

STUDI E DIALOGHI GIURIDICI - 14

COLLANA “STUDI E DIALOGHI GIURIDICI”

diretta da: Gennaro Terracciano, Stefano Toschei, Virginia Zambrano

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppe Albano, *Avvocato dello Stato*
Kevin Aquilina, *Professore Università di Malta*
Marcello Buscema, *Magistrato Ordinario*
Gaetano Caputi, *Segretario generale CONSOB*
Ida Caracciolo, *Professore Seconda Università di Napoli*
Francesco Cardarelli, *Professore Università di Roma Foro Italico*
Fausto Cardella, *Magistrato Ordinario*
Paolo Carpentieri, *Magistrato T.A.R.*
Giuseppe Celeste, *Notaio*
Vittorio Cesaroni, *Avvocato dello Stato*
Guido Clemente di San Luca, *Professore Università Federico II di Napoli*
Gianfranco D’Alessio, *Professore Università Roma Tre*
Oberdan Forlenza, *Consigliere di Stato*
Carlos Lasarte, *Professore Universidad Nacional de Educacion a Distancia*
Pierluigi Matera, *Professore Link Campus University di Roma*
Francesco Merloni, *Professore Università di Perugia*
Giuseppe Palma, *Professore Emerito Diritto Amministrativo*
Francesco Petrillo, *Professore Università del Molise*
Angelo Piazza, *Professore Università di Bologna*
Gianni Piccinelli, *Professore Seconda Università di Napoli*
Franco Pizzetti, *Professore Università di Torino*
Helene Puliat, *Professore Università di Limoges*
Ian Refalo, *Professore Università di Malta*
Marilena Rispoli, *Professore Università Federico II di Napoli*
Giuseppe Rossi, *Professore Università di Milano*
Ferruccio Sbarbaro, *Professore Link Campus University di Roma*
Vincenzo Scotti, *Presidente Fondazione Link Campus University di Roma*
Michel Senimon, *Segretario generale association EUROPA*
Giorgio Spangher, *Professore Università La Sapienza di Roma*
Alberto Stagno d’Alcontres, *Professore Università di Palermo*
Mario Trapani, *Professore Università Roma Tre*
Antonio Uricchio, *Professore Università di Bari*
Ortensio Zecchino, *Professore Link Campus University di Roma*

Angelo Spena

LE REGOLE DI COMPORTAMENTO
NELLA PRESTAZIONE DEI
SERVIZI BANCARI E FINANZIARI
NEL MERCATO CREDITIZIO E
LA DISCIPLINA DELLE NULLITA'
PREVISTE DAL TUB

eurilink

© Copyright 2015 Eurilink,
Eurilink Edizioni Srl
Via Nomentana, 335, 00162 Roma
www.eurilink.it - ufficiostampa@eurilink.it
ISBN: 978 88 97931 72 0
Prima edizione, novembre 2015
Progetto grafico di Eurilink

È vietata la riproduzione di questo libro, anche parziale,
effettuata con qualsiasi mezzo, compresa la fotocopia

INDICE - SOMMARIO

INTRODUZIONE	9
1. La disciplina delle operazioni bancarie: dal codice di commercio del 1882 al codice civile del 1942	9
2. L'inadeguatezza della disciplina delle condizioni generali di contratto per la tutela del consumatore in genere e del cliente della banca in particolare	12
3. Gli indirizzi interpretativi sviluppatasi nella seconda metà degli anni '70 per individuare sul piano sistematico gli strumenti di controllo del contenuto delle condizioni generali di contratto	16
4. I controlli giudiziari e amministrativi: inidoneità degli stessi a garantire l'effettiva parità contrattuale tra le banche e i loro clienti. La necessità dell'intervento del legislatore	17
5. La legislazione degli anni '90 in materia bancaria. Un breve cenno	20
6. L'estensione delle regole di trasparenza al mercato finanziario e mobiliare	23
CAPITOLO I	
Evoluzione della normativa. La riforma della disciplina delle operazioni bancarie	27
1. Limiti dell'autonomia negoziale e obbligo della parità di trattamento: l'art. 8 della legge 1 marzo 1986, n. 64	27
2. Il progetto Minervini dell'86: tendenza a regolare i rapporti bancari all'insegna della trasparenza e dell'equilibrio delle posizioni delle parti	31
3. I progetti predisposti in contrapposizione alla linea Minervini (trasparenza senza riequilibrio) e la "risposta" dell'ABI. Funzione preventiva degli accordi interbancari sulla trasparenza dell'88 e dell'89 rispetto a una rigorosa disciplina legislativa della materia	34
4. La risposta della legge n. 154 del 1992 alle istanze di rinnovamento della disciplina delle operazioni bancarie, ovvero trasparenza senza riequilibrio	39
5. Il "ritorno al passato". La soppressione del principio della parità di trattamento	43

6. Le regole di trasparenza contenute nel Titolo VI, capo I, del TUB. La sistemazione dei rapporti con la disciplina sulla prestazione dei servizi di investimento nel mercato mobiliare e con le norme relative alla prestazione dei servizi di pagamento e alle operazioni di credito al consumo	46
--	----

