alla base della disciplina codicistica vi sta, allora, la statistica (ma non sempre: necessitata¹⁴) collocazione di quella serie di operazioni contrattuali nel

¹² LIBONATI, *Contratto bancario e attività bancaria*, Milano 1966, *passim*.

¹³ LIBONATI, *Contratto bancario e attività bancaria*, cit. p. 88.

¹⁴ L'esercizio professionale dell'atto e in serie assume rilievo condizionante l'applicazione della disciplina nel caso del deposito di denaro: invero, la mancata valorizzazione dell'elemento del termine, a favore della banca, per la restituzione del denaro ricevuto, depone chiaramente nel senso di ritenere la stessa disciplina possibile logicamente non già in forza del collegamento del deposito con la connessa (economicamente) operazione di concessione del credito, ma

generico ambito dell'attività di impresa, non in quello specifico dello svolgimento *dell'attività (d'impresa) d'intermediazione nel credito*. L'affermazione secondo cui "il denaro che la banca, intermediaria nel credito, investe, deve essere restituito ai depositanti e che, pertanto, il rientro di quel denaro presso l'intermediario deve essere il più sicuro e il più puntuale possibile, potendo altrimenti non essere disponibile al momento in cui i depositanti vogliono ritirarlo"¹⁵; quell'affermazione è sì fondata ma è anche insuscettibile, di per sé sola, di fare emergere con nettezza un interesse della banca *qualitativamente*¹⁶ diverso da quello in capo al finanziatore di professione, il quale eroghi credito facendosi finanziare, ad esempio, dalle banche.

A ciò va aggiunto che dalla disciplina codicistica non è dato trarre *alcun* indice del fatto che ogni singolo tipo contrattuale ivi regolato presupponga – non *economicamente*, ovviamente, ma *giuridicamente* - un compimento (seriale) di quell'atto *combinato necessariamente* con quello di altro tipo contrattuale¹⁷,

grazie al dato (presupposto) della statistica evidenza di una pluralità di depositi coprenti il rischio della richiesta immediata di restituzione. Così già LIBONATI, op. cit., 73, il quale però poi afferma (a p. 75) che il deposito bancario è tipicamente diretto a produrre risultati strumentali a un'attività bancaria in senso stretto, ed è dunque un contratto di impresa bancaria.

¹⁵ LIBONATI, op. cit., p. 88.

¹⁶ Senza assegnare a tale argomento peso decisivo nella soluzione del problema, non va comunque trascurato che l'art. 47 Cost. tutela il risparmio "in tutte le sue forme", ossia anche in quelle diverse da quella bancaria: MERUSI, Art. 47, in AA.VV., *Codice commentato della banca*, a cura di Mezzacapo, Milano, 1990, vol. I, p. 202 ss.. *Quantitativamente* diverso, invece, lo è di certo, e ciò trova ideale spiegazione nelle parole di COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 158 s. il quale spiega come la fiducia sulla solvibilità e stabilità dell'impresa bancaria debba essere maggiore di quella verso le altre categorie di debitori.

¹⁷ La ripetizione in serie, ad esempio, di contratti di sconto è sicuramente indicativa dell'espletamento di attività (d'impresa) creditizia, non già di attività bancaria. La pensa diversamente LIBONATI, op. cit., 42, nt. 42, che indica lo sconto come il contratto specificamente funzionale all'attività di intermediazione creditizia (contratto che "tutela tipicamente l'investimento, nell'operazione, di denaro raccolto da un intermediario": op. cit., p. 43, nt. 42, mentre indicava lo sconto (ed il mutuo) quale atto *generico*, atto che "... può essere contrattato da chiunque, ed anche con chi intenda soltanto impiegare in esso, momentaneamente e isolatamente, un proprio capitale", FRANCHI, in FRANCHI-PAGANI, *Comm. al cod. comm.*, I, Vallardi, s.d., p. 104-105.

capace l'uno di produrre *in concorso con l'altro* la complessa attività d'*intermediazione nel credito*, ossia di raccolta del risparmio *in funzione* d'una sua parziale confluenza verso i richiedenti di credito¹⁸.

Va dunque affermato nuovamente che l'attività d'intermediazione qualifica l'*attività* bancaria ma non pare possa dirsi essere stata recepita dal legislatore come presupposto di individuazione del contratto bancario. La chiave di lettura della tutela della liquidità quale *ratio* del sistema e indice dell'applicabilità esclusiva alla banca delle disposizioni codicistiche va dunque abbandonata¹⁹.

¹⁸ Diverso è l'approccio di LIBONATI, op. cit., p. 42 il quale, riprendendo spunti e riflessioni formulate in ordine al contratto di assicurazione, distingue, al fine di valutare l'inerenza della disciplina dello specifico contratto alla dimensione dell'impresa nel quale si ipotizza si inserisca (l'essere, dunque, atto di impresa), il profilo *strutturale* da profilo *funzionale* o *teleologico*. Il primo si presenta ogni qualvolta la disciplina dell'operazione contrattuale presupponga il compimento (o la destinazione al compimento) seriale della stessa, e si può notare, ad avviso dell'autore, nel deposito di denaro e nell'apertura di credito (oltre che nell'assicurazione). Il secondo, invece, si presenta ogni qualvolta la disciplina dell'operazione contrattuale sia (debba essere) funzionale agli interessi dell'attività (impresa) nella quale si colloca ordinariamente: l'a. propone così lo sconto quale atto che serve *tipicamente* a interessi propri dell'attività di intermediazione nel credito; il mutuo, il quale serve *anche* alla realizzazione di quegli interessi. Secondo Libonati un atto può inerire all'attività sotto entrambi i profili o sotto quello solo funzionale: non, invece, sotto il solo profilo strutturale, in quanto "per inserirsi attivamente in una certa attività non può, com'è logico, non presentare valore relazionale allo scopo cui tende quell'attività" (p. 44)

¹⁹ E ciò anche per un'altra ragione. Ricordiamo come, al tempo della redazione del codice civile come ad oggi, costituisse attività bancaria la generica attività di *raccolta del risparmio tra il pubblico* (sotto ogni forma) e l'altrettanto generica attività di *esercizio del credito*: attività generiche perché sostanziabili nelle forme tecnico-contrattuali che la fantasia degli operatori avesse di volta in volta partorito. Sotto questo aspetto, l'impresa bancaria si differenzia nettamente da quella assicurativa, nella quale ben diversa è l'assorbente del rilievo del contratto di assicurazione sull'attività di impresa. Ciò detto, vigendo un principio di assoluta libertà nella scelta delle forme tecniche ritenute necessarie o utili per lo svolgimento dell'attività bancaria, se - domandandosi quale sia il ruolo della disciplina codicistica dei contratti bancari - l'enfasi viene posta sulla peculiarità di una disciplina che va in direzione di una più marcata tutela della liquidità, vi è da chiedersi allora come possa ammettersi che l'attività bancaria venga realizzata solo in parte da operazioni caratterizzate da una disciplina legale capace di tutelare appropriatamente quelle esigenze, mentre in altra parte lo sia da operazioni (pensiamo al generico mutuo) caratterizzate dalla disciplina "comune", meno attenta al valore della liquidità.

Scartato, perché privo di consistenza, ogni argomento che passi attraverso l'assegnazione di valore normativo al fatto di essere stato un determinato contratto collocato all'interno di un capo intitolato *Dei contratti bancari*; ciò fatto, si può allora cercare di comprendere se sia sussistente un rapporto di necessaria strumentalità tra contratti bancari ed attività bancaria, così come accade per il contratto di assicurazione nei confronti dell'attività assicurativa: così fosse, ne conseguirebbe il riconoscimento, per i tipi contrattuali disciplinato nel codice civile, di mezzi necessari di attuazione dell'impresa bancaria. Ma nessuno di quei contratti è mezzo necessario ed esclusivo di attuazione dell'impresa bancaria. A dircelo è il fatto, già segnalato, del superamento nella pratica bancaria degli schemi contrattuali codicistici e dell'adozione di altri, comuni come il mutuo, o perfino di nuovi: segno che l'attività bancaria è in grado di svilupparsi anche una volta venuto meno il modello di attività bancaria fondato sulla specializzazione temporale, circostanza che - unita al fatto che, come bene si è detto, la disciplina codicistica, "nel dare tipicità legale ai contratti bancari, si limita a quelli considerati caratteristici delle aziende di credito ordinario"²⁰ - potrebbero trasformarsi in circostanza capace di rendere la "categoria" del contratto bancario

Se il congegno tecnico-disciplinare sotteso alle previsioni codicistiche fosse realmente dedicato alla tutela della liquidità *bancaria*, costatato che l'attività bancaria si dispiega anche in forme tecniche diverse e che - soprattutto - la derogabilità delle disposizioni codicistiche ha aperto la strada alla più completa affermazione dell'autonomia contrattuale, da un lato occorrerebbe negare l'applicabilità di quelle norme (o, quantomeno, di quelle chiaramente esprimenti l'interesse alla tutela della liquidità) al di fuori dell'attività di intermediazione creditizia, dall'altro sarebbe giocoforza riconoscere che la tutela della liquidità bancaria non è stata affidata tanto alla disciplina codicistica dei contratti bancari quanto alla sottrazione della materia bancaria a peculiari e specifiche (diverse, pertanto, da quelle previste dall'art. 1341 cod. civ.) forme di controllo legale a tutela della parte debole del contratto con la banca, che è quella che - quale *individuo* e non quale appartenente ad una classe economica (quella dei risparmiatori) - in genere subisce gli effetti del dispiegarsi del potere contrattuale della banca (pur se questo sia esercitato al dichiarato fine di tutelare la liquidità: questo è il *refrain* ascoltato più volte a giustificazione del recesso "brutale" dell'apertura di credito).

²⁰ PORZIO, *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, 12, Torino 1985, p. 808.

inadatta o comunque superata, rimanendo fuori dalla stessa le operazioni svolte tipicamente dalle banche che operano nel medio e nel lungo periodo.

Se così è, non può che ricavarsene che la disciplina assegnata a ogni singolo schema - anche quello dell'apertura di credito, che a ragione si è definito come "qualificativo di un traffico bancario" - non richiede che a compierla sia il soggetto che svolge l'attività di intermediazione, ossia la banca. Se ne deve pertanto dedurre, per quanto riguarda il diritto contrattuale bancario italiano, la tendenziale applicabilità diretta (e non solo analogica) di quelle norme a vicende caratterizzate dal fatto che l'esecutore della prestazione caratteristica è soggetto diverso dalla banca²¹

2. L'esame del diritto comunitario che ora inizieremo dovrà farci comprendere se l'opinione in precedenza formulata per il solo diritto nazionale trovi una nuova conferma.

Fin d'ora possiamo anticipare che, a fronte di una massiccia disciplina della "banca" quale impresa o quale soggetto sottoposto a supervisione e vigilanza, la disciplina comunitaria che incide sulla *contrattazione bancaria* consiste solo nella disciplina di taluni momenti dell'attività più che *bancaria, delle banche*: i) quello creditizio, nella disciplina del credito al consumo; ii) quello finanziario, nella disciplina della prestazione dei servizi d'investimento e in quella della commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori; iii) quello di intermediazione nei pagamenti, nella disciplina della prestazione dei servizi di pagamento.

²¹ L'applicazione di talune disposizioni richiede però la presenza di condizioni particolari. La norma secondo cui "i versamenti e i prelevamenti si eseguono alla sede della banca presso la quale si è costituito il rapporto" (art. 1834, comma 2), richiede all'evidenza la presenza, nel depositario, di un'articolazione territoriale che in genere contraddistingue l'impresa di medio - grandi dimensioni. Quella secondo cui, nel deposito in amministrazione, le somme riscosse devono essere *accreditate* al depositante (art. 1838, comma 1, ultima parte), richiamando la modalità *dell'accredito in conto* quale mezzo di estinzione dell'obbligazione pecuniaria, sembrerebbe in effetti applicabile solo alle banche.

Quest'esame ci porterà a sciogliere il dubbio se la "bancarietà", in senso stretto, dell'eventuale contratto sia, oppure no, tratto caratteristico della categoria dei contratti disciplinati;

Il diritto comunitario inizia a occuparsi d'impresa bancaria nel 1977, con la "Prima direttiva" 77/780/CEE del 12 dicembre 1977, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi, ove l'impresa bancaria viene considerata quale "ente creditizio", ossia "un'impresa la cui attività consiste nel ricevere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e nel concedere crediti per proprio conto". La definizione di ente creditizio ritornerà inalterata nella Seconda direttiva, la n. 89/646/CEE del Consiglio, del 15 dicembre 1989 - relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780/CEE, sempre avente a oggetto l'accesso e l'esercizio dell'attività creditizia²².

Tra la prima e la seconda direttiva bancaria ne seguiranno altre di minore importanza ai nostri odierni fini²³, ossia quelli di individuare ed esaminare il di-

²² Questa direttiva verrà poi integralmente trasfusa nelle Direttive 2000/12/CE e 2006/48/CE. Come vedremo meglio a breve, nella Direttiva 2000/12/CE, ente creditizio è anche "un istituto di moneta elettronica". Nella stessa Direttiva compare anche la definizione di "impresa di servizi bancari ausiliari", ossia l'impresa "la cui attività principale consiste nell'amministrazione di immobili, nella gestione di servizi informatici, o in qualsivoglia altra attività affine di natura ausiliaria rispetto all'attività principale di uno o più enti creditizi". In generale, sul diritto bancario europeo, si vedano ALPA – CAPRIGLIONE (a cura di), *Diritto bancario comunitario*, Torino, 2002, *passim*; PANZERA, *Sistema bancario italiano e ordinamento comunitario*, Milano, 1991, *passim*; CESARINI e SCOTTI CAMUZZI (a cura di), *Le direttive della C.E.E. in materia bancaria*, Milano, 1991, *passim*; MAIMERI, *Diritto comunitario e autorità creditizie*, in *Dir. banca, merc. fin.*, 2002, I, p. 56 ss.; GODANO, *Le banche*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, Torino 2000, p. 315 ss.; GODANO, *La legislazione comunitaria in materia bancaria*, Bologna 1996, p. 1 ss.; SOUSI-ROUBI, *Droit bancaire européen*, Paris, 1995, *passim*.

²³Tra cui ricordiamo la Direttiva 92/121/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1992, sulla vigilanza e il controllo dei grandi fidi degli enti creditizi; la Direttiva 91/31/CEE della Commissione, del 19 dicembre 1990, recante modifica della definizione tecnica di «banche multilaterali di sviluppo»

ritto contrattuale bancario europeo, mentre di fondamentale importanza per l'attività negoziale (non già *bancaria* ma) delle *banche* è la Direttiva 93/22/CEE del Consiglio, del 10 maggio 1993, relativa ai servizi d'investimento nel settore dei valori mobiliari (cd. ISD 1, sostituita nel 2004 da Mifid)²⁴. La direttiva 93/22/CEE è per i servizi di investimento ciò che è stato, per gli enti creditizi, la Seconda direttiva; vengono infatti fissati, così come per questi, i principi di *armonizzazione minimale* del controllo del Paese di origine (*home country control*) e del mutuo riconoscimento delle imprese di investimento, ossia delle imprese che svolgono i servizi di investimento²⁵, e – tra le varie – anche gli enti creditizi; liberalizza l'accesso alle borse di valori mobiliari e ai mercati di strumenti finanziari, abolendo la regola dell'esclusione delle banche dall'attività di borsa; e, infine fissa regole di comportamento precontrattuale e contrattuale che il prestatore del servizio di investimento dovrà inderogabilmente rispettare.

E' l'art. 11 che detta tali ultime regole, o "principi" di comportamento, stabilendo che l'impresa di investimento, e dunque anche la banca quando eserciti tale attività, deve agire in modo leale ed equo, nell'interesse, per quanto possi-

di cui alla direttiva 89/647/CEE del Consiglio relativa al coefficiente di solvibilità degli enti creditizi; la Direttiva 89/647/CEE del Consiglio, del 18 dicembre 1989, relativa al coefficiente di solvibilità degli enti creditizi; la Direttiva 89/592/CEE del Consiglio, del 13 novembre 1989, sul coordinamento delle normative concernenti le operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate (*insider trading*); la Direttiva 86/635/CEE del Consiglio dell'8 dicembre 1986 relativa ai conti annuali ed ai conti consolidati delle banche e degli altri istituti finanziari; la Direttiva 86/137/CEE del Consiglio del 17 aprile 1986 che autorizza alcuni Stati Membri a differire ulteriormente l'applicazione della direttiva 77/780/CEE per quanto concerne taluni enti creditizi.

²⁴ Esaminata da FERRARINI, *Le direttive comunitarie in tema di servizi di investimento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, II, p. 520 ss.

²⁵ Ai sensi dell'art. 1, lett. A, per "servizio di investimento" si intendono i seguenti servizi: ricezione e trasmissione, per conto di investitori, di ordini in relazione a uno o più strumenti finanziari; esecuzione di tali ordini per conto terzi; negoziazione per conto proprio di tutti gli strumenti finanziari riconosciuti dalla Direttiva; gestione, su base discrezionale e individualizzata, di portafogli di investimento nell'ambito di un mandato conferito dagli investitori qualora tali portafogli includano uno o più strumenti finanziari; assunzione a fermo per tutte o per alcune emissioni di strumenti finanziari e/o collocamento di tali emissioni".

bile, dei suoi clienti e dell'integrità del mercato; agire con la competenza, l'impegno e la diligenza necessari nell'interesse, per quanto possibile, dei suoi clienti e dell'integrità del mercato; disporre delle risorse e delle procedure necessarie per portare a buon fine le sue attività, e a utilizzarle in modo efficace; informarsi sulla situazione finanziaria dei suoi clienti sulla loro esperienza in materia di investimenti e sui loro obiettivi per quanto concerne i servizi richiesti; trasmettere adeguatamente le informazioni utili nell'ambito dei negoziati con i suoi clienti; sforzarsi di evitare i conflitti di interessi e, qualora ciò non sia possibile, a provvedere a che i suoi clienti siano trattati in modo equo; conformarsi a tutte le normative applicabili all'esercizio delle sue attività in modo da promuovere, per quanto possibile gli interessi dei suoi clienti e l'integrità del mercato.

La Direttiva 93/13/CE è di poco successiva all'entrata in vigore, in Italia, della prima legge sulla trasparenza bancaria, la L. 17 febbraio 1992 n. 154 e della legge 19 febbraio 1992, n. 142, in materia di credito al consumo, quest'ultima in recepimento della Direttiva 87/102/CEE, poi modificata dalla Direttiva 90/88/CE.

Nei primi anni novanta, dunque, emerge in Italia una ricca, articolata, puntuale *lex specialis* dell'attività negoziale delle banche, in parte bancaria in senso stretto – è il caso della legislazione sulla trasparenza bancaria, la quale non è, però, di derivazione comunitaria²⁶ - in altra parte finanziaria.

La direttiva 93/22/CE sarà recepita dal legislatore italiano con il Decreto Legislativo 23 luglio 1996, n. 415, "Recepimento della direttiva 93/22/CEE del 10 maggio 1993 relativa ai servizi di investimento del settore dei valori mobiliari e della direttiva 93/6/CEE del 15 marzo 1993 relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi", che introdurrà nel nostro ordinamento una serie di stringenti regole di condotta (contenuta negli artt. 17

²⁶ Di derivazione comunitaria è solo la parte sul credito al consumo.

– 24) per il prestatore di servizi finanziari, e, dunque, anche per la banca quando essa svolga il servizio di investimento. Queste disposizioni verranno poi in parte rimpiazzate dagli artt. 21 e seguenti del D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (t.u. dell'intermediazione finanziaria), ancor'oggi vigente seppur modificato, per quanto ci riguarda, dalla Direttiva 2004/39/CE del 21 aprile 2004, la cd. Mifid: *Markets in Financial Instruments Directive Mifid*²⁷.

Ciò detto, molte altre sono le Direttive comunitarie che riguardano gli enti creditizi, ma poche sono quelle che ne disciplineranno il fronte della contrattazione, essendo esse generalmente rivolte a regolare l'impresa (il patrimonio in particolare), i rapporti con le autorità di vigilanza, ma non il rapporto contrattuale.

Interviene, ma marginalmente, sull'operatività bancaria, la Direttiva 91/308/CEE, in materia di prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite: l'incidenza sul rapporto bancario è però molto limitata perché si sostanzia solamente nell'obbligo, in capo all'intermediario creditizio e a quello finanziario, di identificare il soggetto che compie un'operazione usando il contante²⁸.

Un'incidenza maggiore – e certamente alta - l'avranno, invece, la Direttiva 97/5/CE in tema di pagamenti transfrontalieri, e la Direttiva 2007/64/CE del 13 novembre 2007 che la modifica: ci occuperemo diffusamente della disciplina introdotta da quest'ultima *infra*.

²⁷ Su Mifid la letteratura è oramai molto vasta. Tra i vari, v. IRACE e RISPOLI FARINA (a cura di), *L'attuazione della direttiva Mifid*, Torino 2010, DE POLI (a cura di), *La nuova normativa Mifid*, Padova 2009, ZITIELLO (a cura di), *Mifid. La nuova disciplina dei mercati, servizi e strumenti finanziari*, Torino 2007.

²⁸ Questa direttiva è stata dapprima modificata dalla direttiva 2001/97/CE con l'intento di allargare il controllo sia dal punto di vista soggettivo sia da quello oggettivo; poi abrogata dall'art. 44 della direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2005 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo. Tale ultima direttiva è stata recepita nel nostro Paese dapprima con il d.lgs. 20 febbraio 2004, n. 56, poi con L. 25 gennaio 2006, n. 29

Molto importanti sono anche le innovazioni introdotte dalla 2000/46/CE del 18 settembre 2000 in materia d'istituti di moneta elettronica. Nonostante la forte interazione con una delle attività più importanti per la banca, quella della gestione di mezzi di pagamento, le disposizioni ivi contenute riguardano i soli istituti di moneta elettronica e non gli enti creditizi: ai sensi dell'art. 1.1 è considerato istituto di moneta elettronica qualsiasi impresa, o altra persona giuridica *diversa dagli enti creditizi di cui all'articolo 1, punto 1, primo comma, lettera a), della direttiva 2000/12/CE*, che emetta mezzi di pagamento in forma di moneta elettronica; «moneta elettronica» viene definito quel valore monetario rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente che sia: *i) memorizzato su un dispositivo elettronico; ii) emesso dietro ricezione di fondi il cui valore non sia inferiore al valore monetario emesso; iii) accettato come mezzo di pagamento da imprese diverse dall'emittente.*²⁹ Come abbiamo detto poco fa, a tacere dell'esclusione delle banche dal novero dei destinatari di questa disciplina, la Direttiva in questione contiene poche disposizioni in materia di rapporto contrattuale. Di rilievo vi è, infatti, solo quella contenuta nell'art. 3 *Rimborsabilità*, secondo cui il detentore di moneta elettronica può, durante il periodo di validità, esigere dall'emittente il rimborso al valore nominale in monete metalliche e banconote o mediante versamento su un conto corrente senza altre spese che non siano quelle strettamente necessarie per l'esecuzione di tale operazione, ed il contratto tra emittente e detentore deve contenere indicazioni chiare sulle condizioni del rimborso.

L'introduzione della disciplina sugli istituti di moneta elettronica produce, comunque, l'effetto di obbligare il legislatore comunitario a riscrivere la defini-

²⁹ In argomento, v. gli scritti contenuti nel volume curato da A. SPENA – G. GIMIGLIANO, *Gli istituti di moneta elettronica*, Milano, 2005, *passim*; G. LEMME, *Moneta scritturale e moneta elettronica*, Torino, 2004, *passim*; V. TROIANO, *Gli istituti di moneta elettronica*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 53, luglio 2001.

zione di ente creditizio - già contenuta nella direttiva 2000/12/CE e incentrata sulla figura dell'impresa che riceve depositi ed altri fondi rimborsabili dal pubblico - e che viene ora arricchita includendovi gli istituti di moneta elettronica, i quali, a differenza delle banche, non potranno però erogare crediti alla clientela (cfr., art.1, par. 5, lett. a) e la cui attività di conversione immediata dei fondi percepiti in moneta elettronica non costituisce attività di raccolta del risparmio tra il pubblico.

Seguiranno, poi, la Direttiva 2002/65/CE del 23 settembre 2002 sulla disciplina dei servizi finanziari offerti a distanza ai consumatori, d'interesse per la nostra analisi perché destinata a regolare una modalità di contrattazione delle imprese bancarie: ce ne occuperemo nel corso del lavoro; la Direttiva 2002/47/ce, del 6 giugno 2002, sui contratti di garanzia finanziaria³⁰; la già citata Direttiva Mifid 2004/39/CE del 21 aprile 2004, recepita dal legislatore italiano con il D. lgs. 17 settembre 2007, n. 164 *“Attuazione della direttiva 2004/39/CE relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive 85/611/CEE, 93/6/CEE e 2000/12/CE e abroga la direttiva 93/22/CE”*; e, infine, la già segnalata Direttiva 2007/64/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, sui servizi di pagamento (PSD), recepita con il decreto legislativo del 27 gennaio 2010, n. 11 *“Attuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, e che abroga la direttiva 97/5/CE”*, entrato in vigore il 1° marzo 2010.

³⁰ Lo scopo di questa direttiva è aumentare la certezza giuridica dei contratti di garanzia finanziaria, ossia quelli che hanno per oggetto contante, strumenti finanziari, crediti in denaro, e di cui sono datori e beneficiari taluni soggetti quali gli enti finanziari soggetti a vigilanza prudenziale, gli enti creditizi, le imprese di investimento, le imprese di assicurazione, gli organismi di investimento collettivo in valori mobiliari ecc. Questa direttiva è stata recepita in Italia con il D.lgs. 21 maggio 2004, n. 170.

All'interno dell'opera di ricostruzione del rilievo che ha, nel diritto comunitario, la materia contrattuale bancaria, non possiamo però dimenticare la disciplina peculiare (e in parte anche eccezionale) assegnata alla prestazione dei "servizi finanziari", a tempo determinato come a tempo indeterminato, dalla Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. Ce ne occuperemo diffusamente nel corso del lavoro.

3. L'attività di raccolta del risparmio tra il pubblico, ora intesa nella sua dimensione contrattuale, diviene oggetto delle attenzioni del legislatore comunitario nel 1994 quando questo decide di disciplinare la materia dei sistemi di garanzia dei depositi al fine di rafforzare la tutela dei risparmiatori (rilevante – dal punto di vista del legislatore comunitario - quanto la stabilità degli enti creditizi). A farlo è la Direttiva 94/19/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio³¹, relativa, appunto, ai sistemi di garanzia dei depositi, che disciplina la materia, che questa era già stata affrontata, ma con esiti insoddisfacenti, dalla raccomandazione 87/63/CEE della Commissione, del 22 dicembre 1986.

A muovere il legislatore europeo è, anzitutto, la consapevolezza dell'importanza di governare la situazione che può nascere in caso di cessazione dell'attività di un ente creditizio e di conseguente indisponibilità dei depositi degli enti creditizi che hanno succursali in altri Stati membri, assicurando un livello, minimo e armonizzato, di garanzia dei depositi dovunque essi si trovino all'interno della Comunità. Il proposito è, allora, quello di apprestare una disciplina che tuteli i depositanti delle succursali situate in uno Stato membro

³¹ Recepita dal legislatore italiano con il d.lgs. 4 dicembre 1996, n. 659, che ha modificato la Sezione IV – "Sistemi di garanzia dei depositi" del d. lg. 385/1993 – Testo Unico bancario. In argomento cfr. GODANO, *La Direttiva Comunitaria sul sistema di garanzia dei depositi*, in *Foro it.*, 1995, IV, p. 96; PIEPOLI, *Diritto bancario europeo e garanzia dei depositi*, in *Banca impresa società*, 1996, p. 41; PISTELLI, *I sistemi nazionali di assicurazione dei depositi*, 1999, in www.fitd.it/attivita/pubblicazioni/monografie.htm.

diverso da quello della sede sociale dell'ente creditizio con lo stesso sistema di garanzia di cui beneficiano gli altri depositanti dell'ente medesimo: condizione che il legislatore comunitario ritiene possa rafforzare la fiducia dei depositanti nella stabilità del sistema bancario, scongiurando fenomeni di *run on the bank*, ossia di improvvisi ritiri dei depositi bancari conseguenti alla percezione, in caso ai depositanti, di una crescita del rischio di perdere le somme depositate. Il recente caso della corsa agli sportelli di *Northern Rock* ne è una preziosa testimonianza³².

Il legislatore comunitario appresta così una disciplina che impone agli stati membri l'armonizzazione su taluni, molto limitati, profili della materia, garantendo l'uniformità in sede europea del rimborso minimo, a titolo di garanzia, a favore del risparmiatore che sia incappato in una crisi di un ente creditizio, ossia di una banca³³, e il cui deposito sia divenuto "indisponibile". L'importo minimo è fissato nel controvalore di 20.000 Ecu, con facoltà degli Stati membri di elevarlo.

L'art. 3 della Direttiva definisce "deposito" *"i saldi creditor, risultanti da fondi depositati o da situazioni transitorie derivanti da operazioni bancarie normali, che l'ente creditizio deve restituire secondo le condizioni legali e contrattuali applicabili, nonché i debiti rappresentati da titoli emessi dall'ente creditizio"* e "indisponibile" quel deposito *"dovuto e pagabile e che non è stato pagato da un ente creditizio secondo le condizioni legali e contrattuali ad esso applicabili e laddove: i) Le autorità competenti traggono tale conclusione non appena possibile e in ogni caso non oltre cinque giorni lavorativi dall'aver stabilito per la prima volta che un ente creditizio non ha restituito i depositi venuti a*

³² Qualche breve spunto in DE POLI, *Crisi finanziaria e salvataggio delle banche inglesi: il Banking Act 2009*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, Suppl., 2 ss., reperibile all'indirizzo www.rtde.it.

³³ *More solito*, si definisce «ente creditizio» quell'impresa "la cui attività consiste nel ricevere dal pubblico depositi o altri fondi rimborsabili e nel concedere crediti per proprio conto": così l'art. 1, n. 4.

scadenza ed esigibili; ii) oppure un'autorità giudiziaria abbia adottato una decisione per motivi direttamente connessi con la situazione finanziaria dell'ente creditizio, con effetto di sospendere l'esercizio dei diritti dei depositanti nei confronti dello stesso, se ciò avviene prima che sia stata enunciata la conclusione di cui sopra".

Osservando la materia dall'angolo visuale della sua disciplina del rapporto contrattuale (ivi compreso, ovviamente, quello precontrattuale), osserviamo come un ruolo centrale tra le tecniche legislative lo abbiano gli obblighi informativi a favore dei depositanti, tanto da far dire, al Considerando n. (23), che l'informazione dei depositanti è elemento essenziale della loro tutela e deve essere tutelata da norme cogenti. L'art. 1 (*Istituzione del sistema di garanzia*) dispone che "il sistema garantisce che i depositanti siano informati secondo le modalità e alle condizioni di cui all'articolo 9 della presente direttiva"; l'art. 9 (*Informazioni alla clientela*) impone agli Stati membri di agire affinché gli enti creditizi mettano a disposizione dei depositanti effettivi e potenziali le informazioni necessarie per individuare il sistema di garanzia dei depositi al quale aderiscono l'ente e le sue succursali all'interno della Comunità (o eventuali accordi alternativi previsti dall'articolo 3, paragrafo 1, secondo comma, o dall'articolo 3, paragrafo 4). I depositanti dovranno essere informati sulle disposizioni del sistema di garanzia dei depositi o di eventuali accordi alternativi, compresi l'importo e la portata della copertura forniti dal sistema di deposito stesso. Qualora un deposito non sia garantito da un sistema di garanzia dei depositi a norma dell'articolo 7, paragrafo 2, l'ente creditizio dovrà informare opportunamente il depositante.

L'adesione a un determinato sistema di garanzia assurge, dunque, ad oggetto di un'obbligazione di informazione precontrattuale.

Lo stesso art. 9 aggiunge che tutte le informazioni dovranno essere formulate in modo comprensibile, nella lingua ufficiale dello Stato ove è insediata la succursale; e che, su richiesta del depositante, l'ente creditizio dovrà fornirgli informazioni suppletive sulle condizioni d'indennizzo e sulle formalità che devono essere compiute per ottenerlo.

Vi è, poi, un'interessante disposizione in materia di pubblicità. L'art. 9, infatti, si preoccupa di evitare che un uso a fine promozionale delle informazioni sull'adesione ad un sistema di garanzia piuttosto che a un altro intacchi la stabilità del sistema bancario, e dispone che "Gli Stati membri stabiliscono norme che limitano l'utilizzo, a scopo di pubblicità, delle informazioni di cui al paragrafo 1, per impedire che l'uso di tali informazioni pregiudichi la stabilità del sistema bancario o la fiducia del depositante. In particolare, gli Stati membri possono limitare siffatta pubblicità alla menzione esplicita del sistema cui aderisce un ente creditizio".

Il meccanismo operativo del sistema di garanzia è disciplinato all'art. 10 (*pagamento*), in forza del quale "I sistemi di garanzia dei depositi pagano i crediti debitamente verificati dei depositanti, per quanto riguarda i depositi indisponibili, entro venti giorni lavorativi a decorrere dalla data in cui le autorità competenti enunciano la conclusione di cui all'articolo 1, punto 3), punto i), o un'autorità giudiziaria adotta la decisione di cui allo stesso articolo, punto 3, punto ii). Tale termine comprende la raccolta e la trasmissione di dati accurati sui depositanti e sui depositi, necessari per la verifica dei crediti. In circostanze del tutto eccezionali, un sistema di garanzia dei depositi può chiedere alle autorità competenti una proroga del termine. Tale proroga non può essere superiore a dieci giorni lavorativi ... Il sistema di garanzia non può opporre la scadenza del termine di cui ai paragrafi 1 e 2 per rifiutare il beneficio della garanzia a un de-

positante che non abbia potuto far valere tempestivamente il suo diritto a un pagamento a titolo di garanzia”

Nessun'altra disposizione della Direttiva incide sul rapporto di deposito bancario, ma quella indicata – e alludiamo qui a quelle sull'informazione contrattuale – riveste una certa importanza perché tesa a soddisfare un peculiare interesse del depositante, quello di conoscere i termini e le condizioni dell'indennizzo a suo favore nel caso di crisi della propria banca.

Dopo l'esplosione della Crisi Finanziaria Globale del 2008, la Comunità Europea correrà ai ripari emanando la Direttiva 2009/14/CE del Parlamento e del Consiglio dell'11 marzo 2009 *“recante modifica della direttiva 94/19/CE relativa ai sistemi di garanzia dei depositi per quanto riguarda il livello di copertura e il termine di rimborso”*. Punti salienti di questa Direttiva sono l'elevazione a €. 50.000 dell'importo minimo di rimborso e, in prospettiva, a €. 100.000; la riduzione del termine di rimborso di tre mesi (prorogabile a nove), a soli venti giorni, essendo il termine originariamente fissato in contrasto con la necessità di preservare la fiducia dei depositanti e l'efficienza del sistema dei pagamenti.

4. Spetta ora esaminare come la legislazione comunitaria disciplini l'altra attività tipica della banca, la concessione di credito. Se si esclude una proposta della Commissione europea di direttiva sul credito ipotecario, peraltro ad oggi non ancora approvata³⁴, il legislatore comunitario si è occupato di erogazione del credito dichiarata in chiave “consumeristica”, o – comunque - di

³⁴ Si tratta della *Proposta di Direttiva sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione di servizi nel campo del credito fondiario*, presentata al Consiglio il 4 febbraio 1985 e poi ripresentata il 27 maggio 1987. In argomento v. BONFATTI, *La proposta di Direttiva CEE sul credito fondiario nel quadro dell'integrazione in campo comunitario*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1987, I, p. 475 ss.; RADICE, *La proposta di direttiva sul credito fondiario dopo la seconda direttiva creditizia*, in CESARINI e SCOTTI CAMUZZI (a cura di), *Le direttive della C.E.E. in materia bancaria*, Milano 1991, p. 233 ss.

tutela del soggetto debole³⁵, e ciò ha iniziato a fare con la Direttiva 87/102/CEE, e poi con la 2008/48/CE³⁶, preceduta, quest'ultima, da una relazione, nel 1995, sullo stato dell'applicazione della prima, dalla quale era emersa la presenza di significative disparità tra le legislazioni dei vari Stati membri, notevoli distorsioni della concorrenza tra gli erogatori di credito (chiamati "creditori"), ostacoli alla realizzazione del mercato interno.

Queste considerazioni, unite alla constatazione del profondo cambiamento nel modo di erogare credito, sta alla base della direttiva 2008/48, tesa a disciplinare la concessione di credito ai "consumatori", intesi – secondo quanto chiarisce l'art. 3, intitolato "Definizioni" - come la "persona fisica che, nell'ambito delle transazioni disciplinate dalla presente direttiva, agisce per scopi estranei alla sua attività commerciale o professionale".

Diciamo subito però, che, come vedremo e dimostreremo a breve in questa Direttiva, l'importanza dell'elemento "banca" all'interno delle fattispecie disciplinate è, in sostanza, insussistente. E non perché le banche non erogino credito al consumo, ovviamente, quanto perché la platea dei soggetti conceden-

³⁵ Vi rientra anche la *Raccomandazione della Commissione delle Comunità Europee del 1° marzo 2001 n. 477 sull'informativa precontrattuale fornita ai consumatori dagli istituti di credito che offrono mutui per la casa d'abitazione*, che ha dato origine al *Codice deontologico per l'informativa precontrattuale relativa ai mutui di abitazione*, sottoscritto dalla gran parte delle banche italiane. Come s'intuisce dal titolo, lo scopo del provvedimento è di aumentare informazione e comparabilità sui mutui per l'acquisto della prima casa.

³⁶ La Direttiva 2008/48/CE è stata recepita dal legislatore italiano con il decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141, e successive modificazioni, il cui Titolo I ha sostituito il capo II del Titolo VI del testo unico bancario (t.u. l. banc.). Come di consueto, penetranti poteri disciplinari sono stati conferiti alla Banca d'Italia, ma anche al Ministro dell'Economia. Quest'ultimo ha emanato il decreto 3 febbraio 2011, mentre Banca d'Italia ha emanato le proprie disposizioni attuative in data 9 febbraio 2011.

In argomento vedi, tra i molti, G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei contratti di credito ai consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 265, p. 267; DE POLI, *Gli obblighi gravanti sui "creditori" nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2009, p. 33 ss. e gli altri lavori contenuti nel volume a cura di DE CRISTOFARO, (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, Torino 2009.

ti credito al consumo cui la direttiva si applica è vastissima. “Creditori” – ossia, i concedenti credito al consumo, sono – secondo quanto dispone l’art. 3, intitolato “Definizioni”, lett. b) – le persone fisiche o giuridiche che concedano o s’impegnino a concedere un credito nell’esercizio di un’attività commerciale professionale. Molto di più della sola banca, dunque, e molto di più anche della sola impresa collettiva, come si ricava dall’estensione della disciplina alle persone “fisiche”³⁷.

In coerenza con l’assunto iniziale del nostro lavoro, però, il fatto che questa disciplina non sia riservata al banca non esclude che questo soggetto non ne sia profondamente toccato: è *communis opinio*, anzi, che le banche abbiano dovuto rivedere in profondità il proprio abito negoziale per allinearsi a questa nuova disciplina³⁸.

Prima di esaminare le dorsali su cui corre la disciplina – e, fondamentale, quella informativa – è necessario segnalare come il legislatore comunitario abbia, anche in quest’occasione, eletto presupposto della disciplina un modello d’operazione contrattuale che vedrà concluso il proprio *iter* formativo con l’adesione del consumatore ad un regolamento contrattuale

³⁷ L’art. 121 t.u. l. banc., alla lett. f), dispone che “«finanziatore» indica un soggetto che, essendo abilitato a erogare finanziamenti a titolo professionale nel territorio della Repubblica, offre o stipula contratti di credito”.

³⁸ Se esaminiamo l’art. 122 (intitolato “Ambito di applicazione”) del t.u. l. banc., notiamo che la disciplina in commento regolerà l’attività creditizia bancaria ad eccezione di quanto qui indicato, ossia: a) i finanziamenti destinati all’acquisto o alla conservazione di un diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato; b) i finanziamenti garantiti da ipoteca su beni immobili aventi una durata superiore a cinque anni; c) i finanziamenti finalizzati a effettuare un’operazione avente a oggetto strumenti finanziari quali definiti dall’articolo 1, 2° comma, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, purché il finanziatore partecipi all’operazione; d) i finanziamenti garantiti da pegno su un bene mobile, se il consumatore non è obbligato per un ammontare eccedente il valore del bene; e) i contratti di credito sotto forma di sconfinamento del conto corrente, salvo quanto disposto dall’articolo 125-*octies*. Quanto alle aperture di credito regolate in conto corrente, qualora il rimborso delle somme prelevate debba avvenire su richiesta della banca ovvero entro tre mesi dal prelievo, non si applicheranno talune disposizioni, ossia gli articoli 123, 1° comma, lettere da d) a f), 124, 5° comma, 125-*ter*, 125-*quater*, 125-*sexies*, 125-*septies*.

unilateralmente predisposto dal concedente credito. Questo non significa, ovviamente, che un'operazione di credito al consumo non possa fondarsi sulla trattativa tradizionale, e dunque, con formazione congiunta del testo contrattuale da parte di erogatore e prenditore di credito. Non è a ciò che ha pensato, però, il legislatore. Il *need for protection* posto alla base di tale direttiva consiste, ad avviso di chi scrive, proprio nella circostanza che – non partecipando alla fase di formazione del regolamento contrattuale – il consumatore ne subisce la determinazione³⁹.

La Direttiva si compone di trentuno articoli, ripartiti in otto Capi: il primo dedicato all'individuazione delle finalità, dell'ambito di applicazione e alle definizioni; il secondo alle informazioni e alle pratiche preliminari alla conclusione del contratto di credito; il terzo all'accesso alle banche dati; il quarto alle informazioni e ai diritti riguardanti i contratti di credito; il quinto al "*tasso annuo effettivo globale*"; il sesto agli obblighi in capo agli intermediari del credito; il settimo alle misure di attuazione; l'ottavo alle disposizioni transitorie e finali.

Si parte con una dettagliata disciplina delle informazioni da rendere preliminarmente alla conclusione del contratto di credito (artt. 4 – 6) e dall'indicazione dei casi ai quali non consegue l'applicazione di tali obblighi (art. 7)⁴⁰. Si procede poi con la previsione dell'obbligo, in capo al concedente il credito, di verificare il merito creditizio del consumatore "*sulla base di informazioni adeguate*" ed "*ottenute consultando la banca dati pertinente*" (art. 8). L'art. 9 disciplina l'accesso alle banche dati, imponendo a ciascun Stato membro, in ca-

³⁹ Il legislatore è stato, invece, indifferente al modo di chiusura dell'*iter* formativo del contratto: esso potrà avvenire, infatti, sia mediante la sottoscrizione "*tradizionale*" di un modulo o di un formulario contrattuale redatto su un "*supporto cartaceo*" (arg. dall'art. 10, 1° comma), sia in modo diverso, in altre parole mediante le più moderne tecniche di comunicazione a distanza (arg. dall'art. 5, 3° comma).

⁴⁰ Si stabilisce che gli art. 5 e 6 non si applicano "*ai fornitori di merci o prestatori di servizi che agiscono come intermediari del credito a titolo accessorio*".

so di concessione di credito transfrontaliero, di garantire l'accesso dei creditori degli altri Stati membri alle banche dati utilizzate nel proprio territorio.

All'interno del Capo IV, l'art. 10 individua le informazioni da inserire nei contratti di credito e l'art. 11 disciplina l'informazione che deve seguire la variazione del tasso debitore; l'art. 12 regola l'informazione da dare al consumatore in caso di contratto di credito che preveda una concessione di scoperto; l'art. 14 regola lo scioglimento dei contratti a tempo indeterminato, stabilendo che il consumatore possa avviare tale scioglimento in ciascun momento, a meno che le parti non abbiano convenuto un termine di preavviso, che comunque non potrà essere superiore a un mese. Disciplina, altresì, il potere di scioglimento del contratto in capo al creditore, condizionandolo alla presenza di una previsione in tal senso nel contratto e alla presenza di "*motivi obiettivamente giustificati*". L'art. 14 disciplina il diritto di "*pentimento*", mediante recesso, in capo al consumatore; l'art. 15 disciplina la *vexata quaestio* dell'effetto sui contratti collegati del recesso dal contratto di credito, stabilendo che il "*consumatore che abbia esercitato un diritto di recesso basato sulla normativa comunitaria riguardo a un contratto per la fornitura di merci o la prestazione di servizi non è più vincolato da un eventuale contratto di credito collegato*"; l'art. 16 disciplina il diritto, in capo al consumatore, di rimborsare anticipatamente la somma prestatagli, maturando il diritto ad una riduzione del costo totale del credito; l'art. 17 disciplina la possibilità per il consumatore di far valere contro l'eventuale cessionario del crediti gli stessi diritti che aveva contro il creditore; l'art. 18 individua le informazioni supplementari che il creditore deve dare al consumatore quando il contratto di credito preveda la possibilità di sconfinamento; l'art. 19 regola il tasso annuo effettivo globale, ossia la più importante informazione sul costo del credito. Le altre disposizioni sono di secondaria importanza, ad eccezione dell'art. 22, ove si stabilisce: a) che gli Stati membri non

possono mantenere o introdurre nel proprio ordinamento disposizioni diverse da quelle della presente Direttiva, laddove siano armonizzate; b) che gli Stati membri provvedono affinché i consumatori non possano rinunciare ai diritti loro conferiti.

Quanto al recepimento nel nostro Paese, abbiamo già detto che la scelta è stata quella di collocare il provvedimento all'interno del testo unico bancario e non del codice del consumo⁴¹. Il risultato è la riscrittura delle disposizioni contenute nel Capo II (ora denominato "*Credito ai consumatori*"), del Titolo VI.

Esaminiamo ora le parti della direttiva di maggiore rilievo, concentrandoci in particolare sul versante degli obblighi d'informazione.

4.1 La disciplina del contratto di credito al consumo ruota intorno ad una serie di obblighi posti in capo ai creditori nella fase anteriore e in quella posteriore alla conclusione del contratto. Tali obblighi sono contenuti, rispettivamente, nel Capo II (denominato "*Informazioni e pratiche preliminari alla conclusione dei contratti di credito*") e nel Capo IV (denominato "*Informazioni e diritti riguardanti i contratti di credito*") della Direttiva.

Come già descritto sinteticamente nel paragrafo appena concluso, il Capo I si compone di cinque articoli (4-8) tutti fortemente incentrati sul dovere di cooperazione informativa tra il concedente credito e il consumatore, ma non tutti collocabili nella fase di naturale svolgimento dell'obbligo d'informazione precontrattuale, quella delle trattative⁴². Invero, come vedremo a breve, un obbligo

⁴¹ Del quale il decreto di recepimento ha modificato l'art. 67.

⁴² Intesa – in linea con quanto già sostenuto in occasione dell'introduzione nel codice civile della disciplina delle clausole vessatorie (abusive) e del concetto di trattativa, quale fattispecie al cui verificarsi non si sarebbe svolto il giudizio di vessatorietà di una clausola contenuta in un contratto con un consumatore (disposizione che ora è contenuta all' art. 34, 4° comma, cod. consumo) – quale *luogo di circolazione delle informazioni e di rimozione delle oscurità* e non di *momento di discussione sui contenuti del futuro testo contrattuale*. Così in DE POLI, *Liberato mercato e controllo legale nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 6, II, p. 769 ss.

d'informazione investe già l'eventuale fase promozionale dell'offerta di credito al consumo. Queste "informazioni e pratiche preliminari alla conclusione dei contratti di credito" consistono:

Nell'obbligo di corredare con particolari informazioni gli eventuali annunci e messaggi pubblicitari che menzionino anche l'aspetto del costo del credito (art. 4);

Nell'obbligo di fornire, al consumatore con cui si sia iniziata una trattativa, talune informazioni (artt. 5 e 6). A esso va associato il *diritto* del concedente il credito di fornire informazioni aggiuntive e l'*obbligo*, sempre posto in capo al concedente il credito, di fornire chiarimenti *specifici*, ossia correlati alle specifiche esigenze del consumatore (art. 5, ultimo comma);

Nell'obbligo di valutare il merito creditizio del consumatore "sulla base di informazioni adeguate" (art. 8) ed in quello di informare il consumatore - la cui richiesta di credito sia stata respinta in conseguenza di notizie sul suo merito creditizio tratte da una banca dati - sul risultato di tale consultazione ed agli estremi della banca dati consultata (art. 9);

Nell'obbligo di predisporre un documento contrattuale redigendolo su supporto cartaceo o su altro supporto durevole e corredandolo delle informazioni prescritte dall'art. 10 (art. 10);

Nell'obbligo di informare il consumatore del compenso da versare all'intermediario del credito, se coinvolto (art. 21, lett. b);

Il trattamento della fase informativa precontrattuale si traduce, in sostanza, nell'indicazione delle informazioni che il creditore dovrà fornire al consumatore: la tecnica è quella della previsione analitica di dati o d'informazioni da erogare. L'effetto evidente è quello di regolare puntualmente, oltre che in modo standardizzato, il comportamento dei destinatari della disciplina, rimuovendo le incertezze tipiche della disciplina per clausole generali.

Non manca, però, un'intelligente presa d'atto della possibilità che l'informazione di tipo standardizzato sia insufficiente al fine di rimuovere effettivamente la lacuna informativa del consumatore, e che essa vada integrata altrimenti, con un'"assistenza" informativa personalizzata: è questo, a nostro avviso, il senso dell'art. 5, 6° comma, ove si dispone che *"gli Stati membri provvedono affinché i creditori e, se del caso, gli intermediari del credito forniscano al consumatore chiarimenti adeguati, in modo che questi possa valutare se il contratto di credito sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria, eventualmente illustrando le informazioni precontrattuali che devono essere fornite conformemente al paragrafo 1, le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti e gli effetti specifici che possono avere sul consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento..."*.

Tra gli obblighi riguardanti la fase successiva alla conclusione del contratto, oltre a quello avente a oggetto la *traditio* del documento contrattuale (resa obbligatoria dal disposto del 2° comma dell'art. 10, intitolato *"Informazioni da inserire nei contratti di credito"*), si notano:

Quello di inviare al consumatore che ne faccia espressa richiesta un estratto contenente una tabella di ammortamento del debito (art. 10, 2° comma, lett. i). Il concedente credito sarà tenuto ad adempiere tale obbligo solo quando il contratto concluso abbia previsto un piano di ammortamento del debito e una scadenza determinata. Il secondo paragrafo della lett. i) contiene una dettagliata previsione del *contenuto* di tale tabella; contiene altresì la previsione di un obbligo, in capo al creditore, di *mettere in guardia* il consumatore intorno al fatto che *"i dati della tabella sono validi solo fino alla modifica successiva del tasso debitore"*⁴³;

⁴³ In un tentativo di catalogare le varie forme espressive di ciò che genericamente chiamiamo *obbligo di informazione precontrattuale* (DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrat-*

Quello di informarlo di ogni eventuale modifica del tasso debitore, prima dell'entrata in vigore di tale modifica (art. 11). L'art. 11 parla di "*modifica*": ciò sembrerebbe far deporre nel senso che tale informazione sia dovuta sia nel caso di esercizio di *ius variandi* sul tasso, sia nel caso di adattamento automatico.

Una capillare disciplina dell'obbligo d'informazione all'interno dei contratti di credito con concessione di scoperto è prevista, poi, all'art. 12.

4.2 E' il caso di andare più a fondo sugli obblighi della fase precontrattuale. Il *flusso informativo* (o, anche, *dorsale informativa*) prende le mosse dall'art. 4, ove viene fornita la disciplina del momento promozionale dell'attività dell'impresa concedente credito al consumo. Con l'art. 4 si assiste all'ennesima dimostrazione – nelle discipline a tutela della parte debole - della maggiore latitudine dell'*operazione contrattuale* rispetto al *contratto*. Laddove, nella visione codicistica italiana, questo è sussunto a oggetto di disciplina a partire dalle *trattative*, procedendo poi attraverso la *formazione* dello stesso e concludendosi con la fase di svolgimento del programma contrattuale, nelle discipline genericamente consumeristiche, invece, il punto d'attacco della disciplina è collocato in un momento antecedente alla nascita di un contatto serio ed affidante (ossia la trattativa). Giova, infatti, al legislatore, porre in capo all'impresa doveri non entranti a far parte *direttamente* del ciclo precontrattuale (si pensi a quello di

tuali, Padova, 2002, p. 100, nt. 251) chi scrive ha creduto di dover assegnare autonomia alla *messa in guardia*, da intendersi come l'attività comunicativa che enfatizzi talune particolari circostanze o conseguenze (generalmente dannose o pericolose) che da un comportamento possano derivare stesso possono derivare. Al tempo avevo rinvenuto esempi di tale modalità comunicativa, *ex multis*, nell'art. 3 del d. lg. 17 marzo 1995, p. 115, (in tema di "*Sicurezza generale dei prodotti*") ove si dispone che il produttore debba adottare misure adeguate in relazione alle caratteristiche del prodotto per consentire l'individuazione dei pericoli connessi all'uso, "*come la marcatura del prodotto o della partita di prodotti*"; e nell'art. 6, 3° comma, lett. d), del d. lg. ora citato, ove si dispone la possibilità dell'Amministrazione Pubblica di far apporre sul prodotto commercializzato "*adeguate avvertenze sui rischi che esso può presentare*".

mettere a disposizione in ogni locale aperto al pubblico le informazioni riguardanti i costi delle operazioni bancarie: art. 116 d. lg. 1° settembre 1993, n.385⁴⁴), ma collegati allo stesso *indirettamente*, in forme e “*tecnicità*” di volta in volta diverse (per continuare sulla scia ora tracciata, vietando alla banca di regolare il rapporto contrattuale con condizioni più sfavorevoli per il cliente di quelle indicate nelle informazioni pubblicizzate: art. 117 d. lg. cit.). L’art. 4 è, dunque, esempio di schietta disciplina dell’*attività d’impresa*, non già del *rapporto contrattuale*. Ciò non toglie, però, che l’effetto che tale disposizione mira a realizzare non produca ricadute positive su una delle condizioni fondamentali per l’assunzione di una scelta negoziale razionale, la consapevolezza delle caratteristiche dell’impegno contrattuale che il consumatore va ad assumersi.

Ai sensi dell’art. 4, qualsiasi “*pubblicità*” relativa a contratti di credito la quale indichi “*un tasso d’interesse o qualunque altro dato numerico riguardante il costo del credito per il consumatore*” dovrà contenere talune informazioni (cd. “*di base*”) indicate nell’art. 4, 2° comma, ossia: importo del tasso debitore e importo totale del credito; TAEG; durata del contratto di credito; prezzo in contanti della merce o del servizio (solo quando il credito sia fornito sotto forma di dilazione di pagamento per una data merce o un dato servizio). Tali informazioni devono essere date “*in forma chiara, concisa e graficamente evidenziata*”, oltre che “*con l’impiego di un esempio rappresentativo*”⁴⁵.

⁴⁴ Questa norma è stata modificata proprio dal D. Lg. 141/10, e il nuovo testo del suo primo comma è il seguente: “... *Le banche e gli intermediari finanziari rendono noti in modo chiaro ai clienti i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora e le valute applicate per l'imputazione degli interessi. Per le operazioni di finanziamento, comunque denominate, è pubblicizzato il tasso effettivo globale medio previsto dall'articolo 2, commi 1 e 2, della legge 7 marzo 1996, n. 108. Non può essere fatto rinvio agli usi.*”.

⁴⁵ Manca un’espressa definizione del concetto di “*pubblicità*”: quando il creditore sarà una banca, essa andrà intesa coerentemente alla definizione maggiormente prossima *ratione materiae*, ossia come ogni “*messaggio, in qualsiasi modo diffuso, avente lo scopo di promuovere*

Il contenuto precettivo dell'art. 4 non è d'immediata comprensione o, comunque, esso va individuato con attenzione. Esso non consiste, come potrebbe apparire a una prima e superficiale analisi, nell'imporre al concedente credito *particolari obblighi informativi*. L'intento del legislatore, infatti, non è quello di *colmare lacune conoscitive*, ma quello di *prevenire l'inganno*. Ingannevole è, allora, la mera indicazione di un tasso d'interesse o di "*qualunque altro dato numerico riguardante il costo del credito per il consumatore*"; l'ingannevolezza è data dall'*incompletezza* del dato reso pubblico rispetto al tipico bisogno informativo del consumatore, cui interessa conoscere il costo complessivo del denaro prestatogli. Ecco perché ogni qual volta il messaggio pubblicitario conterrà un dato numerico riguardante il costo del denaro, esso dovrà contenere anche tutti gli altri ritenuti co-essenziali per l'assunzione di una scelta negoziale consapevole e razionale⁴⁶.

Quanto agli obblighi precontrattuali in senso stretto, a puri fini classificatori possiamo distinguere tali obblighi in: (a) *generali*, ossia riguardanti la generalità dei contratti di credito: essi sono previsti fondamentalmente nell'art. 5; (b) *specifici*, ossia riguardanti: (i) talune tipologie contrattuali; (ii) talune modalità di conclusione del contratto: i primi sono previsti all'interno dell'art. 6 (intitolato "*Obblighi di informazione precontrattuale relativi ad alcuni contratti di credito sotto forma di concessione di scoperto e ad alcuni contratti di credito specifici*"); i secondi all'art. 5, 2° comma, che disciplina il caso di comunicazioni mediante telefonia vocale; ed all'art. 5, 3° comma, che prende in considerazione

la vendita di prodotti e la prestazione di servizi" (Istr. Vigilanza, Titolo X, Capitolo I, Sezioni I e II).

⁴⁶ La disposizione si fa apprezzare anche per altra ragione: la prescrizione di una classica regola di trasparenza, l'utilizzo di "*un esempio rappresentativo*", quale strumento di agevolazione della comprensione.

il caso del contratto concluso mediante un mezzo di comunicazione a distanza *“che non consente di fornire le informazioni di cui al paragrafo 1”*.

Stando alla ripartizione della materia poc' anzi fatta, possiamo ora affermare che, quanto alla disciplina generale, ai sensi dell'art. 5, il consumatore:

Deve ricevere le informazioni che siano *“necessarie per raffrontare le varie offerte al fine di prendere una decisione con cognizione di causa in merito alla conclusione di un contratto di credito”* (art. 5, 1° comma); tale valutazione d'indispensabilità dovrà tenere conto sia delle condizioni dell'offerta di credito del creditore sia, *“se del caso, delle preferenze espresse e delle informazioni fornite dal consumatore”*;

Tali informazioni devono essere fornite al consumatore su un supporto cartaceo o su altro supporto durevole e *“mediante il modulo”* (*id est*: mediante la consegna del modulo) *“relativo alle ‘Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori’ riportate nell'allegato II”*;

Il modulo poco fa citato si compone di cinque paragrafi, ciascuno dei quali contenente le informazioni da fornire, in taluni casi anche con il corredo di brevi note esplicative: (i) il primo paragrafo ha per oggetto *“identità e contatti del creditore/intermediario del credito”* e si compone d' informazioni solo in parte obbligatorie⁴⁷; (ii) il secondo, la *“descrizione della caratteristiche principali del prodotto di credito”*: tipo di credito; importo totale dello stesso; modalità attraverso le quali ottenere il denaro e giorno in cui lo si otterrà; durata del contratto di credito; pagamenti rateali e loro ordine di imputazione; importo totale del capitale preso in prestito ecc.; (iii) il terzo paragrafo è intitolato *“Costi del credi-*

⁴⁷ Facoltativi sono, infatti, il numero di telefono, l'indirizzo di posta elettronica, il numero di fax, l'indirizzo *web* del creditore e dell'intermediario del credito. La scelta di considerare facoltativa l'informazione su questi dati va, però, fortemente criticata perché rende più complesso l'esercizio di taluni diritti contrattuali del consumatore, *in primis* quello di ottenere informazioni concrete e puntuali sulle modalità di esercizio degli stessi.

to" ed ivi verranno riportate le informazioni in ordine al tasso di interesse passivo; il TAEG; la necessità, per ottenere il credito o per godere delle condizioni offerte, di sottoscrivere assicurazioni a garanzia del credito o altri contratti aventi ad oggetto servizi accessori; gli eventuali altri costi connessi; (iv) il quarto paragrafo è intitolato "Altri importanti aspetti legali" e conterrà le informazioni in ordine alla titolarità, in capo al creditore, del diritto di recesso, del diritto di rimborsare anticipatamente il credito, del diritto di essere immediatamente e gratuitamente informato del risultato della consultazione di una banca dati, risultato posto alla base del rifiuto della domanda di credito, del diritto di ricevere una bozza del contratto di credito; oltre a quelle relative al diritto del creditore di ottenere un indennizzo in caso di rimborso anticipato; (v) l'ultimo, il quinto, intitolato "Informazioni supplementari in caso di commercializzazione a distanza di servizi finanziari", conterrà informazioni riguardanti il creditore; il contratto di credito; i meccanismi extragiudiziali di reclamo e di ricorso e le relative modalità di accesso ai medesimi. Ai sensi dell'ultima parte del 1° comma dell'art. 5, il livello "minimo" di adeguatezza informativa richiesto da questa disposizione verrà raggiunto una volta che il creditore abbia fornito al consumatore le informazioni sopra citate. Ciò non significa in alcun modo che il concedente credito si debba, per ciò solo, ritenere assolto da ogni altro obbligo di procurare la conoscenza del consumatore: le informazioni "di base", infatti, assolvono il solo compito di garantire al consumatore la *comparabilità* delle varie offerte;

Le informazioni devono essere rese "in tempo utile prima della conclusione del contratto" o prima che il consumatore sia vincolato altrimenti da un'offerta di credito. Tale condizione affonda le sue radici in ciò che il *Considerando* n. (19) dichiara, secondo cui "affinché i consumatori possano prendere le loro decisioni con piena cognizione di causa, è opportuno che ricevano informazioni adeguate, che il consumatore possa portare con sé ed esaminare, circa le condizioni e il co-

sto del credito e le loro obbligazioni". Tale disposizione punta a impedire il realizzarsi del c.d. effetto sorpresa proponendosi, in ultima analisi, di evitare che il consumatore sia invitato a sottoscrivere il contratto subito dopo la consegna del modulo contenente le informazioni. Si comprende bene, infatti, che in tal modo l'obbligo informativo sarebbe eluso e che il suo adempimento non realizzerebbe lo scopo cui è diretto, ossia quello di garantire una scelta contrattuale consapevole.

Il creditore potrà, come già detto, fornire informazioni aggiuntive, ma il *quomodo* di tale *surplus* informativo non sarà libero. Invero, ai sensi dell'art. 5, 2° comma, dette informazioni andranno fornite "*in un documento distinto*" che potrà essere allegato al modulo. Tale disposizione mette in chiara luce la preoccupazione del legislatore comunitario di uno snaturamento della funzione informativa del modulo conseguente a un sovraccaricamento dello stesso, e ripone dunque, quale baluardo contro l'*overloading* informativo;

Come già detto, i soggetti concedenti credito (e, se del caso, intermediari del credito) dovranno fornire altresì, oltre alle informazioni sopra indicate, *gli adeguati chiarimenti* che si rendano necessari ad assistere il consumatore nella sua opera di valutazione dell'adeguatezza del contratto in funzione delle sue esigenze finanziarie e della sua situazione finanziaria.

Una disciplina speciale del momento informativo precontrattuale è prevista, poi, per le seguenti tipologie contrattuali: a) concessione di scoperto⁴⁸; b) contratti di credito stipulati da organizzazioni di tipo "*cooperativo*" (art. 2, 5° comma); c) contratti di conversione del credito, ossia quei contratti "*che preve-*

⁴⁸ Si sostanziano in quei contratti di credito grazie ai quali il consumatore acquista il diritto di poter disporre – per volontà *espressa* e non *tacita* - di credito bancario (v. all'art. 3, lett. d). Si tratta, per diritto italiano, dell'apertura di credito bancario. Si differenziano dai cd. "*sconfinamenti*" che, secondo quanto si legge all'art. 3, lett. e), si sostanziano nello "*scoperto tacitamente accettato in forza del quale il creditore mette a disposizione del consumatore fondi che eccedono il saldo del conto corrente di quest'ultimo*".

dono che il creditore e il consumatore stabiliscano di comune accordo le modalità del pagamento dilazionato o del rimborso, in caso di inadempimento del consumatore già in relazione al contratto di credito iniziale, nel caso in cui: a) tali accordi offrano maggiori probabilità di evitare procedimenti giudiziari relativi al suddetti inadempimento; e b) il consumatore non sia in tal modo sottoposto a condizioni meno favorevoli di quelle del contratto di credito iniziale". In tali casi, le informazioni da rendere saranno quelle indicate all'art. 6, il cui contenuto è lievemente diverso dall'art. 5. Anche questa volta, esse potranno essere rese mediante la consegna di un modulo, il cui contenuto è riprodotto all'Allegato III della Direttiva.

Rileva solo segnalare due ultimi aspetti: a) la possibilità per gli Stati, ex art. 6, 2° comma, di decidere che, nel caso di contratto di scoperto in conto corrente, non sia necessario fornire il TAEG; b) la mancata riproduzione e il mancato richiamo, nell'art. 6, del dovere del creditore di fornire al consumatore gli adeguati *chiarimenti*, prescritti, invece, in via generale, nell'art. 5, 6° comma. Dimenticanza che andrà sanata perché non vi è alcuna ragione per attribuire tutele diverse a soggetti che, pur coinvolti in vicende contrattuali diverse, hanno lo stesso *need for protection*.

4.3. Se, come abbiamo detto in più occasioni, questa disciplina, pur applicandosi alla banca, è condizionata dalle peculiarità dello stesso in misura praticamente nulla, essa merita non solo l'analisi condotta fin d'ora ma anche una qualche forma di valutazione. Essa, infatti, è la punta più avanzata (cronologicamente) e organica disciplina della cooperazione informativa nei rapporti tra soggetti forti e deboli, sicché le scelte ivi adottate condizioneranno la futura legislazione comunitaria. Dall'analisi del testo risulta, allora, che: la Direttiva tratta l'aspetto della conoscenza del consumatore avendo riguardo sia all'impatto che

l'irrobustimento della stessa può avere sul mercato, rendendolo più competitivo attraverso l'accrescimento della possibilità dei consumatori di paragonare le offerte (*Considerando* n. (18) ed art. 4); sia all'impatto che essa può avere sulla consapevolezza della singola scelta negoziale (*Considerando* n. (19) e artt. 5 e 6). Se ciò è vero, essa contiene sia una *disciplina dell'attività d'impresa* (art. 4); sia una *disciplina della contrattazione* (artt. 5 e 6). Prevalente pare, però, il fine di tutelare la parte debole del rapporto, seppure in un contesto di dichiarata attenzione verso la possibilità che la disciplina privatistica funga da stimolo alla concorrenza tra i vari operatori di questo segmento del mercato creditizio. Tale prevalenza di finalità discende, ad avviso di chi scrive, dal fatto che tale normativa vedrà garantita la sua imperatività da una nullità dei patti in contrasto con essa meramente *relativa*, non già assoluta. La relatività della nullità lascia supporre che l'interesse del legislatore sia più quello di *proteggere* che quello di *dirigere* o organizzare il mercato. Il che non significa che un corpo disciplinare non possa *proteggere* e, nello stesso tempo, *irrobustire la competitività* di un mercato.

Se prendiamo in considerazione il trattamento fatto dal legislatore alla conoscenza quale *mezzo di rafforzamento* (non solo della consapevolezza del consumatore ma anche) *della competitività del mercato del credito al consumo*, ci accorgiamo di come il legislatore abbia puntato ad accrescere il gioco concorrenziale più sui *profili di costo* dell'operazione che su quelli *disciplinari* della stessa: ne è un indizio, la portata quasi esclusiva, tra le informazioni pubblicitarie da fornire ex art. 4, delle componenti di costo economico dell'operazione. Se così è, e se riflettiamo sul fatto che Banca d'Italia, dal provvedimento del dicembre 1994 reso nella sua qualità di Autorità *antitrust*, ha assegnato effetti positivi alla standardizzazione della parte disciplinare del contenuto dei contratti bancari, servendo essa a stimolare l'attenzione sulla sola parte economica

(momento su cui sollecitare il gioco concorrenziale), si potrebbe prendere in considerazione l'utilità di una riflessione sull'attribuzione, in futuro, all'Autorità che vigilerà sull'attività di credito al consumo – se consentito, alla luce degli strettissimi margini operativi lasciati al legislatore nazionale da quello comunitario - di un potere connotativo simile a quello conferito alla Banca d'Italia dall'art. 118 t.u. l. banc., 8° comma, quanto ai titoli ed ai contratti bancari. Pensiamo, dunque, non già alla possibilità di una sorta di *amministrativizzazione* del contenuto disciplinare del contratto di credito al consumo, quanto a una modulazione "coatta" di quella parte del contenuto all'interno di una rosa d'ipotesi predefinite dall'Autorità e facenti leva su diversi livelli di tutela del creditore (da *massimo* a *minimo*); a tali ipotesi dovrebbe essere associato un nome evocativo del grado di tutela. L'utilizzo, da parte del concedente il credito, di uno di quei nomi per trasmettere un contenuto disciplinare diverso da quello associato, dovrebbe essere considerata causa di nullità del contratto. Vi sarebbe di certo una parziale compressione dell'autonomia contrattuale ma l'asimmetria informativa sarebbe colmata in modo, a nostro avviso, molto efficace, salvaguardando nello stesso tempo in modo apprezzabile ampi spazi (alludo alla parte economica del contratto) di libertà di competere.

Se prendiamo in considerazione, invece, l'informazione come *mezzo di procacciamento della conoscenza* e quest'ultima come il presupposto di scelte individuali consapevoli e razionali, dall'esame di quanto è stato fatto oggetto di un obbligo d'informazione ne traiamo la convinzione che il legislatore abbia individuato l'area di maggiore asimmetria informativa nel *regolamento contrattuale*, da intendersi come quello derivante strettamente *ex contractu*, ma anche, *ex lege*. Ne è prova quando abbiamo già detto in precedenza. L'enfasi sul regolamento contrattuale quale *oggetto di obblighi informativi* in capo al creditore tradisce la convinzione del legislatore comunitario: *i)* che esso (rego-

lamento) sia *un fatto di pertinenza del creditore* e per tale ragione esso debba essere divulgato alla controparte; *ii*) che il fatto che il contratto discenda da un accordo non sia garanzia sufficiente dell'acquisizione consapevole, da parte del consumatore, del contenuto regolamentare dell'accordo stesso, rendendosi necessaria, pertanto, una piena cooperazione informativa del creditore. Ciò che era tradizionalmente oggetto di un onere viene ora a diventare il contenuto di un obbligo. L'obbligo d'informazione precontrattuale conquista così parte del territorio dell'onere di partecipazione della volontà contrattuale e, dunque, della fase di *formazione* del contratto.

E' molto blanda la disciplina riguardante le modalità espressive di tale generale obbligo informativo. Molto evidente è, ad esempio, la mancata previsione di una clausola generale di "*chiarezza e comprensibilità*" o di "*chiarezza e completezza*" o di "*adeguatezza*" dell'informazione o altra simile (all'art. 10 si usa la formula "*in modo chiaro e conciso*") a quelle ora citate. Si sottrae al rilievo critico ora formulato la disciplina dell'obbligo d'informazione riguardo al TAEG. In linea con l'approccio tradizionale sul punto, anche questa volta il legislatore non si è limitato a prescrivere l'obbligo di comunicare il TAEG, imponendo che esso sia altresì *illustrato* mediante un esempio (art. 5, 1° comma, lett. g, da leggersi in connessione con quanto affermato al *Considerando* n. (19);

Quanto alla tipologia delle informazioni da fornire, va rilevato che l'ipertrofica considerazione degli obblighi informativi aventi a oggetto il regolamento contrattuale finisce, inevitabilmente, per lasciare scoperto il fronte dei fatti e delle circostanze che, tanto quanto il regolamento contrattuale, potrebbero – se conosciute – irrobustire la scelta negoziale del consumatore. Ci si riferisce, in particolare, alla palese sottovalutazione dei dati attinenti alle caratteristiche (ad es.: di moralità professionale; di limpidezza e correttezza del comportamento ecc.) del creditore, ossia a tutto ciò che forma la sua *reputazio-*

ne di affidabilità. Il silenzio sul punto (ossia: sull'assenza di obblighi informativi aventi per oggetto tali o simili fatti storici) è grave. In questi anni stiamo assistendo alla più grave perdita di fiducia verso gli intermediari finanziari; la possibilità di conoscere il modo "storico" dell'intermediario di relazionarsi con la propria clientela sarebbe un dato fondamentale per la decisione del consumatore. Esso dovrebbe essere reso in chiave di *doverosità*, non già di *libertà*. Solo in tal modo quel dato potrebbe entrare in gioco quale parte della *comparazione* delle varie offerte.

Manca la previsione di un "legame" tra le informazioni che il creditore ha reso in fase precontrattuale ai sensi degli artt. 5 o 6 e quelle che devono essere inserite nei contratti di credito ai sensi dell'art. 10. Non vi è alcuna garanzia, allora, che tali ultime informazioni non siano diverse (e peggiorative per il cliente) di quelle fornitegli in fase precontrattuale.

La facoltà del creditore di fornire, al consumatore, informazioni aggiuntive è da salutare positivamente ma con grande attenzione. Quando l'informazione fuoriesce dall'ambito della *doverosità* per entrare in quello della *libertà* tende inevitabilmente ad assumere connotati in senso lato *promozionali* perché quella parte di flusso informativo tenderà a richiamare l'attenzione del consumatore sui soli pregi e sulle sole qualità dell'offerta creditizia, rimanendo inevitabilmente silente sui limiti della stessa.

5. Osservata dall'angolo visuale della tutela del consumatore e, più precisamente, della repressione delle clausole abusivo - vessatorie nei contratti con gli stessi⁴⁹ - profilo della patologia contrattuale la cui disciplina trova le sue

⁴⁹ E' il solo "consumatore", com'è noto, il destinatario della tutela legislativa. Ci vorranno anni perché la categoria si allarghi fino a comprendere anche le piccole imprese, o "microimprese" come nella Direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento, di cui *infra*. Fino a quando non fu il legislatore a estendere la portata soggettiva della tutela, numerosi ma vani furono gli sforzi di

origini nel diritto comunitario - la peculiarità della materia bancaria trova un inesperto ma ugualmente non equivoco riconoscimento all'interno dell'art. 33 del d. lg. n. 206/2005 (cd. cod. consumo) ove si detta, al 3° e 4° comma, una disciplina del recesso e dello *ius variandi* rivolta ai soli "servizi finanziari" e diversa da quella prevista in via generale nel 2° comma, in particolare alle lettere h) ed m), distinguendola a seconda che il servizio sia prestato a tempo indeterminato oppure no. Nel successivo 5° comma, poi, il collegamento ai "servizi finanziari" perde l'esplicito carattere ora segnalato ma, ciononostante, la materia finanziaria, e dunque anche quella bancaria, rimane il principale oggetto di disciplina. Diversità disciplinare che è figlia dell'attenzione del legislatore comunitario per la "natura del bene o del servizio oggetto del contratto", come recita il primo comma dell'art. 34 cod. cons⁵⁰.

Tali disposizioni costituiscono attuazione della lett. a), n. 2 (*Portata delle lettere g), j) e l)*, dell'allegato alla dir. 1993/13/CEE, ove si dispone che "*a) la lettera g) non si oppone a clausole con cui il fornitore di servizi finanziari si riserva il diritto di porre fine unilateralmente, e senza preavviso, qualora vi sia un valido motivo, a un contratto di durata indeterminata, a condizione che sia fatto obbligo al professionista di informare immediatamente l'altra o le altre parti contraenti; b) la lettera j) non si oppone a clausole con cui il fornitore di servizi finanziari si riserva il diritto di modificare senza preavviso, qualora vi sia un valido motivo, il tasso di interesse di un prestito o di un credito da lui concesso o*

vedere nel consumatore la metafora del soggetto debole. In argomento la letteratura è vastissima: per un sintetico ma efficace sguardo d'insieme delle problematiche connesse alla scelta di limitare soggettivamente la nozione di consumatore v. CHINE, voce *Consumatore (contratti del)*, in *Enc. Del dir., Aggiornamento*, IV, Milano, 2000, p. 400 ss. e in particolare p. 402, oltre a ROPPO e NAPOLETANO, *Clausole abusive*, in *Enc. Giur.*, VI, 1988, aggiornamento 1994, 2, ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1995, p. 40 ss., BIN, *Clausole vessatorie: svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contratto e impresa – Europa*, 1997, p. 437.

⁵⁰ Così, fra i molti, CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000, p. 148.

l'importo di tutti gli altri oneri relativi a servizi finanziari, a condizione che sia fatto obbligo al professionista di informare l'altra o le altre parti contraenti con la massima rapidità e che queste ultime siano libere di recedere immediatamente dal contratto; la lettera j) non si oppone neppure a clausole con cui il professionista si riserva il diritto di modificare unilateralmente le condizioni di un contratto di durata indeterminata, a condizione che gli sia fatto obbligo di informare con un ragionevole preavviso il consumatore e che questi sia libero di recedere dal contratto; c) le lettere g), j) e l) non si applicano: - alle transazioni relative a valori mobiliari, strumenti finanziari e altri prodotti o servizi il cui prezzo è collegato alle fluttuazioni di un corso e di un indice di borsa o di un tasso di mercato finanziario non controllato dal professionista; - ai contratti per l'acquisto o la vendita di valuta estera, di assegni di viaggio o di vaglia postali internazionali emessi in valuta estera;". Ricordiamo che la lett. g) della Direttiva, divenuta n. 8 nel 3° comma dell'art. 1469-bis c.c. e poi lett. h) del 2° comma dell'art. 33 cod. consumo, è quella che consente al professionista di "porre fine senza un ragionevole preavviso ad un contratto di durata indeterminata, tranne in caso di gravi motivi"; la lett. j), poi divenuta n. 11 dello stesso 3° comma dell'art. 1469-bis, e poi lett. m) del 2° comma del cod. consumo, è quella che consente al professionista di "modificare unilateralmente le condizioni del contratto senza valido motivo specificato nel contratto stesso"; la lett. l), poi, divenuta n. 12, sempre del 3° comma dell'art. 1469-bis e poi lett. n) del cod. consumo, è quella che consente al professionista di "stabilire che il prezzo dei beni sia determinato al momento della consegna, oppure permettere al venditore di beni o al fornitore di servizi di aumentare il prezzo senza che, in entrambi i casi, il consumatore abbia il diritto corrispondente di recedere dal contratto se il prezzo finale è troppo elevato rispetto al prezzo concordato al momento della conclusione del contratto".

Nel codice del consumo, la disciplina dei servizi finanziari è stata collocata all'interno del 3° comma, ove si dispone che *“se il contratto ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato il professionista può, in deroga alle lettere h) e m) della comma 2, a) recedere, qualora vi sia un giustificato motivo, senza preavviso, dandone immediata comunicazione al consumatore; b) modificare, qualora sussista un giustificato motivo, le condizioni del contratto, preavvisando entro un congruo termine il consumatore, che ha diritto di recedere dal contratto”*; del 4° comma, ove si dispone che *“se il contratto ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari il professionista può modificare, senza preavviso, sempreché vi sia un giustificato motivo in deroga alle lettere n) e o) del comma 2, il tasso di interesse o l'importo di qualunque altro onere relativo alla prestazione finanziaria originariamente convenuti, dandone immediata comunicazione al consumatore che ha diritto di recedere dal contratto”*; e del 5° comma, ove si dispone che *“le lettere h), m), n) e o) non si applicano ai contratti aventi ad oggetto valori mobiliari, strumenti finanziari ed altri prodotti o servizi il cui prezzo è collegato alle fluttuazioni di un corso e di un indice di borsa o di un tasso di mercato finanziario non controllato dal professionista, nonché la compravendita di valuta estera, di assegni di viaggio o di vaglia postali internazionali emessi in valuta estera”*.

Da quanto riportato, trova conferma che né il testo della direttiva comunitaria né quello del suo recepimento nel diritto italiano citano la banca o i servizi (contratti) bancari, oggetto di disciplina essendo la più ampia categoria dei *“servizi finanziari”*. Non deve trarre in inganno la circostanza che nella direttiva 93/13/CEE si parli di *“prestito”* e di *“credito concesso”*: in questo caso il legislatore si è riferito a un'attività *creditizia*, ossia a un'attività di pertinenza tipica ma non esclusiva dell'impresa bancaria. Il riferimento al *“credito”* e quello al *“presti-*

to", a ogni buon conto, sono scomparsi nel recepimento nel nostro ordinamento.

La prima considerazione che si può trarre da questo rilievo è che, dal punto di vista dell'abusività delle clausole inserite nella contrattazione *standard*, al legislatore comunitario dapprima e a quello bancario poi è indifferente la natura *bancaria* del contratto essendogli sufficiente quella *finanziaria* dello stesso.

5.1. La lettura dei *Considerando* non rende comprensibile in alcun modo le ragioni di questo trattamento speciale a favore dei fornitori dei servizi finanziari, ma la dottrina italiana, come vedremo meglio a breve, l'ha generalmente spiegato facendo leva sulla peculiare natura di questo servizio⁵¹.

L'analisi deve muovere ponendo nell'adeguata luce la circostanza che il legislatore comunitario aveva utilizzato un criterio d'individuazione della fattispecie riferito alla natura del soggetto, il "*fornitore di servizi finanziari*", mentre quello italiano ne ha utilizzato uno di tipo oggettivo, ossia riferito alla natura del servizio⁵²; ciò che ci sembra di poter dire è che esso si coordina armoniosamente con l'esplicita importanza assegnata alla natura del bene o del servizio dall'art. 34, intitolato "*Accertamento della vessatorietà della clausola*", 1° comma, ovi si dispone che "*la vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto*".

⁵¹ Secondo ROMAGNOLI, *La protezione dei consumatori tra novella e disciplina speciale dei contratti bancari e finanziari*, in *Giur. comm.* 1998, p. 396, tale deroga "riconosce, così, all'impresa un maggiore margine di manovra in sede di redazione dei testi negoziali, in considerazione del tipo di prestazione e struttura del rapporto che viene concluso con il consumatore; verosimilmente si tratta d'una deroga giustificata dal fatto che le clausole del genere non paiono il risultato della prepotenza contrattuale dell'impresa, bensì si rivelano tendenzialmente funzionali alla neutralizzazione di fattori esterni al suo dominio, non presenti al momento della conclusione del rapporto, ma di cui tiene conto ai fini della sua conformazione economico-giuridica".

⁵² RABITTI BEDOGNI, *Criteri soggettivi ed oggettivi di delimitazione dell'ambito normativo*, in BIANCA e ALPA, *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Padova, 1996, p. 345.

Alcuni autori hanno affermato che questa scelta esprime la volontà del legislatore di accreditare un'accezione ampia del significato della deroga: ciò è affermato essendosi notato, correttamente, che l'ambito soggettivo di applicazione della normativa risultò, al tempo ed anche oggi, più ampio di quello dettato dall'art. 115 del t.u. l. banc., confinato all'attività delle banche e degli intermediari finanziari, e neppure a tutta, se è vero che la prestazione dei servizi di investimento è demandata alla disciplina del t.u. int. fin.⁵³

Il risultato cui essa conduce pare essere, invece, quello di imporre una selezione tra i vari contratti che un'impresa finanziaria può concludere premiando con il trattamento speciale solo quelli aventi un'obiettiva natura finanziaria. Come abbiamo spiegato in apertura di questo lavoro, un'impresa finanziaria conclude contratti pertinenti alla propria attività caratteristica ma anche altri, collegati ai primi in via complementare o strumentale. Lo dimostra, oltre all'evidenza dei fatti, anche l'art. 10 del t.u. l. banc., che autorizza la banca a compiere, oltre all'attività tipica - quella di raccolta del risparmio tra il pubblico e di concessione del credito - quella finanziaria ed ogni altra attività avente natura *connessa e strumentale*⁵⁴.

Quello che si può dire a questo stadio della riflessione è che il legislatore comunitario: ha autorizzato i legislatori nazionali a trattare diversamente da quanto fatto ordinariamente, *clausole* di contratti conclusi da prestatori finanziari. Sono le *clausole*, infatti, l'oggetto diretto delle previsioni contenute nei

⁵³ Per un rapido commento a tale disposizione si veda DE POLI, *sub art. 115*, in DE CRISTOFARO e ZACCARIA, *Commentario al diritto dei consumatori*, Padova 2010, p. 1396.

⁵⁴ Sul collegamento funzionale tra raccolta del risparmio e erogazione del credito, tra i molti si v. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 195 ss.; PORZIO, voce *Banca e attività bancaria*, cit., p. 159 ss.; CAPRIGLIONE, *Nozioni di attività bancaria e di raccolta del risparmio*, in CAPRIGLIONE (a cura di) *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova 2000, p. 37 ss.; DESIDERIO, *L'attività bancaria*, in CAPRIGLIONE (a cura di) *L'ordinamento finanziario italiano*, t. I, Padova 2010, pp. 369 - 372. G. FERRI, *Considerazioni preliminari sull'impresa bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1969, I, 320; sulle attività connesse, v. invece P. FERRO-LUZZI, *La "connessione" delle attività connesse delle banche*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, p. 151.

sottopunti a) e b) della lett. a n. 2 dell'Allegato alla Direttiva, mentre il sottopunto c) è strutturato in modo diverso, sostanziandosi nell'affermazione che a determinati tipi di transazione non si applicano le previsioni contenute nelle lettere g), j), l).

In taluni casi ha selezionato clausole tipicamente ed esclusivamente connesse alla finanziarietà del contratto (com'è accaduto nelle lettere b), prima parte, c) e d) mentre in altri (lettere a) e b), seconda parte) ne ha selezionato alcune tipicamente connesse all'indeterminatezza temporale dell'impegno del prestatore dell'attività caratteristica e non alla sua finanziarietà. E il fatto che il destinatario del trattamento di favore sia stato il prestatore di servizi finanziari e non altri, si spiega per l'importanza di questa categoria, non per una sua pretesa esclusiva nell'utilizzo di tali clausole.

5.2. Il legislatore comunitario, come detto, si è inizialmente riferito al "fornitore di servizi finanziari" trattando in una lettera autonoma (la a) i servizi "di durata indeterminata" e, in quella successiva, tutti indistintamente.

La connotazione del servizio come a "tempo indeterminato", sostanzialmente identica a quella di matrice comunitaria ove si parla di "durata indeterminata", non è d'aiuto per l'individuazione della fattispecie rilevante, che è solo quella del fornitore di servizi finanziari. Alla data di emanazione della direttiva che stiamo esaminando, poi, la Comunità Europea, non aveva ancora tratteggiato un concetto di attività finanziaria (da cui ricavare, poi, quella di servizio), ma solo un elenco delle attività tipicamente considerate tali. Ciò era avvenuto con la Direttiva 89/646/CEE del Consiglio, del 15 dicembre 1989, la "seconda Direttiva" (vedi quanto scritto *supra*), il cui art. 1 aveva definito l'ente creditizio, attraverso il rinvio alla definizione contenuta nella Direttiva 77/780/CEE, come l'impresa la cui attività consiste nel ricevere depositi o altri

fondi rimborsabili dal pubblico e nel concedere crediti per proprio conto; e l'“ente finanziario” come “un'impresa diversa da un ente creditizio, la cui attività principale consiste nell'assunzione di partecipazioni o nell'esercizio di una o più delle attività di cui ai punti da 2 a 12 dell'elenco allegato”. Allegato alla disciplina contenente, come si legge, l'elenco delle attività che beneficiano del mutuo riconoscimento, indicate nelle seguenti: “2. Operazioni di prestito; 3. Leasing finanziario; 4. Servizi di pagamento; 5. Emissione e gestione di mezzi di pagamento (carte di credito, travellers cheques, lettere di credito); 6. Rilascio di garanzie e di impegni di firma; 7. Operazioni per proprio conto o per conto della clientela in: a) strumenti di mercato monetario (assegni, cambiali, certificati di deposito, ecc.) b) cambi; c) strumenti finanziari a termine e opzioni; d) contratti su tassi di cambio e tassi d'interesse; e) valori mobiliari; 8. Partecipazione alle emissioni di titoli e prestazioni di servizi connessi; 9. Consulenza alle imprese in materia di struttura finanziaria, di strategia industriale e di questioni connesse, nonché di consulenza e servizi nel campo delle concentrazioni e del rilievo di imprese; 10. Servizi di intermediazione finanziaria del tipo «money broking»; 11. Gestione o consulenza nella gestione di patrimoni; 12. Custodia e amministrazione di valori mobiliari; 13. Servizi di informazione commerciale 14. Locazione di cassette di sicurezza”. Seguiva poi la precisazione che la sottocategoria “operazioni di prestito” comprendeva, “in particolare: - credito al consumo - credito con garanzia ipotecaria - factoring, cessioni di credito pro soluto e pro solvendo - credito commerciale (compreso il «forfaiting»)”.

Quelle ora elencate sono le forme tipiche di ciò che comunemente si definisce “attività finanziaria”, ossia la somma delle attività tipicamente: a) bancarie (come la raccolta di fondi rimborsabili connessa all'erogazione di credito); b) di pagamento (lo sono quelle indicate alle lettere 4 e 5 dell'elenco); c) di investimento (lett. 7, 8, 9, 11, 12); d) “finanziarie” in senso stretto (lett. 2, 3, 6, 7); e)

accessorie alle precedenti (come, ad esempio, la n. 14). Non per questo, però, l'attività finanziaria si sostanzia solo in quelle, considerato che manca, quantomeno, l'attività assicurativa, pacificamente considerata, dal punto di vista economico, un elemento dell'attività finanziaria⁵⁵ ma considerato meritevole di un trattamento autonomo.

E' probabile, comunque, che il legislatore comunitario, all'atto di disciplinare la materia delle clausole abusive e, in particolare, le stesse nell'ambito della prestazione di servizi finanziari, non abbia rinviato a quell'elenco per scelta, non per dimenticanza. La direttiva 89/646/CEE si proponeva, infatti, l'obiettivo di garantire un rafforzamento del mercato comune dei servizi finanziari e necessitava una precisa individuazione delle attività che sarebbero potute essere svolte in ciascuno Stato membro una volta soddisfatte le condizioni richieste dalla direttiva e ottenuta l'autorizzazione dello Stato d'origine, mentre la Direttiva 93/13/CEE guardava alla protezione dei consumatori ed era indifferente alla tematica delle attività esercitabili da un dato ente.

Ciò comporta, a nostro avviso, che il silenzio del legislatore comunitario sul concetto di prestatore di servizi finanziari o, direttamente, di servizio finanziario, va letto come il frutto della scelta legislativa di demandare l'individuazione di quei concetti alle scienze che li studiano, in fondamentale battuta quelle economiche⁵⁶. Vero è, comunque, che, così delineato, l'ambito di applicazione della direttiva sulle clausole abusive è più ampio di quello del testo unico bancario, non fosse altro perché dal novero delle attività svolte nel territorio italiano delle banche e degli intermediari finanziari (art. 115), va sottratta, ex art. 23, 4° com-

⁵⁵ Sulla cui natura finanziaria v. quanto scritto in precedenza.

⁵⁶ Così già DI MAJO, *I contratti bancari e finanziari dopo la legge sulle clausole vessatorie*, in U. Ruffolo (a cura di), *Clausole "vessatorie" e "abusiva"*. *I contratti del consumatore*, Milano, 1997, p. 239.

ma, del D.lgs. 58/98, la prestazione dei servizi di investimento, che è di certo un “servizio finanziario”.

Ciò che ci sembra certo, per contro, è che il conto corrente di corrispondenza ricada all’interno di questo trattamento, rientrando la materia dei servizi di pagamento tra quelle finanziarie⁵⁷.

Venendo ora al contenuto del trattamento speciale e partendo dalla disciplina del recesso nei contratti a tempo indeterminato, va ricordato che il legislatore italiano ha profondamente alterato la formulazione letterale delle esenzioni usata nella Direttiva 93/13/CEE, impostando la disposizione in termini di attribuzione al prestatore di servizi finanziari della possibilità di recedere dal contratto o di modificarlo nei termini che ora vedremo. Non vi è alcun riferimento a “*clausole*” né, a ben vedere, alla loro presunzione di vessatorietà. Neppure il riferimento fatto alle lettere h) e m), cui il professionista potrebbe derogare, sembra mutare la convinzione – sulla scorta del pensiero di De Nova⁵⁸ - che il legislatore italiano non si sia limitato a rimuovere la *presunzione* di vessatorietà, ma abbia riconosciuto l’indiscussa possibilità del prestatore di servizi finanziari, quale un effetto naturale della relativa contrattazione, di incidere sul contratto nei termini precisati dalle lettere a) e b) del 3° comma. L’opinione più diffusa è, però, nel senso che il citato 3° comma non introduca un diritto soggettivo al recesso o alla variazione unilaterale, ma solamente due deroghe alle

⁵⁷ Contra, ROMAGNOLI, op. cit., p. 398, secondo cui il conto corrente non assistito da un’apertura di credito va escluso da tale ambito perché in tal caso la semplice assunzione dell’impegno da parte dell’impresa di dare corso ai pagamenti o procedere a riscossioni “non sembra in grado di attrarlo nell’indicato ambito. Infatti, a prescindere dalle modalità operative convenute, il nucleo essenziale del rapporto, nella sua configurazione sociale tipica, si incentra sul mandato da cui sorge l’obbligo della banca di compiere le operazioni attive o passive disposte dal cliente, idonee ad incidere sull’entità del conto”. Come abbiamo visto, però, la gestione dei pagamenti è considerata, anche espressamente, parti dell’attività finanziaria.

⁵⁸ DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, p. 30 ss., seguito da BOCCHINI, *sub art. 1469-bis*, 4° comma, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di Cesàro, I, Padova, 1996, p. 322 ss.

presunzioni di vessatorietà altrimenti operanti in forza della lettera h) e della lettera m) del 2° comma, con l'effetto di individuare nell'accordo, e non nella legge, la fonte dei due citati diritti. Quest'opinione, seppure meno fondata interpretando letteralmente il testo dell'art. 33 cod. consumo, appare più coerente con quello comunitario e con il suo intento di tutelare il consumatore nella contrattazione con il professionista più che di affermare effetti naturali di certo tipo di contrattazione, quale quella dei prestatori di servizi finanziari⁵⁹.

Come sappiamo, ex lett. h) del 2° comma dell'art. 33, si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto o per effetto di *"consentire al professionista di recedere da contratti a tempo indeterminato senza un ragionevole preavviso, tranne nel caso di giusta causa"*, consentendo l'inserimento nel regolamento contrattuale di una previsione che legittimi (o consentendo *tout court*) da un contratto avente per oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato, anche *"senza preavviso"*, qualora vi sia un *"giustificato motivo"*, limitandosi ad imporre al professionista di dare immediata comunicazione del recesso al consumatore.

La disposizione ha una portata derogatoria netta, solo corretta dall'imposizione dell'obbligo di immediata comunicazione: la previsione contrattuale legittimante il recesso del prestatore senza preavviso, che si presume vessatoria quando lo consente in circostanze non costituenti *"giusta causa"*, perde tale connotazione di presunta vessatorietà quando sia a favore del prestatore di servizi finanziari, a patto che ancori il recesso a un giustificato motivo.

Vi è, poi, la previsione dell'obbligo di darne immediata comunicazione al consumatore, correttivo il cui senso non richiede molte spiegazioni. Va notato solo che l'imposizione di un obbligo mal si concilia con la valutazione di vessatorietà o no di una clausola, e il cui inserimento rafforza la convinzione che quello

⁵⁹ Per tutti, vedi CAPOBIANCO, op. ult. cit., p. 154, p. 155.

introdotto dall'art. 33, 3° comma, sia effettivamente un potere di fonte legale (bilanciato dall'imposizione dell'obbligo informativo), insuscettibile di valutazione in termini di vessatorietà.

L'art. 33 non fornisce alcun contributo all'opera di intelligenza del significato di "*giusta causa*" e di "*giustificato motivo*": la loro contrapposizione rende chiaro che, anche questa volta, il concetto di "*giusta causa*" esprime circostanze aventi maggiore severità di quelle racchiuse nel concetto di "*giustificato motivo*". Taluno ha evidenziato che giustificato motivo e giusta causa condividono la natura di circostanze oggettivamente apprezzabili, e ciò al fine di evitare ogni pretestuosità del recesso⁶⁰. Questo rilievo – grazie al quale possiamo escludere la validità di previsioni che legittimino il recesso capriccioso o quello emulativo – è assolutamente da condividere ma, al pari di tutti quegli eventuali altri che mettono in luce le caratteristiche comuni dei due concetti, esso non ci agevola nello sforzo di enucleare lo statuto normativo del prestatore dei servizi finanziari, sforzo che richiede la messa in luce dei tratti differenziali dal trattamento dell'ordinario professionista, non di quelli comuni.

In assenza di una definizione di "*giusta causa*" agli specifici fini che ci occupano, la dottrina italiana si è divisa: taluni⁶¹ hanno rilevato che il legislatore non aveva preso posizione sulla distinzione; altri ne hanno sminuito l'importanza, sottolineando che entrambi i concetti sono riconducibili al dovere generale di buona fede⁶², altri hanno parlato del rapporto tra giustificato motivo

⁶⁰ CUBEDDU, *Clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Il codice civile. Commentario Schlesinger*, Milano 2003, p. 664.

⁶¹ LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 170 ss.

⁶² DOLMETTA, *Dal testo unico in materia bancaria e creditizia alla normativa sulle clausole abusive (Direttiva CEE n. 93/13)*, in *Dir. banca e mercato fin.*, 1994, I, p. 460.

e giusta causa come di un rapporto tra specie e genere⁶³, altri hanno sottolineato come *"la differenziazione opera rispetto a fattispecie contrattuali nelle quali la disciplina del recesso ad nutum si caratterizza, oltre che per la natura della prestazione, in ragione della rilevanza della persona del contraente"*⁶⁴.

Riteniamo che, affidata alla gestione giudiziale, la differenziazione tra giusta causa e giustificato motivo si misurerà, più che in termini qualitativi, in termini di misurazione della gravità del fatto che ha giustificato il recesso, spingendo il giudice a una valutazione più indulgente verso il recedente di quanto non sarebbe altrimenti possibile se il legislatore avesse richiesto la giusta causa. Il giudice italiano, in particolare, opererà ritenendo superfluo il raggiungimento della prova di circostanze che rendessero *"intollerabile la prosecuzione del rapporto"*, secondo la formula che, in genere, riempie l'altrimenti vuota formula della giusta causa nel campo del diritto del lavoro dove la distinzione tra giusta causa e giustificato motivo è foriera di gravi conseguenze.

Ne risulta, in conclusione, l'adozione di un trattamento d'indubbio favore verso i servizi finanziari a tempo indeterminato, tradottosi – nella migliore delle ipotesi interpretative che l'art. 33 ammette – nell'esclusione della vessatorietà della clausola che legittima il recesso *"senza un ragionevole preavviso"* non giustificato da giusta causa. Questo privilegio rafforza la *communis opinio* dell'impresa che eroga servizi finanziari quale soggetto che ha titolo per reagire in modo più efficace di quanto concesso a altri all'insorgere di eventi capaci di turbare le ragioni che avevano originariamente giustificato la costituzione del vincolo negoziale. In questo caso, la maggior efficacia è raggiunta allargando il novero delle circostanze che consentono il recesso istantaneo, e i vantaggi che

⁶³ SIRENA, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti bancari di credito al consumo*, in *Banca borsa*, 1997, I, p. 365 ss.

⁶⁴ CUBEDDU, *Il regime speciale di cui ai commi 3-6 dell'art. 33*, in DE CRISTOFARO e ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010, p. 337.

essa consente sono di evidenza immediata: la possibilità di annullare gli effetti negativi della protrazione di un rapporto contrattuale ritenuto non più soddisfacente.

Questa disposizione s'inserisce in modo virtuoso, dunque, nell'ambito di quelle che danno sostanza al precetto di "*sana e prudente gestione*" dell'impresa finanziaria, bancaria e non.

Per contro, la prestazione di servizi finanziari non è stata considerata così meritevole di un trattamento derogatorio dallo *ius communis* da attribuire al prestatore di quei servizi la possibilità di pattuire validamente la recedibilità dal contratto con il consumatore, senza preavviso, anche nei casi in cui manchi un valido motivo per recedere.

Questa osservazione ci porta dritti dritti all'art. 1845 c.c. in materia di recesso dall'apertura di credito in conto corrente e a tutte le discussioni che la deformata applicazione fattane fino agli anni novanta dalle N.U.B., in particolare dal loro art. 6, aveva suscitato.

Rimane, invece, aperta la discussione sulla corretta declinazione del concetto di "*giustificato motivo*" di recesso nell'ambito finanziario e, in particolare, nel sottoambito creditizio, dove vi è da ritenere che il giudice debba affermare la sussistenza di tale condizione con molta elasticità pena il rischio di compromettere l'obbligo in capo alle imprese finanziarie in genere ma in particolare alla banca di perseguire una gestione sana e prudente.

La lettera b) dello stesso 3° comma dell'art. 33 cod. consumo disciplina il trattamento della modificazione delle "*condizioni del contratto*" nell'ambito della prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato, introducendoci così alla tematica dello *ius variandi*, la cui regolamentazione è stata ripartita tra la disposizione ora citata, relativa ai contratti a tempo indeterminato, e il 4° com-

ma dello stesso art. 33, relativa alle variazioni nei contratti a tempo determinato.

La lettera b) del 3° comma dell'art. 33 autorizza la variazione delle condizioni contrattuali di tipo disciplinare nei contratti a tempo indeterminato alla presenza di due condizioni: a) un giustificato motivo; b) un congruo preavviso. L'esercizio dello *ius variandi* da parte della banca consentirà al consumatore di reagire recedendo dal contratto.

Tale disposizione, afferma la prima parte dell'art. 33, 3° comma, deroga alla lett. m) dell'art. 33, 2° comma, che considera vessatoria la clausola che consente al professionista che presti un servizio a tempo indeterminato *"di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso"*.

Le *"condizioni contrattuali"* di cui parla la lett. b) del 3° comma sono solo quelle avente carattere disciplinare, o normativo, con esclusione di quelle avente carattere economico, come quelle che fissano il corrispettivo del servizio o altri oneri pecuniari. Lo capiamo dalla combinazione di tale disposizione con quella dettata dal 4° comma, anch'essa tesa a disciplinare le condizioni di esclusione della vessatorietà della modificazione unilaterale di condizioni contrattuali nei servizi finanziari, ma con queste differenze rispetto quanto previsto dalla lett. b) del 3° comma: a) il riferimento ai contratti aventi a oggetto la *"prestazione di servizi finanziari"* senza distinzione alcuna e, dunque, sia a tempo indeterminato sia determinato, e – particolarmente per quanto ci sta occupando ora – b) il riferimento a *"tasso di interesse o l'importo di qualunque altro onere relativo alla prestazione finanziaria ..."*, formula riassuntiva, ci sembra,

delle previsioni contrattuali che regolano oneri direttamente economici⁶⁵. In tal senso, la disciplina contenuta nel cod. cons. è più ampia e permissiva, a favore della banca, di quella contenuta nel testo unico bancario, ove, secondo la maggioranza della dottrina, non è consentito alla banca modificare il contenuto regolamentare del contratto⁶⁶.

Si osservi poi che, ai sensi dell'art. 11 *Informazioni sul tasso debitore* della Direttiva 2008/48/CE in materia di credito al consumo⁶⁷, e ora anche dell'art. 118 del testo unico bancario (applicabile anche al credito al consumo), la banca deve comunicare espressamente al cliente l'intenzione di modificare le condi-

⁶⁵ Tra i tanti che si sono occupati del problema v. CIAN, *Il nuovo capo XIV – BIS (Titolo II, Libro IV)*, cit. p. 419; SIRENA, sub art. 1469 – ter 2° comma, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di Alpa e Patti, I, Milano, 1996, p. 567; MASUCCI, sub art. 1469 – quater, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di Barengi, cit., p. 162, ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, in *Le ragioni del diritto*, Scritti in onore di Luigi Mengoni, Milano 1995, p. 669; MINERVINI E., *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 104; RIZZO, *Le clausole abusive: realtà e prospettive. La direttiva CEE del 5 aprile 1993*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 600; NUZZO, *Art. 1469-ter. Accertamento della vessatorietà delle clausole*, in *Commentario Bianca – Busnelli*, cit., p. 732, FURGIELE, *Tre osservazioni e due corollari*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, Padova 1996, p. 472, PARDOLESI, *Clausole abusive (nei contratti con i consumatori)*, cit., p. 149. In DE POLI, *Liberio mercato e controllo legale nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 783 ss., abbiamo espresso la convinzione – diversa da quella della maggioranza della dottrina – che dappertutto, ma non sull'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi (o sulla determinazione dell'oggetto del contratto), possa cadere il giudizio di vessatorietà così come disposto dall'art. 1469 bis cod. civ. ed ora dall'art. 34 cod. consumo.

⁶⁶ Per CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria*, cit., p. 157, l'aberrazione data dal fatto che il consumatore potrebbe essere assoggettato a modifiche del regolamento contrattuale mentre il non consumatore potrebbe subire solo quelle economiche può essere superata sostenendosi che l'art. 33 cod. cons. abbia valenza di interpretazione autentica del testo unico, allargando la disciplina della modifica unilaterale contenuta da questo anche alle condizioni normative.

⁶⁷ “1. Se del caso il consumatore è informato della modifica del tasso debitore, con comunicazione su supporto cartaceo o altro supporto durevole, prima dell'entrata in vigore della modifica....2. Le parti possono tuttavia convenire nel contratto di credito che l'informazione di cui al paragrafo 1 sia fornita al consumatore periodicamente nel caso in cui la modifica del tasso debitore sia dovuta ad una modifica di un tasso di riferimento, il nuovo tasso di riferimento sia reso pubblico con mezzi appropriati e l'informazione relativa al nuovo tasso di riferimento sia altresì disponibile presso i locali del creditore”.

zioni contrattuali con un preavviso di almeno due mesi, e comunque prima, non dopo l'avvenuta modifica.

Sembrerebbe doversene ricavare che la direttiva sulle clausole abusive sia stata modificata, sul punto, da quella sul credito al consumo, con l'effetto di rendere necessaria la previa comunicazione dell'intenzione di modificare il tasso di interesse, sempre che quella modifica non sia dovuta a una modifica di un tasso di riferimento, in tal caso, come afferma il comma 2 dell'art. 11 della direttiva, essendo sufficiente che il nuovo tasso di riferimento sia reso pubblico con mezzi appropriati e che l'informazione relativa al nuovo tasso di riferimento sia altresì disponibile presso i locali del creditore.

Delimitato in questo modo, ossia per differenza, il raggio d'azione del concetto di "condizioni contrattuali", confrontiamo ora la lettera b) del 3° comma con la lettera m) del 2° comma. In estrema sintesi, si può affermare che sfugge alla censura di vessatorietà la clausola che consenta al professionista "generico" di modificare unilateralmente le condizioni del contratto solo quando la modifica si fondi su un giustificato motivo che sia stato indicato nel contratto; e quella che consenta al prestatore di servizi finanziari di modificare unilateralmente le condizioni del contratto solo quando la modifica si fondi su un giustificato motivo, anche non indicato nel contratto⁶⁸. In questo caso, però, il consumatore andrà congruamente preavvisato della modifica programmata e questi potrà recedere dal contratto.

In entrambi i casi, dunque, la legittimità dello *ius variandi* è condizionata alla sussistenza di un giustificato motivo, ma solo nella lettera m) esso deve essere "indicato nel contratto", precisazione che manca nella lettera b) del 3° comma.

⁶⁸ Così anche CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria*, cit., p. 156.

Per converso, di fronte all'esercizio dello *ius variandi* in un contratto di prestazione di servizi finanziari il consumatore potrà reagire recedendo, mentre altrettanto non potrà fare nei casi ordinari di contrattazione.

E' possibile, allora, affermare che la lettera b) del 3° comma allarga i margini d'azione del prestatore di servizi finanziari e si collega armonicamente con la lettera a) perché consente alla banca e agli altri prestatori di servizi finanziari a tempo indeterminato di reagire senza particolari restrizioni alla sopravvenienza di circostanze che giustifichino una revisione dei termini del rapporto. Una restrizione sarebbe condizionare quel potere all'avvenuta previa indicazione del giustificato motivo nel contratto: il prestatore di servizi finanziari non la soffre ma, in cambio, si assoggetta alla possibilità di vedere sciolto il legame contrattuale per iniziativa della controparte.

Il 4° comma dell'art. 33 disciplina, poi, la modificazione unilaterale del *"tasso di interesse"* e de *"l'importo di qualunque altro onere relativo alla prestazione finanziaria originariamente convenuti"*, e dunque delle condizioni economiche del contratto, rimuovendo la presunzione di vessatorietà quando le parti abbiano previsto che essa operi anche senza un congruo preavviso, purché sia sorretta da giustificato motivo e il consumatore possa recedere dal contratto una volta venuto a conoscenza.

La prima parte di quel comma aggancia, almeno letteralmente, il *"giustificato motivo"* alla *"deroga alle lett. n) e o) del comma 2)"*, ossia a quelle che presumono la vessatorietà della previsione che stabilisce *"che il prezzo dei beni o dei servizi sia determinato al momento della consegna o della prestazione"*; e di quella che consente *"al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto"*.

La deroga a queste due ipotesi di presunta vessatorietà non rende piena ragione all'esigenza di riconoscere la legittimità di prassi contrattuali tradizionalmente operanti nel campo dei servizi finanziari. Qui, lo *ius variandi* ha ben poco a che vedere con le previsioni contrattuali disciplinate nelle lettere n) e o), e meglio avrebbe fatto il legislatore ad abbandonare il gioco di riferimenti incrociati, regolando *ex novo* la materia finanziaria.

La disposizione in esame parrebbe destinata a regolare la variazione di tale tipo di clausole, siano esse contenute in contratti a tempo indeterminato o determinato. Il raffronto con il 3° comma, dove la destinazione della disposizione ai soli contratti a tempo indeterminato è esplicita, rafforza tale convinzione. Altrettanto, del resto, troviamo nel testo comunitario, la cui lettera b) contiene dapprima un trattamento de "*il tasso di interesse di un prestito o di un credito da lui concesso o l'importo di tutti gli altri oneri relativi a servizi finanziari*" senza discriminare in base alla durata del contratto; successivamente, uno riguardante "*il diritto di modificare unilateralmente le condizioni di un contratto*" di cui segue l'immediata precisazione "*di durata indeterminata*".

Il risultato è che, mentre la deroga alla presunzione di vessatorietà delle clausole che disciplinano la variazione unilaterale delle condizioni contrattuali di tipo non economico beneficia i soli contratti a tempo indeterminato, quella relativa alla variazione unilaterale delle condizioni contrattuali di tipo economico beneficia ogni tipo di contratto. Resta dunque esclusa dall'ambito delle deroghe alla presunzione di vessatorietà la sola ipotesi delle clausole che introducono il potere di variazione unilaterale delle condizioni tipo normativo nei contratti a tempo determinato.

Il 4° comma dell'art. 33, coerentemente alla disposizione comunitaria, esclude dunque la presunzione di vessatorietà delle clausole introduttive del potere di variazione unilaterale, a favore del prestatore di servizi finanziari, della

clausole che fissano “l’importo di qualunque ... onere relativo alla prestazione finanziaria originariamente convenuto(i)” anche se dette clausole non prevedono alcun preavviso, con ciò marcando la differenza con la disciplina dello *ius variandi* delle condizioni disciplinari.

Pone però, come già fatto nella lettera b) del 3° comma, la condizione della sussistenza di un giustificato motivo, e l’obbligo di dare immediata comunicazione della modifica al consumatore che ha diritto di recedere dal contratto.

Resta, infine, da esaminare la disciplina dell’attuale 5° comma dell’art. 33, in forza del quale “*le lettere h), m), n) e o) non si applicano ai contratti aventi ad oggetto valori mobiliari, strumenti finanziari ed altri prodotti o servizi il cui prezzo è collegato alle fluttuazioni di un corso e di un indice di borsa o di un tasso di mercato finanziario non controllato dal professionista, nonché la compravendita di valuta estera, di assegni di viaggio o di vaglia postali internazionali emessi in valuta estera*”⁶⁹.

Come si nota facilmente, qui il legislatore abbandona la tecnica normativa utilizzata nel 4° comma, non attribuendo più un potere (legale o contrattuale) che prende il posto della presunzione di vessatorietà di alcune clausole, ma escludendo l’applicazione di alcune di tali presunzioni, senza, però, coprire tale vuoto con una diversa disciplina (almeno esplicitamente).

Il risultato è che nei contratti regolanti la prestazione di taluni, specifici, servizi finanziari, quanto a talune clausole – quelle astrattamente riconducibili alle previsioni contenute nelle lettere h), m), n), e o), il professionista non subirà

⁶⁹ L’allegato alla direttiva così dispone: “*c) le lettere g), j) e l) non si applicano: - alle transazioni relative a valori mobiliari, strumenti finanziari e altri prodotti o servizi il cui prezzo è collegato alle fluttuazioni di un corso e di un indice di borsa o di un tasso di mercato finanziario non controllato dal professionista; - ai contratti per l’acquisto o la vendita di valuta estera, di assegni di viaggio o di vaglia postali internazionali emessi in valuta estera*”.

l'applicazione della presunzione di vessatorietà, ma solo il relativo controllo di cui al 1° comma.

Del contenuto delle lettere h), m), n) e o) abbiamo già parlato poco fa: le prime due non si applicano al caso di recesso e a quello di modificazione unilaterale di condizioni contrattuali nella prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato; le seconde due alla modificazione unilaterale di condizioni economiche di servizi finanziari indipendentemente dalla loro durata.

Le fattispecie regolate dal 5° comma sono due:

i contratti aventi per oggetto *"valori mobiliari, strumenti finanziari ed altri prodotti o servizi il cui prezzo è collegato alle fluttuazioni di un corso o di un indice di borsa o di un tasso di mercato finanziario non controllato dal professionista"*;

"la compravendita di valuta estera, di assegni di viaggio o di vaglia postali internazionali emessi in valuta estera".

Le connessioni tra i due gruppi d'ipotesi non sono di immediata evidenza, né lo è la ragione di accomunarle sotto un'unica disciplina.

Partendo dal primo gruppo, notiamo che l'elemento caratterizzante la fattispecie non stia nell'oggetto della contrattazione, inteso in senso molto, troppo ampio perché sia considerato il tratto qualificante della fattispecie – ai *"valori mobiliari"* vengono, infatti, equiparati gli *"strumenti finanziari"* e, a entrambi, la più ampia ed indistinta categoria di *"prodotti"* (finanziari?) e di *"servizi"* - quanto la mancanza di determinazione del loro prezzo, a vantaggio di una determinabilità dello stesso mediante il riferimento a *"corsi"*, *"indici"*, *"tassi"* non controllati dal professionista.

Ricadono all'interno di quest'amplissima categoria sia contratti di scambio, come gli *swap* su tassi di interesse o su valute; sia di credito, come i mutui o i *leasing* a tasso variabile, ma anche la negoziazione di obbligazioni o di altri titoli

di debito, sempre se il tasso di interesse sia variabile ed il professionista non abbia alcun potere di controllo sull'indice di variazione.

All'interno di tali contratti, i professionisti potranno avvantaggiarsi del venire meno della presunzione di vessatorietà delle clausole:

che gli consentono, se il contratto è a tempo indeterminato, di recedere dallo stesso senza un ragionevole preavviso anche quando il recesso non sia sorretto da giusta causa, con ciò derogando alla lettera h) del 2° comma. Sulla scorta di quanto detto in precedenza, sembra però ragionevole affermare che l'effetto di tal esenzione sia di ammettere la validità della clausola in presenza del giustificato motivo, non in assenza anche di quello;

che gli consentono di variare unilateralmente le condizioni disciplinari di un contratto senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso.

Spetta ora esaminare il trattamento della seconda fattispecie, quella della compravendita di valuta estera, di assegni di viaggio o di vaglia postali internazionali emessi in valuta estera⁷⁰. Qui il tratto caratterizzante le ipotesi raggruppate sta nell'impossibilità del fornitore della prestazione caratteristica di controllare il criterio di determinazione del prezzo della prestazione, ossia il tasso di cambio tra valute.

In questi casi, il professionista potrà:

stabilire che il prezzo della valuta, degli assegni o dei vaglia sia determinato, e reso noto al momento della consegna degli stessi;

⁷⁰ Il vaglia postale internazionale è un servizio di pagamento, attivo e passivo, utilizzabile per trasferire somme di danaro all'estero o dall'estero. In Italia esso è gestito da Poste Italiane s.p.a. Il vaglia proveniente dall'estero è trasferibile mediante girata ed è pagabile presso l'ufficio postale indicato sul titolo. Utilizzato dall'Italia per effettuare pagamenti all'estero, consiste in un titolo legittimante il beneficiario a riscuotere una somma di denaro, previamente versata dal richiedente nella propria valuta e poi convertita, a seguito di cambio, nella valuta del Paese di destinazione o nella terza valuta convenuta dalle parti.

riservarsi il diritto di aumentare il prezzo convenuto senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto.

6. La materia dei contratti a distanza relativi a beni o servizi conclusi tra un fornitore e un consumatore trovava già disciplina nella Direttiva 97/7/CE del 20 maggio 1997, ma i servizi finanziari erano stati esclusi da questa (cfr. art. 3). La Direttiva 2002/65/CE⁷¹ disciplina la commercializzazione dei servizi finanziari sull'assunto che, per la natura immateriale di questi, essi si prestano bene alla commercializzazione a distanza, rendendo opportuna la creazione di un quadro giuridico unitario - capace di accrescere la fiducia dei consumatori verso le tecniche di commercializzazioni più moderne, come il commercio elettronico – e necessaria l'elevazione del grado di protezione dei consumatori, condizione indispensabile per assicurare la libera circolazione dei servizi finanziari. Essa, una volta recepita dal legislatore italiano, è stata collocata nella Sezione IV-*bis Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori* del Capo I *Particolari modalità di conclusione del contratto* del Titolo III *Modalità contrattuali* del codice del consumo.

Eccezionalmente, in questa direttiva la banca è menzionata espressamente, all'art. 2 *Definizioni*⁷². Come diremo a breve, però, nessun dubbio poteva esserci sul fatto che questa direttiva disciplinasse, se non un'*attività bancaria*, un'*attività delle banche* quale quella finanziaria in senso lato.

Invero, il legislatore comunitario inizia il proprio articolato con l'insieme delle definizioni rilevanti, tra cui spicca, per ciò che ci interessa, quella di "servi-

⁷¹ Direttiva 2002/65/CE del Parlamento e del Consiglio del 23 settembre 2002 concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva 90/619/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE.

⁷² Art. 67 *ter* nel Codice del consumo.

zio finanziario” (art. 2 *Definizioni*, lett. b) , inteso come “qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, assicurativa, servizi pensionistici individuali, di investimento o di pagamento”. La categoria verrà definita solo nel 1997, con la Direttiva 97/7/CE in materia di contrattazione a distanza dei servizi finanziari che tratteremo a breve. All’art. 67-ter cod. consumo, ove, alla lett. b), si stabilisce che per servizio finanziario si deve intendere “*qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale*”, ossia individuando la latitudine maggiore del concetto di finanziarietà. L’utilizzo di tale definizione al fine di interpretare la nozione di servizi finanziari fatta nell’art. 33 pare precluso per il fatto che l’art. 67 risponde all’esigenza di disciplinare la sola commercializzazione a distanza. E’ vero che buona parte, se non tutte (il dubbio può sorgere solo per i servizi di natura assicurativa o di previdenza individuale, peraltro – come abbiamo già scritto in più occasioni - generalmente considerati la terza gamba del settore finanziario, dopo quella bancario- creditizia e quella di investimento le attività ivi elencate ricadranno all’interno dei servizi finanziari di cui all’art. 33, ma ciò non consente di affermare l’applicabilità diretta, o analogica, di tale disposizione alla materia delle clausole vessatorie⁷³). L’espressa menzione del servizio bancario quale *species* del servizio finanziario rileva non tanto perché, per la prima volta, il legislatore comunitario definisce il servizio finanziario includendovi quello bancario, punto che nessuno avrebbe mai messo in dubbio, quanto perché ci fa comprendere che, all’interno della disciplina, rientra (anche) l’attività bancaria tipica, ossia quella di raccolta del risparmio e di erogazione del credito, e non solo quella accessoria quale quella di investimento o quella di pagamento.

⁷³ Per taluni (BRAVO, *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, in *Contr.*, 2008, 4, p. 386), un’estensione della previsione del 3° comma dell’art. 33 a tali servizi – definiti non intrinsecamente finanziari – frustrerebbe la tutela del consumatore.

Fornitore di tale servizio è "qualunque persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che, nell'ambito delle proprie attività commerciali o professionali, è il fornitore contrattuale dei servizi oggetto dei contratti a distanza", e consumatore è "qualunque persona fisica che, nei contratti a distanza, agisca per fini che non rientrano tra la propria attività commerciale o professionale.

Rileva poi la distinzione tra "accordo iniziale di servizio" e "operazioni successive". Il primo è ciò che ora è comunemente chiamato "contratto quadro"; il secondo sono le concrete operazioni finanziarie attuate sulla base del primo (quando esistente).

Ai sensi dell'art. 1 (*Oggetto e campo di applicazione*)⁷⁴, quando un contratto riguardante la prestazione di servizi finanziari sia costituito da un accordo iniziale di servizio, seguito da operazioni successive o da una serie di operazioni distinte della stessa natura scaglionate nel tempo, le disposizioni della direttiva si applicheranno esclusivamente all'accordo iniziale. Quando, invece, manchi un accordo iniziale di servizio "ma le operazioni successive o distinte della stessa natura scaglionate nel tempo siano eseguite tra le stesse parti contrattuali, gli articoli 3 e 4 si applicano solo quando è eseguita la prima operazione"⁷⁵ (art. 1, comma 3); tuttavia, prosegue il 3° comma dell'art. 1, "ove nessuna operazione della stessa natura sia eseguita entro un periodo di un anno, l'operazione successiva è considerata come la prima di una nuova serie di operazioni e, di conseguenza, si applicano le disposizioni degli articoli 3 e 4".

L'impianto della Direttiva è, come di consueto, incentrato sulla coppia obblighi informativi – diritto di recesso, ossia sull'irrobustimento della consapevolezza critica del consumatore e sulla sua possibilità di pentirsi liberamente e liberamente svincolarsi dal rapporto negoziale. L'efficacia del sistema protettivo

⁷⁴ Art. 67 *bis* nel Codice del Consumo.

⁷⁵ Gli articoli 3 e 4 disciplinano il regime informativo precontrattuale e quello delle informazioni aggiuntive.

è garantita dal carattere cogente delle disposizioni della direttiva, e in particolare dalla previsione contenuta nell'art. 12 *Carattere cogente delle disposizioni della presente direttiva*, comma 1, secondo cui *“Il consumatore non può rinunciare ai diritti conferitigli dalla presente direttiva”*⁷⁶.

L'architettura dell'apparato di tutela è arricchito da una previsione in tema di onere della prova, l'art. 15, in forza del quale gli Stati membri hanno facoltà di stabilire che l'onere della prova, per quanto riguarda l'ottemperanza da parte del fornitore all'obbligo di informazione del consumatore e per quanto riguarda il consenso del consumatore alla conclusione del contratto e all'esecuzione di quest'ultimo, possa gravare sul fornitore. Lo stesso art. 15 stabilisce poi – in modo affatto originale - che costituisce clausola abusiva ogni clausola contrattuale che ponga a carico del consumatore l'onere della prova dell'ottemperanza, totale o parziale, da parte del fornitore, agli obblighi che gli incombono in virtù della direttiva.

Quanto all'ampio obbligo d'informazione posto in capo al fornitore, di esso è disciplinato il contenuto e le modalità esecutive.

Una gran quantità d'informazioni deve essere anzitutto fornita al consumatore *“in tempo utile prima che ... sia vincolato da un contratto a distanza o da un'offerta”*. Queste informazioni dovranno essere rese in modo chiaro e comprensibile *“tenendo debitamente conto dei principi di buona fede nelle transazioni commerciali e dei principi che disciplinano la protezione delle persone che, secondo la legislazione degli Stati membri, sono ritenute incapaci, quali i*

⁷⁶ L'art. 67 – *octies decies (Irrinunciabilità dei diritti)* ha tradotto la direttiva nella seguente disposizione, ben più ricca ed articolata di quella comunitaria: *“I diritti attribuiti al consumatore dalle presente sezione sono irrinunciabili. E' nulla ogni pattuizione che abbia l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dalle disposizioni della presente sezione. La nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice. Ove le parti abbiano scelto di applicare al contratto una legislazione diversa da quella italiana, al consumatore devono comunque essere riconosciute le condizioni di tutela previste dalla presente sezione”*.

minori". L'obbligo informativo avrà per oggetto le seguenti aree: 1) le caratteristiche maggiormente rilevanti del fornitore (identità, attività principale, registro commerciale presso il quale è eventualmente iscritto ecc.); 2) e del servizio finanziario offerto (prezzo totale che il consumatore dovrà sborsare; collegamento con strumenti che implicano particolari rischi; modalità di pagamento e di esecuzione ecc.)⁷⁷; 3) la regolamentazione essenziale del contratto, e così: l'esistenza del diritto di recesso e le istruzioni pratiche per il suo esercizio; la durata minima del contratto; gli eventuali diritti delle parti di mettere fine anticipatamente al contratto; le clausole sulla legislazione applicabile o sul foro competente ecc.; 4) l'esistenza o meno di procedure stragiudiziali di reclamo o di ricorso e l'esistenza di fondi di garanzia o di altri dispositivi di indennizzo.

Al consumatore è attribuito, poi, il diritto di richiedere, in qualsiasi momento del rapporto contrattuale, una nuova trasmissione delle condizioni contrattuali in formato cartaceo. Ai sensi dell'art. 5 (*Comunicazione delle condizioni contrattuali e delle informazioni preliminari*), comma 1, il fornitore può comunicare al consumatore le condizioni contrattuali e le altre informazioni "su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, disponibile ed accessibile per il consumatore in tempo utile".

Quanto al recesso, esso potrà essere esercitato entro quattordici giorni (o trenta in caso di assicurazione sulla vita), "senza penali e senza dover indicare il

⁷⁷ Più precisamente, è chiesto al fornitore di fornire al consumatore a) una descrizione delle principali caratteristiche del servizio finanziario; b) il prezzo totale che il consumatore dovrà corrispondere al fornitore per il servizio finanziario, compresi tutti i relativi oneri, commissioni e spese e tutte le imposte versate tramite il fornitore o, se non è possibile indicare il prezzo esatto, la base di calcolo del prezzo, che consenta al consumatore di verificare quest'ultimo; c) se del caso, un avviso indicante che il servizio finanziario è in rapporto con strumenti che implicano particolari rischi dovuti a loro specifiche caratteristiche o alle operazioni da effettuare, o il cui prezzo dipenda dalle fluttuazioni dei mercati finanziari su cui il fornitore non esercita alcuna influenza, e che i risultati ottenuti in passato non costituiscono elementi indicativi riguardo ai risultati futuri; d) l'indicazione dell'eventuale esistenza di altre imposte e/o costi non versati tramite il fornitore o non fatturati da quest'ultimo; e) qualsiasi limite del periodo durante il quale sono valide le informazioni fornite".

motivo” (art. 6 *Diritto di recesso*, comma 1). Il termine inizierà a decorrere dalla data di conclusione del contratto oppure dalla data in cui il consumatore riceve le condizioni contrattuali e le informazioni prima citate. La possibilità di recedere viene esclusa in talune forme di contratto di assicurazione⁷⁸; nei contratti interamente eseguiti da entrambe le parti su richiesta esplicita del consumatore prima che quest’ultimo eserciti il suo diritto di recesso⁷⁹; e, infine, nei servizi finanziari il cui prezzo dipende da fluttuazioni del mercato finanziario che il fornitore non è in grado di controllare e che possono avere luogo durante il periodo di recesso⁸⁰. Ben si comprende che il recesso potrebbe diventare in questi casi una forma di reazione contro un rialzo inaspettato del prezzo dello strumento o del contratto, mortificando la naturale aleatorietà di questi contratti. La privazione del diritto al recesso appare, però, mortificare eccessivamente (vista la mancanza di meccanismi di bilanciamento) il proposito di consentire al consumatore il diritto al ripensamento alla scelta negoziale.

7. Preso atto del fallimento delle misure introdotte nel tempo in forza di numerosi atti comunitari⁸¹, lo scopo della Direttiva 2007/64/CE sui servizi

⁷⁸ Precisamente, nelle polizze di assicurazione viaggio e bagagli o nelle analoghe polizze assicurative a breve termine di durata inferiore a un mese. Sfugge la *ratio* dell’esclusione.

⁷⁹ La *ratio* dell’esclusione è chiara ma essa si presta a pericolose strumentalizzazioni da parte del fornitore, che potrebbe “invitare” il consumatore a richiedere esplicitamente (ma non spontaneamente) di eseguire subito il contratto.

⁸⁰ Si citano le operazioni di cambio, gli strumenti del mercato monetario, i valori mobiliari, le quote di un organismo di investimento collettivo, i contratti a termine fermo («futures») su strumenti finanziari, i contratti a termine su tassi di interesse (FRA), i contratti swaps su tassi d’interesse, su valute o contratti di scambio connessi ad azioni o a indici azionari («equity swaps»), le opzioni per acquistare o vendere qualsiasi strumento in precedenza indicato, compresi gli strumenti equivalenti che si regolano in contanti, le opzioni su valute e su tassi d’interesse.

⁸¹ Si va dalla Direttiva 97/5/CE sui bonifici transfrontalieri al Regolamento CE n. 2560/2001, relativo ai pagamenti transfrontalieri in euro, alle Raccomandazioni 87/598/CEE, relativa ad un codice europeo di buona condotta in materia di pagamento elettronico, 88/590/CEE sui sistemi di pagamento e 97/489/CE, in tema di operazioni mediante strumenti di pagamento

di pagamento (PSD)⁸² consiste nel riordinare definitivamente in un unico quadro normativo le varie discipline dei Paesi della Comunità in materia di servizi di pagamento⁸³, quando questi sono svolti “a titolo di occupazione principale o di attività commerciale regolare” (art. 1, 2° comma), come accade per le banche, non più uniche, ma pur sempre principali, attrici⁸⁴ dell’industria dei pagamenti⁸⁵. L’Italia ha recepito tale Direttiva con il d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, recante

elettronici. Nel Considerando n. (3) si afferma che “queste misure continuano ad essere insufficienti. La coesistenza di disposizioni nazionali e di un quadro comunitario incompleto dà origine a confusione e incertezza giuridica”:

⁸² Che sappiamo essere già intervenuta a modifica delle Direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE.

⁸³ Ossia, come si legge nell’Allegato alla Direttiva, i seguenti servizi: “1. Servizi che permettono di depositare il contante su un conto di pagamento nonché tutte le operazioni richieste per la gestione di un conto di pagamento. 2. Servizi che permettono prelievi in contante da un conto di pagamento nonché tutte le operazioni richieste per la gestione di un conto di pagamento. 3. Esecuzione di ordini di pagamento, incluso il trasferimento di fondi, su un conto di pagamento presso il prestatore di servizi di pagamento dell’utente o presso un altro prestatore di servizi di pagamento: — esecuzione di addebiti diretti, inclusi addebiti diretti una tantum, — esecuzione di operazioni di pagamento mediante carte di pagamento o dispositivi analoghi, — esecuzione di bonifici, inclusi ordini permanenti. 4. Esecuzione di operazioni di pagamento quando i fondi rientrano in una linea di credito accordata ad un utente di servizi di pagamento: — esecuzione di addebiti diretti, inclusi addebiti diretti una tantum, — esecuzione di operazioni di pagamento mediante carte di pagamento o dispositivi analoghi, — esecuzione di bonifici, inclusi ordini permanenti. 5. Emissione e/o acquisizione di strumenti di pagamento. 6. Rimessa di denaro. 7. Esecuzione di operazioni di pagamento ove il consenso del pagatore ad eseguire l’operazione di pagamento sia dato mediante un dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico e il pagamento sia effettuato all’operatore del sistema o della rete di telecomunicazioni o digitale o informatica che agisce esclusivamente come intermediario tra l’utente di servizi di pagamento e il fornitore di beni e servizi.”

⁸⁴ Nel nostro Paese l’art. 106 t.u. l. banc. riconosce, infatti, la possibilità che l’attività di “prestazione di servizi di pagamento” venga svolta anche da soggetti diversi dalle banche, con ciò riconoscendo il processo di disintermediazione bancaria della materia in atto nell’intera comunità europea.

⁸⁵ I “servizi di pagamento” devono essere tenuti distinti dai “sistemi di pagamento”; mentre i primi sono rivolti alla clientela finale, i secondi sono resi a favore dei prestatori dei servizi di pagamento, e hanno per oggetto il regolamento per compensazione dei rapporti di debito e credito sorti a seguito dell’intervento tra prestatori dei servizi di pagamento. Per “compensazione” si intende la “conversione ... in un’unica posizione a credito o a debito dei crediti o dei debiti di uno o più partecipanti nei confronti di uno o più partecipanti e risultanti da ordini di trasferimento”: art. 1, lett. f), d. lg. 12 aprile 2001, n. 210. Banca d’Italia, ad esempio, gestisce il sistema di compensazione al dettaglio cd. BI-COMP e quello di regolamento lordo in tempo reale cd. BI_REL, mentre la BCE gestisce il sistema cd. TARGET.

“Attuazione della direttiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, e che abroga la direttiva 97/5/CE”, e il suo contenuto è stato poi, in parte, inserito all’interno del d.lg. 1 settembre 1993, n. 385 (cd. t.u. l. banc.), mediante l’inserimento del Capo II - bis (Servizi di pagamento)⁸⁶.

La Direttiva – che, lo anticipiamo, non tratta distintamente la banca⁸⁷, ma che ruota frequentemente intorno a modalità operative tipiche dello stesso, come il *“conto di pagamento”*⁸⁸ - disciplina così tutti i seguenti momenti dell’attività di prestazione di servizi di pagamento: *i)* quello dell’accesso a questo mercato e dei suoi operatori (i prestatori di servizi di pagamento), mirando a garantire il coordinamento delle disposizioni nazionali riguardanti i requisiti prudenziali e l’accesso a questo mercato di nuovi operatori; *ii)* quello della trasparenza delle condizioni contrattuali; *iii)* quello del piano degli obblighi contrattuali del *“prestatore di servizi di pagamento”* e, per contro, dei diritti dell’*“utente di servizi di pagamento”*, sia esso *“pagatore”* o *“beneficiario”*, in relazione ai più importanti momenti del rapporto, *in primis* i requisiti d’informazione⁸⁹, proporzionati alle necessità degli utenti ma focalizzati sul principio secondo cui al consumatore deve essere riconosciuto il diritto *“... di ricevere informazioni importanti a titolo gratuito prima che sia vincolato da*

⁸⁶ Il cui art. 126-bis dispone che *“il presente capo si applica ai contratti quadro relativi a servizi di pagamento e alle operazioni di pagamento, anche se queste non rientrano in un contratto quadro, quando i servizi sono offerti sul territorio della Repubblica”*.

⁸⁷ E’ vero, però, che menziona gli enti creditizi, ma solo per includerli nell’elenco di soggetti abilitati a prestare questo servizio.

⁸⁸ Ossia, ai sensi dell’art. 1, n. 14, *“un conto detenuto a nome di uno o più utenti di servizi di pagamento che è utilizzato per l’esecuzione delle operazioni di pagamento”*.

⁸⁹ Nel Considerando n. (21) si dispone che *“al fine di promuovere il corretto funzionamento del mercato unico dei servizi di pagamento, gli Stati membri dovrebbero poter adottare solo le disposizioni in materia di informazione previste dalla presente direttiva”*.

qualsiasi contratto di servizi di pagamento"⁹⁰, oltre a quello di essere a conoscenza *"dei costi e delle spese reali dei servizi di pagamento per poter operare la loro scelta"*⁹¹.

Il primo obiettivo che la Commissione Europea mira a realizzare è, come di consueto, la creazione di un mercato unico dei servizi di pagamento, fino ad ora organizzati separatamente e su base nazionale, con ventisette quadri giuridici differenti, anche se altri ancora sono gli scopi che la Direttiva punta a perseguire: in primo luogo, l'innalzamento del livello di concorrenza tra operatori, con conseguente riduzione dei costi per i consumatori ed aumento di sicurezza ed efficacia dei sistemi rispetto a quelli esistenti a livello nazionale; in secondo luogo, l'elevazione della tutela degli utenti dei servizi – consumatori, ma non solo, venendo tutelate anche le *"microimprese"*,⁹² - e della loro libertà di scelta riguardo al servizio di pagamento, in particolar modo attraverso un irrobustimento del livello di trasparenza.

Il suo ambito di applicazione è dato da: *i)* i servizi e i sistemi di pagamento elettronici; *ii)* le transazioni all'interno di uno stato membro e tra stati dell'UE; *iii)* i pagamenti in euro ed in altre valute di stati membri. L'art. 3 fornisce l'intero elenco delle attività e delle operazioni di pagamento escluse dall'ambito di applicazione della direttiva: tra le molte è opportuno segnalare i pagamenti in contante effettuati direttamente dal pagatore al beneficiario, senza alcuna in-

⁹⁰ Considerando n.(26).

⁹¹ Considerando n. (45), che segue vietando *"l'uso di metodi di fissazione dei prezzi non trasparenti, in quanto è comunemente riconosciuto che tali metodi rendono estremamente difficile per gli utenti stabilire il prezzo reale del servizio di pagamento"*.

⁹² E' definita come *"l'impresa che, al momento della conclusione del contratto per la prestazione di servizi di pagamento, possiede i requisiti previsti dalla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003, vigente alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero i requisiti individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze attuativo delle misure adottate dalla Commissione europea ai sensi dell'articolo 84, lettera b), della direttiva 2007/64/CE"*. In sostanza, è l'impresa che: - ha un numero limitato di occupati (10)- ha un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo limitato (€ 2.000.000).

termediazione⁹³; quelli effettuati mediante assegni cartacei, titoli cambiari e valigia postali⁹⁴; le operazioni di pagamento collegate all'amministrazione degli strumenti finanziari effettuate da imprese di investimento, enti creditizi, organismi di investimento collettivo ecc.; ai servizi di prelievo di contante tramite sportelli automatici per conto di uno o più emittenti della carta.

Quanto ai soggetti abilitati a operare su detto mercato, la Direttiva riconosce la possibilità di svolgere detto servizio anzitutto agli enti creditizi, che – com'è immaginabile – sono i soggetti che, più di ogni altro, sono coinvolti in quest'attività; poi, agli istituti di moneta elettronica⁹⁵ e agli uffici postali, quando autorizzati ad effettuare tale servizio. Infine, gli *“istituti di pagamento”*⁹⁶, ossia *“tutti i prestatori di servizi di pagamento che non siano collegati alla raccolta di depositi o all'emissione di moneta elettronica”*, come lo sono invece, rispettivamente, gli enti creditizi e gli istituti di moneta elettronica. Quest'ultima categoria di soggetti è ammessa alla prestazione di tali servizi subordinatamente al rilascio di un'autorizzazione, condizionata alla sussistenza di un capitale minimo iniziale; alla presenza di un'adeguata organizzazione, e a particolari requisiti di adeguatezza patrimoniale, seppur meno rigorosi di quelli previsti per gli enti creditizi⁹⁷.

⁹³ Si ritiene, infatti, che per queste esista già un mercato unico dei pagamenti: così si scrive nel Considerando n. (19).

⁹⁴ Con l'argomento secondo cui questi *“per la loro natura non consentono un trattamento altrettanto efficace quanto altri mezzi di pagamento”*.

⁹⁵ Su cui vedi, oltre agli scritti citati in precedenza, TROIANO, *I soggetti operanti nel settore finanziario*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, II, Padova, 2010, p. 605

⁹⁶ In argomento v. TROIANO, *I soggetti*, cit., p. 610; CLARICH, *L'armonizzazione europea dei servizi di pagamento: l'attuazione della direttiva 2007/64/CE*, in AA.VV., *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, Padova, 2010, I, p. 459.

⁹⁷ Si legge, infatti, nel considerando n. (11) che *“i requisiti per gli istituti di pagamento dovrebbero riflettere il fatto che gli istituti di pagamento esercitano attività più specializzate e limitate, che generano rischi molto più ristretti e più facili da monitorare e controllare di quelli derivanti dalla più ampia gamma di attività degli enti creditizi”*.

Tali istituzioni, una volta autorizzate a compiere quest'attività, potranno svolgere ogni tipo di servizio di pagamento previsto dalla Direttiva, ma a esse sarà preclusa l'attività di raccolta di denaro (depositi) tra gli utenti⁹⁸; quanto ai fondi raccolti dagli stessi, questi potranno essere utilizzati solo per la prestazione di servizi di pagamento e dovranno essere tenuti separati dai fondi detenuti dagli stessi per altre attività commerciali⁹⁹. Potranno però: i) concedere credito, ma solo quando sia *"accessorio e concesso esclusivamente in relazione all'esecuzione di un'operazione di pagamento"*¹⁰⁰, per agevolarla (attraverso linee di credito o carte di credito, ad esempio); esso sia rimborsabile entro il termine massimo di dodici mesi, e non sia concesso *"utilizzando fondi ricevuti o detenuti ai fini dell'esecuzione di un'operazione di pagamento"*¹⁰¹; ii) prestare servizi operativi e accessori a quello di pagamento, sistemi di pagamento, attività commerciali, se consentite dalla legislazione nazionale¹⁰².

Quanto alle disposizioni in materia contrattuale, si afferma una concezione modulare dell'intervento fondata sulla constatazione del diverso *need for protection* degli utenti, pagatori o beneficiari. Si sostiene, infatti, che *"dato che i consumatori e le imprese non si trovano nella stessa posizione, non necessitano dello stesso livello di protezione"*.

Mentre è importante garantire i diritti dei consumatori con disposizioni cui non si può derogare per contratto, è ragionevole far sì che le imprese e le organizzazioni stabiliscano diversamente", ammettendo, così, un primo *vulnus* alla

⁹⁸ Art. 16.4.

⁹⁹ Il 2° comma dello stesso art. 16 dispone che i fondi che gli istituti di pagamento ricevono da parte degli utenti di servizi di pagamento in vista della prestazione di servizi di pagamento non costituiscono depositi o altri fondi rimborsabili né moneta elettronica.

¹⁰⁰ Art. 16.3, lett. a).

¹⁰¹ Art. 16.3, lett. c).

¹⁰² Art. 166.1.

naturale inderogabilità delle disposizioni in materia di tutela contrattuale del destinatario del servizio¹⁰³.

Quanto agli obblighi informativi o, meglio, alla più generica trasparenza contrattuale – aspetto centrale nella disciplina del servizio di pagamento¹⁰⁴ - essa riguarderà sia le singole operazioni di pagamento sia i contratti quadro, definiti come *“un contratto di servizi di pagamento che disciplina la futura esecuzione delle operazioni di pagamento individuali e successive e che può comportare l’obbligo di aprire un conto di pagamento e le relative condizioni”*.

Di grande importanza è, infine, la disciplina della prestazione essenziale del servizio. Si afferma che *“il buon funzionamento e l’efficienza del sistema di pagamento dipende dal fatto che l’utente possa confidare che il prestatore esegua l’operazione di pagamento in modo corretto ed entro i tempi stabiliti”*¹⁰⁵. Vengono così disciplinate: *i)* le transazioni non autorizzate e la relativa richiesta di rimborso; *ii)* le fasi della esecuzione di un’operazione di pagamento e della sua ricezione; *iii)* i tempi di esecuzione e la data della valuta; *iv)* gli obblighi di diligenza del prestatore e dell’utilizzatore e il regime della responsabilità del

¹⁰³ E’ l’art. 30, intitolato *“Ambito di applicazione”*, a regolare questo delicato profilo della materia, disponendo che *“Il presente titolo si applica alle singole operazioni di pagamento, ai contratti quadro e alle operazioni di pagamento da essi contemplate. Le parti possono decidere che esso non si applica, interamente o parzialmente, se l’utente di servizi di pagamento non è un consumatore”* (enfaticizzazione nostra).

¹⁰⁴ Lo Stato italiano ha affidato alla Banca d’Italia penetranti poteri di regolazione degli obblighi informativi. Ai sensi dell’art. 126-*quater* (intitolato *“Informazioni relative alle operazioni di pagamento e ai contratti”*), spetta alla Banca d’Italia, infatti, disciplinare: *“a) contenuti e modalità delle informazioni e delle condizioni che il prestatore dei servizi di pagamento fornisce o rende disponibili all’utilizzatore di servizi di pagamento, al pagatore e al beneficiario. Le informazioni e le condizioni sono redatte in termini di facile comprensione e in forma chiara e leggibile. In particolare, l’utilizzatore dei servizi di pagamento è informato di tutte le spese dovute al prestatore di servizi di pagamento e della loro suddivisione. Sono previsti obblighi di trasparenza semplificati nel caso di utilizzo di strumenti di pagamento che riguardino operazioni o presentino limiti di spesa o avvaloramento inferiori a soglie fissate dalla stessa Banca d’Italia; b) casi, contenuti e modalità delle comunicazioni periodiche sulle operazioni di pagamento”*.

¹⁰⁵ Considerando n. (46).

prestatore di servizi di pagamento del pagatore per mancata o inesatta esecuzione dell'ordine.

7.1. Sappiamo già che la prestazione dei servizi di pagamento è attività *delle banche* ma non attività *bancaria* in senso stretto, potendo essa essere svolta da differenti soggetti: istituti di moneta elettronica, Poste Italiane s.p.a., "istituti di pagamento". Se la bancarietà del soggetto non esprime, dunque, il tratto identificativo della disciplina, ciononostante essa sta sullo sfondo della stessa e la condiziona, sicché anch'essa va esaminata per cogliere l'essenza del diritto contrattuale bancario di matrice europea.

La direttiva in commento si occupa degli aspetti contrattuali del servizio di pagamento all'interno del Titolo III, intitolato "*Trasparenza delle condizioni e requisiti informativi per i servizi di pagamento*". Questo Titolo si divide in cinque Capi: il primo, dedicato alle regole generali, il secondo all'autorizzazione delle operazioni di pagamento, il terzo, diviso in tre Sezioni, la prima dedicata agli ordini di pagamento, la seconda ai tempi di esecuzione e alle date di valuta, la terza alla responsabilità per inadempimento o inesatto adempimento, il quarto alla protezione dei dati, e, infine, il quinto ai sistemi di risoluzione delle controversie.

Esso si applica all'*operazione di pagamento* – ossia, all'*atto, disposto dal pagatore o dal beneficiario, di collocare, trasferire o ritirare fondi ...*¹⁰⁶, che prende le mosse da un "*ordine di pagamento*" - ossia "*l'istruzione da parte di un pagatore o beneficiario al suo prestatore di servizi di pagamento di eseguire un'operazione di pagamento*" che transita attraverso uno *strumento di pagamento*, ossia "*qualsiasi dispositivo personalizzato e/o insieme di procedure concordate tra l'utente di servizi di pagamento e il prestatore di servizi di paga-*

¹⁰⁶ Come lo definisce l'art. 4, n. 5.

mento e utilizzate dall'utente di servizi di pagamento per disporre un ordine di pagamento".

Si applica altresì al contratto quadro¹⁰⁷ e alle operazioni di pagamento in esse contemplate, confluiscono esse in un "conto di pagamento" oppure no. "Conto di pagamento" definito come "un conto detenuto a nome di uno o più utenti di servizi di pagamento che è utilizzato per l'esecuzione delle operazioni di pagamento" (Considerando n. (14))

Quanto alla possibilità che le operazioni vengano precedute da una regolamentazione generale delle future operazioni, molto pragmaticamente, nel Considerando n. (22) il legislatore europeo ammette che "i contratti quadro e le operazioni di pagamento da questi contemplate sono di gran lunga più comuni ed economicamente rilevanti delle singole operazioni di pagamento. In presenza di un conto di pagamento o uno strumento di pagamento specifico, è necessario un contratto quadro ...", replicando così l'impostazione già data dal nostro legislatore alla disciplina della materia dei servizi di investimento¹⁰⁸ e ipotizzando che la norma sia data, non già da "singole operazioni di pagamento"¹⁰⁹, bensì da "operazioni di pagamento rientranti in un contratto quadro"¹¹⁰. Questa scelta denota l'attenzione del legislatore verso l'esigenza delle imprese di pianificare in modo stabile e di semplificare, attraverso la definizione *una tantum* per il tramite di un contratto dalla schietta natura regolamentare, come è il contratto quadro, le proprie relazioni negoziali con la clientela.

¹⁰⁷ La cui definizione abbiamo già riportato *supra* e che è contenuta nel n. 12 dell'art. 4.

¹⁰⁸ L'art. 23 del d. lg. 24 febbraio 1998, n. 58, cd. t.u. int. fin., si riferisce, infatti, non già alla forma del contratti di prestazione del servizio di investimento, ma al contratto quadro che lo regola. In argomento, tra i molti, v. DELLA VEDOVA, *Sulla forma degli ordini di borsa*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 2, II, p. 161 e ss.

¹⁰⁹ Peraltro, oggetto, comunque, di disciplina, agli artt. 35 – 39.

¹¹⁰ Disciplinate all'interno del Capo 3 del Titolo in esame.

"Contratto quadro" e *"Contratto di servizio di pagamento singolo"*, entrambi seguiti da ordine di pagamento, sono, dunque, le due forme espressive della relazione contrattuale in argomento.

Il legislatore comunitario ha scelto di rendere beneficiario della disciplina del contratto e del rapporto d'intermediazione nel pagamento qualsiasi soggetto, sia esso *"debole"* oppure no, ma, nel frattempo, ha concesso alle parti di *"decidere che essa(o) non si applica, interamente o parzialmente, se l'utente di servizi di pagamento non è un consumatore"*¹¹¹, demandando poi a ciascun legislatore nazionale il compito di estendere alle *"microimprese"* le disposizioni a favore dei consumatori. Il legislatore italiano ha raccolto tale possibilità equiparando le due categorie di soggetti¹¹².

Come abbiamo già detto, una parte rilevante della disciplina è occupata dagli obblighi informativi, in coerenza con l'ordinario approccio comunitario. Nel Considerando n. (21) si è menzionato il diritto dell'utente di *"poter fare scelte con cognizione di causa"*, ambizione che postula che essi possano ricevere *"informazioni chiare e di qualità elevata"*, e ciò prima di essere vincolati da qualsiasi contratto di servizi di pagamento (Considerando n. (26). Compare, però, anche un riferimento ai costi che il prestatore di servizi di pagamento deve sopportare per informare l'utente, a dimostrazione della consapevolezza di dover tutelare la parte debole del rapporto accollando il minor sforzo al prestatore di servizi: nel Considerando n. (27) si legge che *"il modo in cui l'informazione richiesta viene data dal prestatore di servizi di pagamento all'utente di servizi di pagamento dovrebbe tener conto delle esigenze di quest'ultimo nonché degli aspetti tecnici e pratici e del rapporto costi-efficacia a seconda della situazione"*

¹¹¹ Ossia, ai sensi dell'art. 4, n. 11, *"una persona fisica che ... agisce per scopi estranei alla sua attività commerciale o professionale"*.

¹¹² Così nell'art. 126-bis, 3° comma, t.u. l. banc.

per quanto riguarda l'accordo previsto nel rispettivo contratto di servizi di pagamento".

Si parte dalla previsione (art. 32, intitolato "*Spese inerenti all'informazione*", 1° comma), inedita nel panorama delle discipline a tutela della parte debole di un rapporto contrattuale, secondo cui "*il prestatore di servizi di pagamento non fa gravare all'utente di servizi di pagamento le spese inerenti alla messa a disposizione dell'informazione ai sensi del presente titolo*", seguita, poi, dalla precisazione che le parti possono, però, concordare di accollare all'utente il costo della prestazione d'informazioni supplementari, a condizione – però – che esse siano "*adeguate e proporzionate ai costi effettivi sostenuti dal prestatore di servizi di pagamento*" (art. 32.3)¹¹³.

Ricordiamo che l'art. 32 è collocato all'interno del Capo I, intitolato "*Regole generali*", ed è – per l'appunto – una disposizione che troverà applicazione in entrambe le forme di prestazione del servizio di pagamento, quella preceduta dalla stipulazione del contratto quadro e quella della diretta operazione di pagamento.

All'interno del Capo I vi è, poi, una disposizione sull'onere probatorio. L'art. 33, intitolato "*Onere della prova in relazione alle informazioni richieste*", demanda agli Stati membri la possibilità di prevedere "*che sia a carico del prestatore di servizi di pagamento l'onere di dimostrare che si è attenuto ai requisiti sull'informazione di cui al presente titolo*". Da qualche tempo, come abbiamo già visto, la previsione sull'onere probatorio entra a fare parte del novero di quelle

¹¹³ Divenuta l'articolo 126-ter del t.u. l. banc.(intitolato "*Spese applicabili*") secondo cui "*1. Il prestatore dei servizi di pagamento non può addebitare all'utilizzatore spese inerenti all'informativa resa ai sensi di legge. 2. Il prestatore di servizi di pagamento e l'utilizzatore possono concordare le spese relative a informazioni fornite su richiesta dell'utilizzatore se esse, rispetto a quanto previsto nel contratto quadro, sono supplementari o rese in modo più frequente o trasmesse con strumenti di comunicazione diversi. Le spese sono proporzionate ai costi effettivi sostenuti dal prestatore di servizi di pagamento.*"

che tutelano la parte debole di un rapporto contrattuale ed è, pertanto, singolare che il legislatore comunitario non abbia pensato di accollare al prestatore del servizio di pagamento, senza possibilità di deroga, l'onere di dimostrare l'adempimento delle prescrizioni legali. A ogni buon conto, il legislatore italiano ha sfruttato questa possibilità: l'art. 126-*bis*, 4° comma, t.u. l. banc. pone a carico del prestatore dei servizi di pagamento l'onere di avere “*correttamente adempiuto agli obblighi previsti*” dal Capo II-*bis*.

Passiamo ora a esaminare l'impianto del Capo II, intitolato “*Singole operazioni di pagamento*”, ossia quello destinato a disciplinare le operazioni di pagamento non precedute da un contratto quadro.

Si parte (art. 37, intitolato “*Informazioni e condizioni*”, cui si arriva mediante un rinvio operato dall'art. 36, intitolato “*Informazioni generali preliminari*”) dalla consueta indicazione delle informazioni che devono essere fornite all'utente prima che questo sia vincolato da un contratto: a) l’“*identificativo unico*” che l'utente deve fornire affinché l'ordine di pagamento sia eseguito correttamente¹¹⁴; b) il tempo massimo dell'esecuzione del servizio¹¹⁵; c) le spese (“*tutte*”, si precisa) dovute dall'utente al prestatore e, dove necessario, anche la suddivisione delle stesse; d) il tasso di cambio effettivo e di riferimento da applicare all'operazione di pagamento.

Quanto alle modalità di assolvimento dell'obbligo informativo, l'art. 36 parla di *messa a disposizione* del dato (“*gli Stati membri esigono che ... il prestatore di servizi di pagamento renda disponibili all'utente ...*”), ma l'art. 37 introduce la facoltà per ciascun Stato membro di imporre che le informazioni

¹¹⁴ Ossia, stando alla definizione contenuta nel n. 21 dell'art. 4, “*la combinazione di lettere, numeri o simboli che il prestatore di servizi di pagamento indica all'utente di servizi di pagamento e che quest'ultimo deve fornire per identificare con chiarezza l'altro utente del servizio di pagamento e/o il suo conto di pagamento per un'operazione di pagamento*”.

¹¹⁵ L'aspetto dei tempi legali di esecuzione sarà regolato, poi, agli artt. 69 – 72.

“siano fornite o rese disponibili”. Se semplicemente rese disponibili, ciò dovrà avvenire *“in modo facilmente accessibile”* (art. 36 ed art. 37.3); se fornite, invece, ciò dovrà avvenire *“su supporto cartaceo o su altro supporto durevole”* (*idem*); in entrambi i casi, informazioni e condizioni dovranno essere redatte *“in termini di facile comprensione e in forma chiara e leggibile”*, in una lingua ufficiale dello Stato (art. 36). Rimane, però, ferma la possibilità che l’obbligo informativo venga assolto anche mediante consegna di *“bozza del contratto di servizio di pagamento singolo”* o di *“bozza dell’ordine di pagamento”*, entrambi contenenti tali informazioni.

Segue, poi, con gli artt. 38 e 39, la previsione delle informazioni che il prestatore del servizio deve fornire rispettivamente al pagatore, dopo il ricevimento dell’ordine di pagamento (art. 38) ed al beneficiario, dopo l’esecuzione di detto ordine. Tali disposizioni si limitano a individuare il tipo di dati che deve essere fornito, nulla disponendo sulle modalità espressive.

Com’è naturale, molto più articolata, anche se solo in senso quantitativo, è la disciplina del momento informativo nelle operazioni di pagamento rientranti in un contratto quadro.

Se ne occupano gli artt. da 41 a 48, distinguendo informazioni obbligatorie da informazioni *“su richiesta dell’utente”*.

L’art. 42 individua sette categorie di informazioni e condizioni da fornire obbligatoriamente all’utente prima che egli sia vincolato *“da un contratto quadro o da un’offerta”* (art. 41), che si riferiscono rispettivamente: 1) al prestatore di servizi di pagamento; 2) all’utilizzazione del servizio di pagamento; 3) a spese, tassi di interesse e di cambio; 4) alla comunicazione; 5) alle misure di tutela e correttive; 6) a modifiche e recesso dal contratto quadro; 7) al ricorso all’autorità giudiziale o al reclamo extragiudiziale.

Le modalità di assolvimento di quest'obbligo sono le stesse già viste quando abbiamo trattato la singola operazione di pagamento non preceduta da contratto quadro, con la sola variante che tali obblighi possono essere assolti *"anche fornendo una copia della bozza del contratto quadro con le informazioni e le condizioni di cui all'articolo 42"* (art. 41.3) e l'aggiunta – coerente alla previsione che la relazione contrattuale si prolunghi nel tempo, che *"in qualsiasi momento della relazione contrattuale l'utente di servizi di pagamento ha il diritto, su sua richiesta, di ricevere le condizioni contrattuali del contratto quadro nonché le informazioni specificate all'articolo 42 su supporto cartaceo o altro supporto durevole"* (art. 43). Anche in questo caso, la soluzione non innova rispetto al passato, perché già a partire dalla legge sulla trasparenza del 1992 e poi dal t.u. l. banc. del 1993, questa previsione viene sempre inserita nei testi normativi a tutela delle parte debole del rapporto contrattuale.

Ricevute le informazioni ora indicate, il pagatore avrà il diritto di chiedere informazioni – non più obbligatorie, dunque - riguardanti i tempi massimi di esecuzione e alle spese di una singola operazione di pagamento disposta nell'ambito di un contratto quadro. Così dispone, infatti, l'art. 46, intitolato *"Informazioni da fornire prima dell'esecuzione di una singola operazione di pagamento"*.

Ritornando alle informazioni obbligatorie, gli articoli 47 e 48 individuano quelle che il pagatore e il beneficiario avranno diritto di avere, rispettivamente, dopo che l'importo di una singola operazione di pagamento è stato addebitato sul conto del pagatore o, in assenza di conto di pagamento, dopo la ricezione dell'ordine di pagamento (art. 47); e dopo l'esecuzione di una singola operazione di pagamento. In entrambi i casi, esse dovranno essere fornite *"senza indugio"*. Tale informazione costituisce la condizione per considerare decaduto l'utente, trascorsi tredici mesi dalla data di addebito (*ex art. 58*, intitolata *"Noti-*

fica di operazioni non autorizzate o effettuate in modo inesatto”), dal diritto di ottenere una rettifica dal prestatore del servizio.

7.2. Il Titolo III non contiene, però, solo la disciplina del flusso informativo, altre, e importanti, essendo le disposizioni qui contenute.

L’art. 44 si riferisce allo *ius variandi* del contratto quadro distinguendo il regime della variazione delle condizioni contrattuali da quella delle variazioni dei tassi di interesse e di cambio¹¹⁶, secondo un modello simile a quello introdotto dalla direttiva 93/13/CEE. Altrettanto ha fatto il legislatore italiano all’art. 126-sexies (intitolato “*Modifica unilaterale delle condizioni*”) t.u. l. banc.¹¹⁷.

Quanto al primo genere di modifiche, si dispone che qualsiasi modifica del contratto quadro oltre che delle “*informazioni e condizioni di cui all’articolo 42*”¹¹⁸ è proposta con almeno due mesi di anticipo rispetto alla data di applicazione prevista; la mancata comunicazione del diniego di adesione, prima dell’entrata in vigore delle modifiche, vale come accettazione ma l’utente ha di-

¹¹⁶ La modifica degli altri oneri economici, ad esempio, le spese.

¹¹⁷ Secondo cui “1. Ogni modifica del contratto quadro o delle condizioni e informazioni a esso relative fornite all’utente ai sensi dell’articolo 126-quater, comma 1, lettera a), è proposta dal prestatore dei servizi di pagamento secondo le modalità stabilite dalla Banca d’Italia, con almeno due mesi di anticipo rispetto alla data di applicazione prevista. 2. Il contratto quadro può prevedere che la modifica delle condizioni contrattuali si ritiene accettata dall’utente a meno che questi non comunichi al prestatore dei servizi di pagamento, prima della data prevista per l’applicazione della modifica, che non intende accettarla. In questo caso, la comunicazione di cui al comma 1, contenente la proposta di modifica, specifica che in assenza di espresso rifiuto la proposta si intende accettata e che l’utente ha diritto di recedere senza spese prima della data prevista per l’applicazione della modifica. 3. Le modifiche dei tassi di interesse o di cambio possono essere applicate con effetto immediato e senza preavviso; tuttavia, se sono sfavorevoli per l’utente, è necessario che ciò sia previsto nel contratto quadro e che la modifica sia la conseguenza della variazione dei tassi di interesse o di cambio di riferimento convenuti nel contratto. L’utente è informato della modifica dei tassi di interesse nei casi e secondo le modalità stabilite dalla Banca d’Italia. 4. Le modifiche dei tassi di interesse o di cambio utilizzati nelle operazioni di pagamento sono applicate e calcolate in una forma neutra tale da non creare discriminazioni tra utilizzatori, secondo quanto stabilito dalla Banca d’Italia. 5. Restano ferme, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all’articolo 33, commi 3 e 4, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206”.

¹¹⁸ Sono quelle che abbiamo descritto in precedenza raggruppandole in sette categorie.

ritto di porre termine immediatamente al rapporto instaurato con la sottoscrizione del contratto quadro, senza oneri, prima dell'entrata in vigore della modifica.

Quanto alla variazione dei tassi d'interesse o di cambio, esse hanno efficacia immediata e non richiedono alcun preavviso se il diritto di modificare unilateralmente i tassi sia stato indicato nel contratto quadro e se le modifiche si basino sui tassi d'interesse o di cambio di riferimento determinati contrattualmente¹¹⁹; l'utente ha diritto di essere informato tempestivamente della modifica (*idem*, sostanzialmente, l'Italia).

Quanto alla disciplina del recesso, il Considerando n. (29) dichiara che "*per agevolare la mobilità dei clienti, i consumatori dovrebbero avere il diritto di rescindere un contratto quadro dopo la scadenza di un anno senza dover sostenere spese*". L'art. 45, poi, detta una serie di regole (prima tra tutte quella contenuta nel primo comma secondo cui "*i contratti quadro possono essere sciolti in qualsiasi momento dall'utente dei servizi di pagamento, salvo qualora sia stato convenuto contrattualmente un periodo di preavviso che non può essere superiore al mese*") che puntano a rendere possibile e non particolarmente oneroso lo scioglimento del contratto per l'utente, prevedendo poi, al suo ultimo comma, che gli Stati membri possono prevedere disposizioni più favorevoli per gli utenti dei servizi di pagamento. Nel t.u. l. banc., la materia è stata disciplinata all'art. 126-*septies* (intitolato "*Recesso*") in modo che rende ancor meno oneroso lo scioglimento del vincolo¹²⁰.

¹¹⁹ Essi sono quelli utilizzati come base per calcolare l'interesse da applicare o un cambio di valuta, provenienti da una fonte accessibile al pubblico e verificabili da entrambe le parti. Così, art. 1, nn. 18 e 20.

¹²⁰ L'art. 45 della Direttiva, infatti, prevede al suo 2° comma la recedibilità senza alcun costo solo dai contratti quadro conclusi "*per una durata superiore ai 12 mesi o per una durata indefinita*", dopo la scadenza di 12 mesi. In tutti gli altri casi, si prevede che "*le spese per lo scioglimento del contratto devono essere adeguate e in linea con i costi sostenuti*". Nel t.u. l.

La disciplina del momento contrattuale del servizio di pagamento prosegue nel Titolo IV, dedicato alla nascita del vincolo contrattuale, agli obblighi a esso connessi, e al regime della responsabilità.

Esso si presenta diviso in sei Capi: il primo, intitolato “*Disposizioni comuni*”; il secondo, “*Autorizzazione di operazioni di pagamento*”, il terzo “*Esecuzione di un’operazione di pagamento*”, il quarto “*Protezione dei dati*”, il quinto “*Procedure di reclamo e di ricorso extragiudiziali per la risoluzione delle controversie*”.

Per quanto ci interessa oggi – ossia tratteggiare le linee caratteristiche della disciplina della contrattazione bancaria – una selezione tra le numerose disposizioni è d’obbligo. A nostro avviso è necessario rilevare quanto segue:

Tutte le disposizioni contenute all’interno del Titolo IV sono inderogabili quando l’utente è un consumatore (e non anche una microimpresa) Quando, invece, l’utente non sia un consumatore (o una microimpresa, nel caso che lo Stato in questione si sia avvalso della facoltà appena menzionata), alcune di queste (gli artt. 52.1, 54.2, 59, 61, 62, 63, 66 e 75) potranno essere in tutto in parte consensualmente disapplicate;

In caso di esecuzione di un’operazione di pagamento non autorizzata o di esecuzione inesatta, il diritto alla richiesta di rimborso deve avvenire, a pena di decadenza, entro tredici mesi dalla data di addebito delle somme;

In deroga alla regola generale (art. 60) in forza della quale, in caso di esecuzione di un’operazione non autorizzata, spetta al prestatore del servizio

banc., invece, si prevede che “1. L’utente di servizi di pagamento ha sempre la facoltà di recedere dal contratto quadro senza penalità e senza spese di chiusura” (enfaticamente). L’articolo prosegue, poi, disponendo che “2. Il prestatore di servizi di pagamento può recedere da un contratto quadro a tempo indeterminato se ciò è previsto dal contratto e con un preavviso di almeno due mesi, secondo le modalità stabilite dalla Banca d’Italia. 3. In caso di recesso dal contratto dell’utente o del prestatore di servizi di pagamento, le spese per i servizi fatturate periodicamente sono dovute dall’utente solo in misura proporzionale per il periodo precedente al recesso; se pagate anticipatamente, esse sono rimborsate in maniera proporzionale”.

rimborsare senza indugio al pagatore l'importo dell'operazione di pagamento non autorizzata, è il pagatore che sopporterà, fino a concorrenza massima di € 150, la perdita relativa a operazioni di pagamento non autorizzate quando esse siano derivate dall'uso di uno strumento di pagamento smarrito o rubato o, se il pagatore non abbia conservato in condizioni di sicurezza le caratteristiche di sicurezza personalizzate, in caso di appropriazione indebita di uno strumento di pagamento (art. 61). Il Considerando n. (32) spiega che questa regola è stata fissata al fine di incoraggiare l'utente dei servizi di pagamento a notificare prontamente l'eventuale furto o perdita di uno strumento di pagamento e di ridurre il rischio di operazioni di pagamento non autorizzate;

Un particolare riconoscimento è dato all'aspettativa dei consumatori d'aver certezza sui tempi necessari per eseguire un ordine di pagamento. Ciò è realizzato, anzitutto, determinando il "*momento della ricezione di un ordine di pagamento*" (art. 64); l'intera Sezione II del Capo III, poi, si dedica alla disciplina dei *tempi di esecuzione e data valuta*, stabilendo che: a) il pagamento sia accreditato sul conto del prestatore di servizi di pagamento del beneficiario al più tardi entro la fine della giornata operativa successiva alla ricezione dell'ordine (art. 69). In caso di mancanza di conto di pagamento del beneficiario presso il prestatore di servizi di pagamento, i fondi andranno messi a disposizione del beneficiario entro lo stesso termine;

Quanto alla valuta, l'art. 73 dispone che: *i)* la data valuta dell'accredito sul conto di pagamento del beneficiario non sia successiva alla giornata operativa in cui l'importo dell'operazione di pagamento è accreditato sul conto del prestatore di servizi di pagamento del beneficiario, e *ii)* la data di valuta dell'addebito sul conto di pagamento del pagatore non preceda il momento in cui l'importo dell'operazione di pagamento viene addebitato su tale conto di pagamento.

Di grande importanza è, infine, il tema della responsabilità del prestatore di servizi di pagamento. Ciò che ha mosso il Parlamento e il Consiglio è la convinzione, contenuta nel Considerando n. (46), che *“il buon funzionamento e l’efficienza del sistema di pagamento dipende dal fatto che l’utente possa confidare che il prestatore di servizi di pagamento esegua l’operazione di pagamento in modo corretto ed entro i tempi stabiliti”*, osservando che è il prestatore, il soggetto in grado di valutare i rischi inerenti all’operazione di pagamento poiché è questi che gestisce il sistema di pagamento, adotta le disposizioni per richiamare i fondi erroneamente attribuiti o distribuiti e che decide in merito agli intermediari che partecipano all’esecuzione di un’operazione di pagamento. Queste ragioni rendono *“appropriato introdurre una disposizione di responsabilità del prestatore di servizi di pagamento, tranne in circostanze anormali e imprevedibili, rispetto all’esecuzione di un’operazione di pagamento che ha accettato di eseguire ...”*. La disciplina che segue queste considerazioni è molto articolata. Essa può essere riassunta in questi termini: a) in caso di ordine di pagamento disposto dal pagatore, il suo prestatore del servizio risponde nei suoi confronti della corretta esecuzione dell’operazione di pagamento se non dimostri – essendo suo il relativo onere probatorio – che il prestatore di servizi del beneficiario ha ricevuto l’importo dell’operazione di pagamento. In tal caso, il regime di responsabilità corre tra prestatore di servizi del beneficiario e beneficiario; b) in caso di operazione di pagamento disposta dal beneficiario, a rispondere della corretta trasmissione dell’ordine di pagamento al prestatore di servizi di pagamento del pagatore è il suo prestatore di servizi¹²¹. Il prestatore di

¹²¹ Ai sensi dell’art. 69.3, infatti, il prestatore di servizi di pagamento del beneficiario deve trasmettere un ordine di pagamento disposto dal beneficiario al prestatore di servizi di pagamento del pagatore *“entro i limiti di tempo convenuti tra il beneficiario e il suo prestatore di servizi di pagamento, in modo da consentire il regolamento, per quanto riguarda l’addebito diretto, alla data di scadenza convenuta”*.

servizi di pagamento del beneficiario è responsabile nei confronti del beneficiario del trattamento dell'operazione, così come dispone l'art. 73, ossia è responsabile della data di valuta dell'accredito (non successiva alla giornata operativa di accredito dell'importo sul conto del prestatore di servizi di pagamento del beneficiario) e della data di messa a disposizione dei fondi (che deve avvenire non appena il conto del prestatore di servizi del beneficiario è stato accreditato); c) in caso di non esecuzione o di esecuzione inesatta di un'operazione di pagamento per la quale il prestatore di servizi di pagamento del beneficiario non è responsabile, lo sarà il prestatore di servizi del pagatore, il quale dovrà tenere indenne il pagatore dell'importo dell'operazione di pagamento non eseguita o eseguita in modo inesatto; d) come norma di chiusura dell'art. 75 si prevede che i prestatori di servizi di pagamento sono altresì responsabili nei confronti dei rispettivi utenti di tutte le spese loro imputate e degli interessi che hanno dovuto sostenere in conseguenza dell'inadempimento; e) chiude le disposizioni contenute nel Capo l'art. 78, intitolato "*Esclusione della responsabilità*", in forza del quale la responsabilità per inadempimento viene meno in caso di "*circostanze esterne a chi le adduce, anormali e imprevedibili, le cui conseguenze non si sarebbero potute evitare nonostante ogni diligenza impiegata o nei casi in cui un prestatore di servizi di pagamento sia vincolato da altri obblighi di legge previsti dalla normativa nazionale o comunitaria*".

E' dunque evidente che in questa Direttiva, a differenza di quanto abbiamo visto accadere nella direttiva 93/13/CEE, né la banca né qualsiasi altro soggetto autorizzato a svolgere il servizio di pagamento beneficia di un trattamento normativo di favore quanto all'ambito contrattuale: la Direttiva 2007/64/CE è interamente incentrata sulla tutela – informativa, ma non solo – del beneficiario del servizio, senza distinguo alcuno.

8. In Gran Bretagna, ancora più che nell'Europa continentale, le banche appartengono generalmente a grandi gruppi finanziari per i quali l'attività di *banking*, in senso stretto, è solo una delle componenti dell'attività di gruppo.

La definizione di "*banking*" (o di *bankers*) più celebre in *common law* rest quella di Lord Denning MR, secondo il quale "*There are, therefore, two characteristics usually found in bankers today: (i) They accept money from, and collect cheques for, their customers and place them to their credit; (ii) They honour cheques or orders drawn on them by their customers when presented for payment and debit their customers accordingly. These two characteristics carry with them also a third, namely: (iii) They keep current accounts, or something of that nature, in their books in which the credits and debits are entered*"¹²². Tale definizione è, però, reputata (giustamente) insufficiente dalla migliore dottrina¹²³, che le preferisce quella di Isaacs J della Australian High Court, secondo la quale "*The essential characteristics of the business of banking are ... the collection of money by receiving deposits upon loan, repayable when and as expressly or impliedly agreed upon, and the utilization of the money so collected by lending it again in such sums as are required. These are the essential functions of a bank as an instrument of society*"¹²⁴.

Per quanto riguarda, ora, strettamente la Gran Bretagna, l'attività bancaria è una *regulated activity* ai sensi della S. 19 del *Financial Services and Market Act 2000* (FSMA 2000), ossia un'attività vigilata e soggetto ad autorizzazione preventiva.

Quanto ai profili più strettamente contrattuali, secondo il diritto inglese, per una banca, l'instaurazione di una relazione di clientela (*bank-customer rela-*

¹²² *United Dominions Trust Ltd. v Kirkwood* (1966) 2 QB 431 (CA).

¹²³ CRANSTON, *Principles of Banking Law*, Oxford University Press, 2002, 5.

¹²⁴ *Comrs. of the State Savings Bank of Victoria v Permewan, Wright & Co. Ltd.* (1915) 10 CLR 457, 470-1.

tionship) è fonte di particolari responsabilità, sia verso il cliente – *customer* - sia verso i terzi con i quali debba trattare su invito del cliente, come nel caso dei garanti. Originariamente, l'instaurazione di una relazione di "clientela" tra la banca e un determinato soggetto era fatta discendere dalla prosecuzione per un certo tempo di una relazione contrattuale¹²⁵, escludendosi, ad esempio, che "cliente" potesse essere considerato chi usasse una tessera bancomat altrui per prelevare denaro, magari non riuscendoci. Oggi, invece, si ritiene che la relazione di clientela nasca al momento dell'apertura di un *bank account*, ossia di un conto (generalmente, un conto corrente)¹²⁶, non essendo sufficiente che la banca abbia dati consulenza finanziaria¹²⁷ anche se, va precisato, ciò renda la banca un *financial adviser* e le imponga altri doveri.

Una volta instaurata tale relazione, il rapporto è disciplinato, in via principale, dalle previsioni contrattuali poste dalle parti. Nel diritto inglese, la cui matrice liberale e *market-oriented* è ben nota, la materia dei contratti bancari è, infatti, di regola demandata all'autonomia contrattuale e, quando è oggetto di disciplina, essa viene vista come una relazione tra debitore e creditore, non una fiduciaria (*trust*) o di mandato¹²⁸.

Se, dunque, il primato spetta alla volontà delle parti, nondimeno la relazione banca – cliente è incisa da altre fonti, come la *legislation* e i *codes of practice*, o *codes of conduct*.

¹²⁵ *Matthews v Williams, Brown & Co* (1894) 10 TLR 386.

¹²⁶ *Ladbroke & Co v Todd* (1914) 30 TLR 433; *Commissioners of Taxation v English, Scottish and Australian Bank Ltd* (1920) AC 683.

¹²⁷ *Woods v Martins Bank Ltd* (1959) 1 QB 55.

¹²⁸ *Foley v Hill* (1848) 2 HL Cas 28. Tale presa di posizione si rivelò cruciale poiché permise alle banche di considerare il denaro depositato dai clienti come proprio, restituibile su richiesta ma utilizzabile – *medio tempore* - senza limiti; ciononostante, nella stessa sentenza *Foley v Hill* si riconobbe la possibilità, in taluni casi, di ritenere che la banca agisca in qualità di *trustee* o di mandatario.

Quanto alla prima, la materia contrattuale bancaria (e non solo bancaria) è oggetto di applicazione dell'*Unfair Contract Terms Act 1977* e dell'*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999*, l'uno dalla portata generale, l'altro limitata ai consumatori; la materia del credito al consumo è disciplinata dal *Consumer Credit Act 1974*. A vantaggio dei consumatori vi è poi il *Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000* e il *Financial Services (Distance Marketing) Regulations 2004*. I profili cartolari del rapporto banca – cliente sono invece disciplinati dal *Bills of Exchange Act 1882* e il *Cheques Act 1957*. Infine, tutti i clienti che siano persona fisiche sono tutelati, quanto alla conservazione e la divulgazione dei dati personali, dal *Data Protection Act 1998*.

La fonte più efficace di protezione del cliente – *customer* - è data, però, dalle previsioni di appositi *codes of practice o codes of conduct* – ad esempio, il *Banking Code* di cui a breve -, ossia, sistemi disciplinari di tipo volontario i quali propongono principi, più o meno dettagliati, di *best practice*. L'applicazione di quelle previsioni non è dunque necessitata, ma lo diventa nel caso in cui la banca abbia aderito al *Code*. Le Corti, pur non essendone vincolate, usano tenere questi *Codes* in buona considerazione.

Partendo dal *Banking Code*, peraltro ora non più in vigore perché sostituito da altro *Code*, esso fu emanato e fatto oggetto di costante supervisione dal *Banking Code Standards Board*, e sponsorizzato dalla *Building Societies Association*, dalla *British Bankers' Association* e dall'*APACS* (l'associazione delle imprese fornitrici dei servizi di pagamento). Nel marzo 2002 vi è stato affiancato il *Business Banking Code*, che si applicò ai commercianti, alle società di persone e a quelle di capitali con fatturato annuo inferiore al milione di sterline, così come alle associazioni, alle istituzioni di beneficenza e ai circoli. L'incentivo all'introduzione di questi due Codici venne dalla Commissione Governativa nominata *ad hoc* per i servizi bancari, che aveva appoggiato la promulgazione di un

codice di fonte legislativa nel caso in cui le banche non si fossero attivate per introdurre un codice sufficientemente rispettoso degli interessi dei clienti.

Essi prevedevano l'obbligo per le banche di comportarsi correttamente e ragionevolmente nelle trattative con i clienti, di dare informazioni in linguaggio chiaro e comprensibile circa i servizi ed i prodotti offerti ai clienti e di fornire assistenza qualora tali informazioni non venissero comprese appieno; nonostante le raccomandazioni del Governo, però, non fu inserita una previsione che richieda che le clausole contrattuali siano eque.

I due codici regolavano questioni critiche e problematiche quali l'informazione che deve essere data ai clienti, lo *standard* minimo dei servizi ecc.. Per quanto essi non avessero valore di usi commerciali - e, quindi, non potessero rappresentare una base da cui ricavare clausole tacite di contratto -, la sensazione diffusa è che i Tribunali ne tenessero ugualmente conto.

Questi codici furono sottoposti a una revisione biennale, anche in un'ottica di venire incontro alle esigenze dei consumatori, i cui interessi furono tutelati dalla presenza di alcuni consiglieri indipendenti all'interno *Banking Code Standards Board*. La loro ultima edizione fu pubblicata nel marzo del 2008; furono poi ritirati – nel novembre del 2009 - quando il potere di vigilare sui servizi bancari passò alla *Financial Services Authority* e al *Lending Standards Board*. Essi furono rimpiazzati dal *Banking Conduct of Business Sourcebook and Payment Services Regulations 2009* (emanate dalla *Financial Services Authority*); e dal *Lending Code* (emanate dal *Lending Standards Board*).

Il *Banking Conduct of Business Sourcebook* (BCOBS) è entrato in vigore il 1° novembre 2009. E' diretto a disciplinare l'attività delle imprese che accettano depositi (l'accettazione di depositi è una delle *regulated activities*), per esempio, fornendo conti correnti. Contiene disposizioni e principi-guida in tema di informazione, pubblicità, pagamenti non autorizzati, recessi ecc. BCOBS si applica

alla citata attività nel limite in cui non interferisca con le previsioni del *Payment Services Regulations* (PSRs) relative ai servizi di pagamento.

Quanto al *Lending Code* – anch'esso, come già il *Banking Code*, un *voluntary code* - il suo scopo è la protezione dei prenditori di credito, siano essi consumatori, microimprese, *charity* – enti caritatevoli – quando abbiano entrate inferiori al milione di sterline. La protezione di questi soggetti è assicurata dalla fissazione di *standard* di buona condotta creditizia. Trova applicazione nel caso di finanziamenti, concessione di carte di credito, aperture di credito, mentre non si applica ai prestiti garantiti da ipoteca immobiliare e mira non solo a regolare il rapporto contrattuale in modo non squilibrato, ma anche a gestire in modo amichevole, quando possibile, le fasi di difficoltà finanziarie del prenditore di credito¹²⁹.

Un ruolo importante nell'*enforcement* del *Lending Code* l'ha il *Lending Standards Board*, che dal novembre del 2009 è subentrato al *Banking Code Standards Board*. Tra i suoi principali compiti vi rientrano la prestazione di consulenza a favore delle banche nell'opera d'interpretazione e applicazione delle disposizioni del *Lending Code*; il monitoraggio della sua efficienza, segnalando le difficoltà applicative; l'applicazione di sanzioni contro chi lo ha violato. Tra i propositi rileva quello di *lend money responsibly*. Il momento informativo riveste, intuibilmente, una grande importanza: si dispone che le informazioni debbano essere date "*at the right time, so you can make informed decisions*", e con

¹²⁹ Nella presentazione del *Lending Code* si sostiene che "*Lenders will act fairly and reasonably in all their dealings with you. They will make sure: • their advertising and promotional material is fair, clear and not misleading; • they give you clear information about their products and services – how they work, their terms and conditions and the interest rates and charges that apply to them; • they give you regular statements; • they tell you about changes to interest rates, charges or terms and conditions; • they lend money responsibly; • they deal quickly and sympathetically with things that go wrong; • they act sympathetically and positively when considering your financial difficulties; • your personal information is treated as private and confidential; and • their staff are trained to put the Lending Code into practice*".

"plain language and avoid using technical or legal language wherever possible".

In caso di concessione di apertura di credito (*overdraft facility*), al cliente dovrà essere chiaramente spiegato, tra l'altro, cosa significa dover restituire, a semplice richiesta, le somme eccedenti il fido; in caso di concessione di una carta di credito, come reagire efficacemente contro un addebito non autorizzato.

S'intuisce immediatamente che il *Code* s'ispira fortemente alle normative protettive, e che affronta il problema dei rapporti creditizi essendo consapevole dell'esigenza di riequilibrare una dinamica fortemente viziata dall'asimmetria tra le due parti.

Va ricordato, infine, il ruolo del *Financial Services Ombudsman Service*, la cui finalità – simile a quella del nostro Ombudsman bancario - è quella di offrire meccanismi di risoluzione delle controversie che siano accessibili, veloci e non costosi. Questo servizio raccoglie i reclami dei clienti individuali e delle piccole società, e emette una decisione che è vincolante per la banca ma per il cliente, che può sempre ricorrere alla tutela giudiziale. Le fonti delle decisioni sono l'equità e la ragionevolezza in concreto.

Infine, se, da un lato, i contratti bancari, al pari di ogni altro contratto, vincolano la controparte della banca indipendentemente dal fatto che ne siano state lette (e comprese) le condizioni, nondimeno partecipano anche delle forme d'impugnative, o di eccezione, di carattere generale, e in particolare della *fraudulent o negligent misrepresentation*¹³⁰; dell'*undue influence*¹³¹; della *du-*

¹³⁰ Si tratta dell'inganno causato dalla falsa rappresentazione della realtà fatta dalla controparte contrattuale.

¹³¹ La *undue influence* – prevalenza abusiva: così CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 1990, 267 - è una categoria di vizio del consenso determinato dalla pressione di un soggetto che esercita un'influenza indebita sulla controparte contrattuale senza incorrere nella violenza (*duress*: v. a breve). Si distingue un'*undue influence reale* da una *presunta*. La prima richiede la prova, da parte di chi invoca la tutela, che è stata esercitata un'eccessiva pressione psicologica; la seconda sussiste quando esiste un legame, un rapporto di confidenza o di fiducia, o un rapporto di parentela, tra chi la pone in essere e chi la subisce; in questo caso, si

ress¹³²; dell'*unconscionability*¹³³, del *non est factum*¹³⁴; e, infine, dell'ordinario difetto di capacità.

inverte l'onere della prova rispetto a quella reale, poiché la "vittima" deve solo provare l'esistenza di tale legame, e l'esercizio di una *undue influence* viene automaticamente presunto, gravando di conseguenza sull'altra parte l'onere di dimostrare che non ha approfittato dell'influenza - volontariamente o meno - esercitata su chi ha firmato il contratto. Nel caso di influenza presunta, l'unico modo di superare tale presunzione è dimostrare che la persona ha deciso liberamente di firmare il contratto, e non è sufficiente dare la prova di un comportamento corretto; la presunzione viene normalmente superata dando prova del fatto che la persona ha concluso il contratto dopo aver ricevuto informazioni dettagliate circa la natura e gli effetti di esso da un terzo soggetto estraneo, imparziale e qualificato (di solito, un consulente legale). Per quanto riguarda il rapporto tra banca e cliente, pur essendo possibile che la prima (perpetrata tramite chi *ha trattato* con il cliente) eserciti un'*undue influence* sul secondo, non è di scontata evidenza che si possa frequentemente configurare un caso di *undue influence*; in realtà, questo vizio della volontà che inficia la validità del contratto si può ritrovare anche in un rapporto trilaterale: una persona, sotto l'influenza esercitata da un'altra a lei vicina, conclude un contratto con un terzo soggetto che, pur essendo rimasto estraneo alla fase "viziata" di formazione del consenso, di fatto vede annullato il contratto; l'esempio - forse più scontato - in tema di contratti bancari è quello del marito che persuade la moglie, intestataria della casa di famiglia, a dare l'immobile in garanzia per garantire il prestito acceso dal coniuge per supportare la propria attività commerciale. Poggia sulla *undue influence* la più importante sentenza degli ultimi anni in materia bancaria, *Royal Bank of Scotland vs. Etridge House of Lords* 2001: ove ricorra una di quelle ipotesi in cui è astrattamente possibile che il garante di un prestito bancario sia stato fuorviato da un'*undue influence*, la banca deve - prima di accettare la garanzia - assicurarsi che questi abbia ricevuto un'adeguata informazione circa la natura e gli effetti dell'obbligazione che pone in essere da un *legal advisor* indipendente o, in difetto, spingere il garante a consultarsi con un legale; solo così potrà scongiurare il pericolo che successivamente il garante tenti di annullare il contratto invocando la tutela contro la *undue influence*. Essendo la tutela contro l'*undue influence* un rimedio di *equity*, spetta al Tribunale adito decidere quali conseguenze far derivare in concreto, mancando un rimedio predeterminato.

¹³² Un vizio avvicicabile alla nostra violenza morale. Negli ultimi anni si è fatta però strada una seconda forma di *duress*, la *economic* (o *commercial*) *duress*, che si sostanzia nell'esercizio di una pressione (specie di tipo "commerciale") da parte del soggetto economicamente più forte su quello più debole, tanto da privare quest'ultimo della possibilità di esprimere (o negare) liberamente il proprio consenso, con il risultato di condurla ad un accordo iniquo.

¹³³ E' un rimedio sorto in ambito statunitense che non risulta essersi ancora particolarmente affermato nel sistema inglese. Si fonda sulla *substantive unfairness* e sull'approfittamento dello stato di debolezza. Il confine con la *undue influence* è molto stretto.

¹³⁴ Questa eccezione si applica ai contratti conclusi per iscritto; ricorre un caso di *non est factum* quando la parte più debole del rapporto contrattuale sottoscrive un impegno senza comprenderne la natura a causa del comportamento ingannevole della controparte; in quest'ipotesi, ove la parte che invoca la tutela provi che il documento incorpora un contratto totalmente differente da quello rappresentato dall'altra parte al momento della firma e che

8.1. In Francia la materia delle operazioni bancarie è disciplinata al Titolo I del Libro III del *Code monétaire et financier* (CMF), promulgato nel 2000¹³⁵ e modificato, nel tempo, più volte.

Le operazioni bancarie (*opérations de banque*) sono definite all'art. L 311-1 del CMF, ai sensi del quale "*Les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement*". Con tale disposizione, pertanto, il legislatore ha indicato tre tipologie di operazioni bancarie, quali attività riservate professionalmente alle banche¹³⁶: la raccolta di fondi presso il pubblico, le operazioni di credito ed i servizi bancari di pagamento.

L'attività di raccolta di fondi presso il pubblico non ha una propria definizione legislativa: l'art. L 312-2 del CMF, infatti, definisce i fondi che costituiscono l'oggetto della raccolta e non la raccolta stessa; tale disposizione, in particolare, definisce raccolti presso il pubblico quei fondi che un soggetto raccoglie presso un terzo, generalmente sotto forma di deposito, con il diritto di disporre per proprio conto ma con l'obbligo della loro restituzione¹³⁷. Dalla definizione di fondi raccolti presso il pubblico sono esclusi sia i versamenti effettuati dai soci di una società su un conto corrente dei soci, sia le somme detenute da un'impresa

non c'è stata negligenza da parte sua nell'apportare la propria sottoscrizione, il contratto è radicalmente nullo.

¹³⁵ Ord. n. 2000-1233, 14 déc. 2000, relativa alla promulgazione della parte legislativa del *Code monétaire et financier* e D. n. 2005-1007, 2 août 2005, relativo alla promulgazione della parte regolamentare del medesimo *Code*.

¹³⁶ La riserva in favore delle banche dell'esercizio professionale di tali attività la si evince dall'art. L 511-1 del CMF, il quale stabilisce che "*les établissements de crédit sont des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque au sens de l'article L 311-1*" (con la successiva precisazione che "*Ils peuvent aussi effectuer des opérations connexes à leurs activités, au sens de l'article L 311-2*"); riserva rafforzata dall'art. L 571-3 del CMF, il quale sanziona penalmente l'esercizio illegale di attività bancaria da parte di soggetti diversi dagli *établissements de crédit*.

¹³⁷ Cfr. art. L 312-2, primo comma, del CMF secondo cui "*Sont considérés comme fonds reçus du public les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge pour elle de les restituer.*"

per conto dei propri dipendenti¹³⁸, ipotesi per le quali sembra assente l'elemento del pubblico¹³⁹.

La definizione appena ricordata non specifica, tuttavia, quali siano le operazioni contrattuali attraverso le quali si svolge la raccolta di fondi presso il pubblico, salvo far menzione dell'ipotesi più frequente, rappresentata dal deposito; la fattispecie da ultimo richiamata sembra differire da quella generale del deposito disciplinato dal *Code civil*¹⁴⁰, non fosse altro per la previsione relativa alla facoltà, in capo al depositario, di disporre liberamente dei fondi depositati¹⁴¹.

Nell'ambito delle operazioni di raccolta, poi, il CMF disciplina alcuni aspetti della tutela del cliente della banca, tra cui il diritto ad avere un conto corrente, tale deve intendersi il *compte de dépôt* (art. L 312-1 del CMF), la disciplina delle relazioni tra banche e cliente, riferita espressamente al *compte de dépôt* (artt. L

¹³⁸ Cfr. art. L 312-2, secondo comma, del CMF secondo cui "Toutefois, ne sont pas considérés comme fonds reçus du public: 1. Les fonds reçus ou laissés en compte par les associés en nom ou les commanditaires d'une société de personnes, les associés ou actionnaires détenant au moins 5 % du capital social, les administrateurs, les membres du directoire et du conseil de surveillance ou les gérants ainsi que les fonds provenant de prêts participatifs; 2. Les fonds qu'une entreprise reçoit de ses salariés sous réserve que leur montant n'excède pas 10 % de ses capitaux propres. Pour l'appréciation de ce seuil, il n'est pas tenu compte des fonds reçus des salariés en vertu de dispositions législatives particulière".

¹³⁹ A riguardo, sembra potersi affermare che il pubblico cui fa riferimento la disposizione sia formato dai terzi dalla stessa evocati, vale a dire da soggetti per i quali non sussista uno stretto collegamento con il soggetto che raccoglie i fondi: ipotesi, quella dello stretto collegamento, che rende non necessaria l'intermediazione della banca, com'è appunto nei casi di cui all'art. L 312-2 del CMF.

¹⁴⁰ La nozione di deposito è contenuta nell'art. 1914 del Code Civil, secondo cui "Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature"; in relazione a tale fattispecie l'art. 1932, 1° co., del Code Civil, stabilisce – con previsione che si riferisce, all'evidenza, ad ipotesi diverse dal denaro - che "Le dépositaire doit rendre identiquement la chose même qu'il a reçue".

¹⁴¹ La previsione di cui all'art. L 312-2, primo comma, del CMF, secondo cui, come si è detto, si tratta di depositi "...avec le droit d'en disposer pour son propre compte" si contrappone a quella di cui all'art. 1930 del Code Civil, riferita al depositario, secondo cui "Il ne peut se servir de la chose déposée sans la permission expresse ou présumée du déposant".

312-1-1 e L 312-1-2 del CMF) e la garanzia in favore dei depositanti (artt. L 312-4 – L 312-18).

Le operazioni di credito sono, invece, definite dall'art. L 313-1 del CMF, secondo cui costituiscono operazioni di credito quegli atti in forza dei quali una persona, agendo a titolo oneroso, mette o promette di mettere a disposizione di un'altra persona dei fondi o prende, nell'interesse della stessa, un impegno di firma come un avallo, una cauzione o una garanzia¹⁴².

Nell'ambito delle operazioni di credito sono ricomprese tutte le forme di trasferimento di fondi, a prescindere dalla loro durata – sia essa determinata o indeterminata – e dallo strumento giuridico utilizzato: sono generalmente compresi il prestito di denaro, regolato dal *Code Civil*¹⁴³, l'apertura di credito, lo sconto e le altre forme di smobilizzo dei crediti quali il *factoring* (denominato *affacturage* e regolato, solo in termini generali, dalla Convenzione di Ottawa del 28 maggio 1988, approvata in Francia con l. 10 luglio 1991¹⁴⁴) e la cessione di crediti professionali a mezzo *Bordereau Dailly* (istituita dalla l. 2 gennaio 1981 e regolata dagli artt. L 313-23 e seguenti del CMF). Inoltre, come si diceva, tra le operazioni di credito sono ricomprese le operazioni di rilascio del credito di firma (che comprendono, oltre che gli avalli, le cauzioni o le garanzie - ipotesi

¹⁴² Cfr. art. L 313-1, 1° co., del CMF, ai sensi del quale "Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie".

¹⁴³ Si tratta del prêt de consommation che l'art. 1892 del Code Civil definisce come "un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité"; regole particolari valgono nel caso, qui di rilievo, in cui il prêt de consommation sia un prêt à l'intérêt, vale a dire nel caso in cui esso abbia ad oggetto del denaro (oltre che derrate o altre cose mobili) e sia previsto il pagamento degli interessi: in tale caso il Code Civil disciplina il pagamento degli interessi non stipulati (art. 1906), la pattuizione di interessi in misura diversa da quella legale (art. 1907), l'efficacia liberatoria della quietanza sul capitale (art. 1908).

¹⁴⁴ Come sopra specificato, la Convenzione di Ottawa ha disciplinato il leasing solo in termini generali in quanto non ha introdotto una specifica disciplina di diritto interno; in ogni caso, per la disciplina di tale fattispecie valgono le regole generali del Code Civil.

menzionate dal testo - anche le garanzie a prima richiesta, il credito documentario e le garanzie sul credito).

L'art. L 313-1 CMB assimila alle operazioni di credito quelle di *crédit bail* (corrispondenti al *leasing*) disciplinate dal successivo art. L 313-7 CMB e, più in generale, tutte le operazioni di locazione combinate ad un'operazione di acquisto¹⁴⁵.

Alla definizione di operazioni di credito il legislatore del CMB fa seguire alcune disposizioni generali relative alla disciplina del tasso d'interesse legale, effettivo globale e d'usura (artt. L 313-2 – 313-5-2) e del *Fichier des incidents de paiement caractérisés*, l'archivio dei mancati pagamenti (art. L 313-6); quindi, disciplina il *crédit bail*, di cui si è detto, i crediti alle imprese (comprensivi dei *crédit d'exploitation*, dei prestiti partecipativi e delle garanzie ai crediti delle imprese individuali: artt. L. 313-12 – 313-22-1), nonché le procedure di smobilizzo dei crediti professionali (artt. L 313-23 – 313-51).

Quanto al credito al consumo, la relativa disciplina è contenuta nel Titolo I del Libro III del *Code de la consommation*, promulgato nel 2001¹⁴⁶ e più volte modificato.

I servizi di pagamento, infine, non sono stati definiti dal CMF, ma sono stati individuati attraverso l'elencazione contenuta nell'art. L314-1¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Cfr. l'art. L 313-1, 2° co., del CMF, ai sensi del quale "Sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail, et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat".

¹⁴⁶ Ord. 2001-767, 23 août 2001.

¹⁴⁷ L'art. L 314-1, dopo aver dato la nozione di *compte de paiement*, come quel conto detenuto a nome di una o più persone, utilizzato al fine dell'esecuzione di operazioni di pagamento, definisce, al suo secondo comma, servizi di pagamento "1° Les services permettant le versement d'espèces sur un compte de paiement et les opérations de gestion d'un compte de paiement; 2° Les services permettant le retrait d'espèces sur un compte de paiement et les opérations de gestion d'un compte de paiement; 3° L'exécution des opérations de paiement suivantes associées à un compte de paiement: a) Les prélèvements, y compris les prélèvements autorisés unitairement; b) Les opérations de paiement effectuées avec une carte de paiement ou un dispositif similaire; c) Les virements, y compris les ordres permanents; 4° L'exécution des opérations de

8.2 La materia contrattuale bancaria è disciplinata, a livello generale, sia nel BGB, *Bürgerliches Gesetzbuch*, sia nel KWG, il *Gesetz über das Kreditwesen*. Quest’ultimo propone, al suo § 1¹⁴⁸, una definizione del concetto di “istituto di credito” - *Kreditinstitute* – e una elencazione dei contratti dell’impresa bancaria – *Bankgeschäfte* -. Istituti di credito sono considerati quelle imprese che svolgono professionalmente l’attività bancaria. Contratti bancari sono considerati

paiement suivantes associées à une ouverture de crédit: a) Les prélèvements, y compris les prélèvements autorisés unitairement; b) Les opérations de paiement effectuées avec une carte de paiement ou un dispositif similaire; c) Les virements, y compris les ordres permanents; 5° L’émission d’instruments de paiement et/ou l’acquisition d’ordres de paiement; 6° Les services de transmission de fonds; 7° L’exécution d’opérations de paiement, lorsque le consentement du payeur est donné au moyen de tout dispositif de télécommunication, numérique ou informatique et que le paiement est adressé à l’opérateur du système ou du réseau de télécommunication ou informatique, agissant uniquement en qualité d’intermédiaire entre l’utilisateur de services de paiement et le fournisseur de biens ou services”. Il 3° co. della medesima disposizione esclude che possano essere considerati servizi di pagamento “1° La réalisation d’opérations fondées sur l’un des documents suivants, tiré sur le prestataire de services de paiement en vue de mettre des fonds à la disposition du bénéficiaire: a) Un titre de service sur support papier; b) Un chèque de voyage sur support papier; c) Un mandat postal sur support papier tel que défini par l’Union postale universelle; 2° La réalisation des opérations de paiement liées au service d’actifs et de titres, notamment celles réalisées sur un compte sur livret, sur un compte mentionné au titre II du livre II, sur un compte à terme ou sur un compte-titre mentionné au chapitre Ier du titre 1er du livre II ainsi que sur un compte espèces qui lui est spécifiquement associé”.

¹⁴⁸ §. 1 *Begriffsbestimmungen KWG. “Kreditinstitute sind Unternehmen, die Bankgeschäfte gewerbsmäßig oder in einem Umfang betreiben, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. 2 Bankgeschäfte sind 1. die Annahme fremder Gelder als Einlagen oder anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums, sofern der Rückzahlungsanspruch nicht in Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen verbrieft wird, ohne Rücksicht darauf, ob Zinsen vergütet werden (Einlagengeschäft), 1a. die in § 1 Abs. 1 Satz 2 des Pfandbriefgesetzes bezeichneten Geschäfte (Pfandbriefgeschäft), 2. die Gewährung von Gelddarlehen und Akzeptkrediten (Kreditgeschäft), 3. der Ankauf von Wechseln und Schecks (Diskontgeschäft), 4. die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten im eigenen Namen für fremde Rechnung (Finanzkommissionsgeschäft), 5. die Verwahrung und die Verwaltung von Wertpapieren für andere (Depotgeschäft), 6. (aufgehoben), 7. die Eingehung der Verpflichtung, zuvor veräußerte Darlehensforderungen vor Fälligkeit zurückzuerwerben, 8. die Übernahme von Bürgschaften, Garantien und sonstigen Gewährleistungen für andere (Garantiegeschäft), 9. die Durchführung des bargeldlosen Scheckeinzugs (Scheckeinzugsgeschäft), des Wechseleinzugs (Wechseleinzugsgeschäft) und die Ausgabe von Reiseschecks (Reisescheckgeschäft). 10. die Übernahme von Finanzinstrumenten für eigenes Risiko zur Plazierung oder die Übernahme gleichwertiger Garantien (Emissionsgeschäft), 11. (aufgehoben), 12. die Tätigkeit als zentraler Kontrahent im Sinne von Absatz 31.”*

quelli tradizionali di raccolta del risparmio tra il pubblico, di esercizio del credito, di sconto, di intermediazione finanziaria, di custodia di titoli, di concessione di garanzie, di pagamento, anche in forma elettronica, e di gestione di sistemi e servizi di pagamento.

Negli articoli seguenti del KWG la materia bancaria – intesa come impresa bancaria, vigilanza sulla banca e, marginalmente, anche operazioni bancarie – è analiticamente disciplinata. Di rilievo, per quanto interessa in questa sede, i §§ 13 e seguenti sulla concessione di credito.

I profili negoziali della materia trovano però una più puntuale disciplina nel BGB, la materia bancaria è trattata nel sottotitolo 2 del libro dedicato ai rapporti obbligatori, intitolato “Contratto di gestione dell’affare”.

I primi tre articoli di quel sottotitolo, che formano il capitolo 1 di questo sottotitolo, intitolato “Parte generale”, prevedono infatti alcune disposizioni applicabili ai contratti di gestione dell’affare, a tutela del soggetto che affida ad altri la gestione di un proprio affare. E nella categoria del contratto di gestione d’affare si fanno rientrare anche i contratti conclusi tra cliente e banca: prova ne sia, anzitutto, il fatto che i capitoli successivi sono dedicati al contratto di bonifico (*Überweisungvertrag*), al contratto di pagamento (*Zahlungvertrag*) e al contratto di conto corrente (*Girovertrag*).

Così come abbiamo appena visto per il diritto inglese, anche nel diritto tedesco il rapporto che intercorre tra banca e cliente viene ricondotto nella fattispecie del mandato; infatti, il § 675 (rubricato *Entgeltliche Geschäftsbesorgung*, Gestione dell’affare onerosa) richiama espressamente alcune norme sul mandato contenute nei paragrafi precedenti, stabilendo che sono applicabili ad un contratto d’opera o di servizio che abbia ad oggetto una gestione dell’affare le disposizioni relative a: a) obbligo (in capo al mandatario che sia pubblicamente incaricato o si sia pubblicamente offerto di curare determinati affari) di dare

tempestivo avviso al mandante in caso di rifiuto del mandato conferitogli; *b*) scostamento dalle istruzioni ricevute (che è legittimo solo ove lo stesso mandante, venuto a conoscenza delle circostanze, avrebbe agito allo stesso modo); *c*) obbligo di informazione e di rendiconto; *d*) obbligo di consegna; *e*) produzione di interessi sulle somme impiegate; *f*) obbligo di anticipazione in capo al mandante che, ove richiesto, deve fornire al mandatario i mezzi per l'esecuzione del mandato; *g*) rimborso delle spese al mandatario che ha dovuto anticiparle per eseguire il mandato ricevuto; *h*) morte o incapacità di agire del mandante; *i*) morte del mandatario; *l*) finzione di proroga a favore del mandatario. Inoltre, lo stesso § 675 prevede che se al mandatario – nel nostro caso, la banca – spetta il diritto di dare disdetta senza l'osservanza di un termine di preavviso, allora sono applicabili anche le disposizioni contenute nel § 671 (*Widerruf; Kündigung*, revoca; disdetta), comma 2, il quale prevede che il mandatario può disdire soltanto in modo tale che il mandante possa provvedere diversamente alla gestione dell'affare, a meno che sussista una giusta causa per la disdetta improvvisa; in caso di disdetta improvvisa senza giusta causa il mandatario deve rispondere dei danni eventualmente causati al mandante.

Dopo aver richiamato le norme sul mandato applicabili anche alla gestione onerosa dell'affare, il § 675 continua stabilendo che chi impartisce un consiglio o una raccomandazione è obbligato al risarcimento dei danni solo ove vi sia un rapporto contrattuale sottostante, o un atto illecito o una specifica disposizione di legge: è di scontata evidenza che una siffatta previsione – che, proprio in ragione della genericità della sua formulazione, diventa applicabile in molti contratti conclusi tra un istituto di credito e i suoi clienti - ha molteplici riflessi sotto il profilo della responsabilità di una banca che gestisca i risparmi dei propri clienti, specie – ma non solo – per quanto riguarda i contratti di intermediazione

finanziaria, dove gli addetti della banca giocano spesso un ruolo fondamentale nel raccomandare al cliente un tipo di investimento o di prodotto finanziario.

Il paragrafo immediatamente successivo, il § 675a, intitolato *Informationspflichten*, obblighi di informazione¹⁴⁹, prevede in modo capillare quali informazioni debbano necessariamente essere messe a disposizione da parte di chi sia pubblicamente incaricato o si sia pubblicamente offerto di provvedere alla gestione di un affare. Anzitutto, è previsto che debbano essere messe a disposizione per iscritto – se del caso anche in formato elettronico – informazioni gratuite sui corrispettivi e sugli oneri della gestione dell'affare per le tipologie standardizzate di affare che ricorrono con regolarità (negozi standard) se i corrispettivi non siano determinati da altre disposizioni di legge; il paragrafo

149 § 675a Informationspflichten “ (1) Wer zur Besorgung Geschäften öffentlich bestellt ist oder sich dazu öffentlich erboten hat, stellt für regelmäßig anfallende standardisierte Geschäftsvorgänge (Standardgeschäfte) schriftlich, in geeigneten Fällen auch elektronisch, unentgeltlich Informationen über Entgelte und Auslagen der Geschäftsbesorgung zur Verfügung, soweit nicht eine Preisfestsetzung nach § 315 erfolgt oder die Entgelte und Auslagen gesetzlich verbindlich geregelt sind. Kreditinstitute (§ 1 Abs. 1 des Gesetzes über das Kreditwesen) haben zusätzlich Informationen über Ausführungsfristen, Wertstellungszeitpunkte, Referenzkurse von Überweisungen und weitere in der Verordnung nach Artikel 239 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche bestimmte Einzelheiten in der dort vorgesehenen Form zur Verfügung zu stellen; dies gilt nicht für Überweisungen der in § 676c Abs. 3 bezeichneten Art. (2) Im Sinne dieses Titels stehen Kreditinstituten gleich: 1. die Deutsche Bundesbank; 2. andere Unternehmen, die gewerbsmäßig Überweisungen ausführen, und 3. inländische Zweigstellen von Kreditinstituten und anderen Unternehmen mit Sitz im Ausland, die gewerbsmäßig Überweisungen ausführen”. § 675a Obblighi di informazione Chi è incaricato pubblicamente della gestione dell'affare o si è pubblicamente offerto di provvedervi, mette a disposizione per iscritto, se del caso anche in forma elettronica, informazioni gratuite sui corrispettivi e sugli oneri della gestione dell'affare per le tipologie standardizzate di affare che ricorrono con regolarità (negozi standard), a meno che il prezzo non sia determinato ai sensi del § 315 ovvero i corrispettivi e gli oneri non siano disciplinati inderogabilmente dalla legge. Gli istituti di credito (§ 1 comma 1 della legge sul sistema di credito) devono mettere a disposizione ulteriori informazioni sui termini di esecuzione, le date di valuta, i tassi di cambio di riferimento e sugli altri elementi previsti dal regolamento di cui all'articolo 239 delle disposizioni preliminari al codice civile, nella forma ivi prescritta; ciò non vale per i bonifici del tipo previsto dal § 676c comma 3. Ai sensi di questo titolo sono equiparate agli istituti di credito: 1. la Deutsche Bundesbank; 2. le altre imprese, che eseguono bonifici professionalmente, e 3. le filiali interne di istituti di credito e di altre imprese aventi sede all'estero, che eseguono bonifici professionalmente.

fo, poi, continua con delle disposizioni *ad hoc* per gli istituti di credito, stabilendo che questi devono mettere a disposizione ulteriori informazioni sui termini di esecuzione, le date di valuta, i tassi di cambio di riferimento e sugli altri elementi previsti dal regolamento di cui all'art. 239 delle disposizioni preliminari al codice civile; infine, viene anche data una definizione degli istituti di credito: l'ultimo del paragrafo § 675a, infatti, stabilisce che sono equiparate agli istituti di credito, oltre alla *Deutsche Bundesbank*, le altre imprese, che eseguono bonifici professionalmente, e le filiali interne di istituti di credito e di altre imprese aventi sede all'estero, che eseguono bonifici professionalmente.

Gli elementi dei contratti bancari che devono essere pubblicizzati sono sostanzialmente gli stessi che devono essere resi noti secondo la legge italiana. Rispetto al t. u. l. banc., il BGB ha un minor grado di precisione sulle forme di pubblicità, dato che è previsto solamente che essa debba essere fatta per iscritto, eventualmente anche in formato elettronico.

Il § 676 (*Kündigung von Übertragungsverträgen*, disdetta dei contratti di trasferimento), poi, detta alcune disposizioni in materia di disdetta dei contratti di trasferimento, prevedendo che – nei contratti di gestione dell'affare aventi ad oggetto la disposizione ulteriore di titoli di credito o di diritti alla consegna di titoli di credito mediante annotazione o in altro modo (contratto di trasferimento) – la disdetta debba essere comunicata all'impresa depositaria dell'avente causa in tempo utile, secondo la diligenza richiesta, affinché se ne possa tener conto prima dell'annotazione sul conto dell'avente causa: anche qui, emerge la volontà del legislatore tedesco di tutelare i clienti delle banche attraverso l'imposizione di un dovere di informazione teso a salvaguardare la posizione del cliente (pur, in ipotesi, "meritevole" di subire lo scioglimento del rapporto) e, ancor più, teso a ridurre le conseguenze negative (lo ripetiamo: pur

se lecitamente poste in essere) derivanti dal programmato scioglimento del rapporto.

Il capitolo 2 del sottotitolo 2 che stiamo esaminando è dedicato al contratto di bonifico (*Überweisungvertrag*). Il paragrafo § 676a esordisce dando una definizione del contratto di bonifico come quel contratto mediante il quale un istituto di credito (incaricato) si obbliga nei confronti di chi dispone il bonifico (ordinante) ad accreditare una determinata somma di denaro sul conto del beneficiario presso l'istituto di credito incaricato, nonché a comunicare informazioni sulla persona dell'ordinante e, se è usuale, sullo scopo di impiego della somma accreditata. Per agevolare il cliente della banca, l'ultimo periodo del primo comma del paragrafo in esame prevede la possibilità per l'ordinante di mettere a disposizione dell'istituto di credito la somma da trasferire anche in contanti, *se così è stato convenuto*. In questo modo, la legge tedesca "slega" il bonifico dall'esistenza di un contratto di conto corrente.

Il secondo comma del paragrafo § 676a regola i termini di esecuzione del contratto, stabilendo, in via generale, che i bonifici debbano andare a buon fine "*baldmöglichst*", non appena possibile"; inoltre, vengono stabiliti termini specifici a seconda del tipo di bonifico da eseguire, salva la facoltà per le parti di stabilire termini di esecuzione diversi. Il *dies a quo* è fissato nel giorno in cui il nome del beneficiario, il suo numero di conto, il suo istituto di credito e le altre informazioni necessarie per l'esecuzione pervengono alla banca, posto che sussista una disponibilità o un credito sufficiente per l'esecuzione del bonifico stesso. Sempre in un'ottica di tutela del cliente, il terzo comma stabilisce che la disdetta del contratto di bonifico possa essere data dall'istituto di credito prima che inizi a decorrere il termine per l'esecuzione (cioè, prima che la banca sia posta in grado di eseguire il contratto avendo ricevuto tutte le informazioni necessarie); dal momento in cui inizia a decorrere il termine per l'esecuzione, la

disdetta può essere data solo se è stata aperta la procedura di insolvenza (*Insolvenzfahren*) sul patrimonio dell'ordinante ovvero se è stato revocato il credito necessario per l'esecuzione del bonifico.

Il comma quarto del paragrafo 676a - specularmente al comma terzo – prevede la facoltà per l'ordinante di recedere dal contratto, il quale può dare disdetta in qualsiasi momento, se il termine per l'esecuzione non è ancora iniziato a decorrere; dopo l'inizio del decorso del termine, invece, la disdetta è possibile soltanto se è comunicata all'istituto di credito del beneficiario prima del momento in cui essa abbia definitivamente accreditato sul conto del beneficiario stesso l'importo del bonifico. L'istituto di credito incaricato deve senza indugio informare della disdetta l'istituto di credito del beneficiario.

Il paragrafo § 676b, rubricato "*Haftung für verspätete Ausführung, Geld-zurück-Garantie*" (Responsabilità per l'esecuzione tardiva, garanzia di restituzione del denaro) stabilisce che la banca è responsabile per il ritardo nell'esecuzione del bonifico e che deve pertanto corrispondere all'ordinante gli interessi sull'importo del bonifico per i giorni di ritardo (tranne nelle ipotesi in cui il ritardo sia imputabile all'ordinante o al beneficiario), interessi da calcolarsi in misura del tasso legale aumentato di cinque punti percentuali. Il terzo comma di questo paragrafo prevede inoltre una sorta di "garanzia" per l'ipotesi in cui il bonifico non vada a buon fine entro il termine di esecuzione ovvero entro quattordici giorni lavorativi bancari dalla successiva domanda di rimborso dell'ordinante, stabilendo che in tali casi l'ordinante possa pretendere che l'importo del bonifico gli sia rimborsato (oltre compensi, oneri e interessi) fino a un importo massimo di poco superiore a diecimila euro. La domanda di rimborso vale quale disdetta del contratto di bonifico. La garanzia non opera ove la mancata esecuzione sia dipesa da errori o omissioni nelle direttive impartite dall'ordinante, o perché un istituto di credito intermediario espressamente scel-

to dall'ordinante non abbia eseguito il bonifico (in questo caso, sarà l'istituto intermediario a rispondere dei danni nei confronti dell'ordinante); non opera, infine, se l'inesatta esecuzione sia dipesa da cause di forza maggiore.

Il paragrafo 676c *Verschuldensunabhängige Haftung, sonstige Ansprüche* (Responsabilità senza colpa, ulteriori pretese), poi, specifica che le pretese derivanti dal paragrafo precedente non presuppongono un comportamento colposo; l'ordinante, infatti, può avanzare ulteriori pretese derivanti da un comportamento colposo dell'istituto di credito o da un arricchimento senza causa.

Il capitolo 3 del sottotitolo 2 è dedicato al "contratto di pagamento" (*Zahlungsvertrag*), e si compone di due articoli: il § 676d *Vertragstypische Pflichten beim Zahlungsvertrag* (Obblighi contrattuali tipici derivanti dal contratto di pagamento) e il § 676e *Ausgleichansprüche* (Pretese di conguaglio). S'intende per contratto di pagamento quello in forza del quale un istituto di credito intermediario si obbliga verso un altro istituto di credito, nell'ambito dei rapporti correnti di bonifico, a ritrasferire l'importo di un altro bonifico a un istituto di credito ulteriore o all'istituto di credito del beneficiario. Com'è agevole notare, qui vengono regolati i rapporti tra istituti di credito, mentre il beneficiario rimane sullo sfondo. La tutela del cliente è apprestata nel § 676e.

Il capitolo 4 del sottotitolo 2, che si compone di tre paragrafi (676f, 676g, 676h), disciplina il contratto di conto corrente bancario (*Girovertrag*) definendolo come al § 676f *Vertragstypische Pflichten beim Girovertrag* (Obblighi contrattuali derivanti dal contratto di conto corrente bancario) come quel contratto tramite il quale un istituto di credito si obbliga ad aprire un conto per il cliente, ad accreditare i pagamenti pervenuti sul conto e a dare seguito ai contratti di bonifico conclusi a carico del conto, impegnandosi a comunicare al cliente le informazioni eventualmente pervenute sulla persona dell'ordinante e sullo scopo di impiego delle somme accreditate. La disposizione contenuta nel

paragrafo 676g *Gutschriftanspruch des Kunden* (Pretesa di accredito del cliente) è posta a tutela del cliente, e in un certo senso è analoga a quelle previste in materia di contratto di bonifico dai paragrafi 676a e 676b. Essa prevede che l'importo di un bonifico a favore di un cliente della banca debba essere accreditato sul suo conto entro il termine pattuito nel contratto o, in mancanza di una pattuizione del termine, entro un giorno lavorativo bancario dal giorno in cui l'importo è stato accreditato all'istituto di credito; in caso di ritardo nell'accredito, la banca deve corrispondere gli interessi al cliente, a meno che il ritardo non sia imputabile all'ordinante o allo stesso cliente. Nel caso in cui il cliente sia un imprenditore, l'accredito – anche quando avviene tardivamente – deve avere la data di valuta del giorno in cui l'importo è stato messo a disposizione del cliente, salvo che tra le parti sia stato pattuito diversamente.

La previsione che chiude questo capitolo dedicato al contratto di conto corrente, il paragrafo 676h, si occupa di "abuso di carte di pagamento" (*Misbrauch von Zahlungskarten*), prevedendo che l'istituto di credito possa pretendere il rimborso delle spese per l'utilizzo di carte di pagamento o dei loro estremi soltanto se esso non sia abusivamente avvenuto da parte di un terzo. Tale previsione opera anche per il caso in cui la carta di pagamento non sia collegata a un contratto di conto corrente bancario, ma a un altro contratto di gestione dell'affare.

9. CONCLUSIONI

All'esito dell'indagine compiuta possiamo ripetere la convinzione già espressa altrove, ossia né il diritto italiano né quello comunitario valorizzano la figura del "contratto bancario". Questo non deve stupire se si riflette intorno al fatto che, in modo combinato al processo di de-specializzazione dell'attività bancaria, la stessa riserva di attività a favore della banca è stata progressiva-

mente erosa, essendo generalmente circoscritta alla raccolta del risparmio tra il pubblico *a vista* e a quella collegata all'emissione e alla gestione di mezzi di pagamento a spendibilità generalizzata e alla raccolta a vista.

Come abbiamo visto, l'esame del diritto comunitario ha confermato l'opinione in precedenza formulata per il solo diritto nazionale. Invero, a fronte di una massiccia disciplina del banca, la disciplina comunitaria che incide sulla contrattazione bancaria consiste nella disciplina di taluni momenti dell'attività *delle banche*, o – meglio ancora – della prestazione contrattuale della banca, ossia: *i)* quello creditizio, nella disciplina del credito al consumo; *ii)* quello finanziario, in quella della prestazione dei servizi di investimento e in quella della commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori; *iii)* quello di intermediazione nei pagamenti, in quella della prestazione dei servizi di pagamento. Si può vedere facilmente che, a essere disciplinati sono o parti dell'attività bancaria (la concessione di credito); o attività svolte dalle banche ma non bancarie in senso stretto (la prestazione dei servizi d'investimento e di quelli di pagamento).

Le caratteristiche comuni ai relativi corpi disciplinari sono, come detto più volte, certamente l'enfasi sulla trasparenza dell'operazione contrattuale, preferita a forme di controllo contenutistico; e la scelta di tutelare figure di contraenti caratterizzate da scarso potere contrattuale, consumatore ma, più di recente, anche "micro imprese".

La "bancarietà", in senso stretto, dell'eventuale contratto non è, dunque, tratto caratteristico della categoria dei contratti disciplinati; nemmeno la natura (bancaria) del soggetto lo è, perché in ciascun corpo normativo il soggetto banca è equiparato ad altri soggetti, generalmente finanziari e, in taluni casi, anche non appartenenti a questa categoria. Quando la contrattazione delle banche rientra in una disciplina settoriale speciale, ciò accade perché la banca è con-

traente "forte", che fa leva sull'inferiorità organizzativa e informativa della controparte, che opera tramite contrattazione standardizzata. Per tali ragioni, essa, anch'essa, subisce la già vista scure legislativa degli obblighi di informazione precontrattuale, contrattuale, post-contrattuale, o – talvolta – quella del divieto di inserire nel contratto talune condizioni che le porterebbero vantaggio. Ma la "bancarietà" del contratto non è la ragione di tale trattamento normativo, né quella principale né quella negoziale. Se, però, ricordiamo che la contrattazione finanziaria (in senso lato) ha un trattamento privilegiato per quanto attiene all'abusività di talune sue clausole; e che essa vede, quale sua principale componente, quella bancaria, ciò ci deve portare a dire da un lato che il trattamento di favore è determinato, se non esclusivamente, in modo fondamentale, da talune caratteristiche della contrattazione bancaria; e che, in taluni casi, le caratteristiche della contrattazione finanziaria e dunque anche bancaria sono tali da giustificare, nei confronti della controparte debole, un trattamento di favore rispetto a quello riconosciuto alle altre forme di contrattazione.

A tacer di ciò, però, il risultato è che, né il diritto nazionale né quello diritto comunitario, autorizzano ad affermare l'autonomia, dal punto di vista disciplinare, della figura del contratto bancario, a dimostrazione che la bancarietà in senso stretto – il collegamento funzionale tra raccolta del risparmio tra il pubblico e la concessione di credito - non esprime più, se l'ha mai espresso, un valore considerato meritevole di un trattamento giuridico *esclusivo* nella materia contrattuale. La bancarietà continua, invece, ad avere un'identità forte nella disciplina dell'impresa bancaria.

Matteo De Poli

*Associato confermato di Diritto
dell'economia Università di Padova*