CAPITOLO II

I doveri di informazione dell'intermediario verso il cliente	63
1. La rilevanza degli obblighi di informazione	63
2. L'oggetto dell'informazione nei servizi di investimento	65
3. Gli strumenti di informazione nel mercato creditizio. La soppressione della pubblicità nei locali aperti al pubblico come strumento obbligatorio di comunicazione	71
4. Il contenuto delle informazioni	78
5. Informazione preventiva e obbligo legale di contrarre	84
6. Il contratto scritto come strumento di trasmissione delle informazioni	87
7. Il contenuto minimo obbligatorio del contratto	95
8. L'obbligo di informazione nelle operazioni di finanziamento diverse dal credito al consumo	104
9. L'informazione eventuale. Lo <i>jus variandi</i> e la difficile convivenza con la disciplina prevista in tema di servizi di pagamento	109
10. La portata degli obblighi di informazione in funzione della competenza e della preparazione dei clienti	118

CAPITOLO III

I rimedi sanzionatori sul piano contrattuale. La disciplina delle nullità e possibili forme di recupero dell'atto nullo	133
1. La derogabilità in <i>melius</i> delle norme del Titolo VI del TUB	133
2. La disciplina delle nullità prevista dal comma 2 dell'art. 127. La categoria della nullità relativa o di protezione. L'elaborazione dottrinale	137
3. Individuazione delle figure dubbie di invalidità: l'atteggiamento della giurisprudenza	142
4. L'inquadramento nel sistema della speciale disciplina delle nullità prevista dal TUB. Limiti alla rilevabilità delle nullità <i>ex officio judicis</i>	148

5. Il confronto con l'art. 36 del D.Lgs. n. 206 del 2005 (codice del consumo), come argomento per confermare l'esclusione della rilevabilità d'ufficio della nullità per l'ipotesi di nullità del contratto e non della singola clausola	156
6. Una soluzione alternativa	160
7. L'individuazione di altri eventuali soggetti legittimati all'azione, estranei al rapporto cliente-intermediario	161
8. Le possibili forme di recupero del negozio o della clausola nulla: le ragioni dell'indagine	165
9. L'inerzia del cliente	168
10. La rinuncia all'azione	169
11. La rinuncia contestuale alla stipula del contratto. La nullità della rinuncia inserita come clausola nei contratti conclusi coi consumatori. Inapplicabilità della sanzione ai contratti conclusi coi professionisti	173
12. Un'ipotesi di soluzione	177
13. La ricognizione di debito	179
 BIBLIOGRAFIA	 183

INTRODUZIONE

Sommario: 1. La disciplina delle operazioni bancarie: dal codice di commercio del 1882 al codice civile del 1942. - 2. L'inadeguatezza della disciplina delle condizioni generali di contratto per la tutela del consumatore in genere e del cliente della banca in particolare. - 3. Gli indirizzi interpretativi sviluppatasi nella seconda metà degli anni '70 per individuare sul piano sistematico gli strumenti di controllo del contenuto delle condizioni generali di contratto. - 4. I controlli giudiziari e amministrativi: inidoneità degli stessi a garantire l'effettiva parità contrattuale tra le banche e i loro clienti. La necessità dell'intervento del legislatore. - 5. La legislazione degli anni '90 in materia bancaria. Un breve cenno. - 6. L'estensione delle regole di trasparenza al mercato finanziario e mobiliare.

1. La disciplina delle operazioni bancarie: dal codice di commercio del 1882 al codice civile del 1942

È noto che prima dell'emanazione del codice civile del 1942 mancava nel nostro ordinamento giuridico una normativa la quale individuasse la categoria dei contratti bancari¹ e ne dettasse un'apposita disciplina.

Pertanto si aveva una situazione per cui da un lato le “operazioni di banca” non erano individuate, di modo che la dottrina si chiedeva se in quella nozione dovessero essere ricompresi tutti i contratti stipulati dalle banche nell'esercizio della loro attività economica, ovvero soltanto

(1) Vi erano solo taluni indici desumibili: - dall'art. 3, il quale tra gli “atti di commercio”, includeva anche “le operazioni di banca”; - dall'art. 8, il quale definiva “commercianti” coloro che esercitavano “atti di commercio” per professione abituale; - dall'art. 339, che riconosceva il potere di emettere assegni bancari a chiunque avesse “somme di denaro disponibili presso un Istituto di credito o presso un commerciante”.

quelli “*tipici*” dell’attività bancaria, perché finalizzati ad una intermediazione tra la raccolta del risparmio e l’esercizio del credito²; dall’altro neppure era possibile pervenire a soluzioni sicure in ordine all’individuazione della figura giuridica delle imprese bancarie (la cui qualifica si sarebbe verosimilmente potuta desumere proprio dal compimento abituale delle “operazioni bancarie” che tuttavia non erano determinate sul piano normativo, né erano altrimenti, determinabili) e conseguentemente ai rapporti tra imprese bancarie e operazioni bancarie³.

Tale carenza di normativa si aveva, anzitutto, sul piano pubblicistico, perché mancava una regolamentazione amministrativa dell’attività bancaria, il cui esercizio era quindi lasciato alla discrezione dei privati; di poi sul piano privatistico, in quanto l’attività e gli atti delle banche erano soggetti alla medesima disciplina privatistica relativa all’attività ed agli atti degli “commercianti”.

Sul piano normativo, la situazione registrò un mutamento negli anni ‘30 con l’emanazione di una serie di provvedimenti legislativi volti a regolare, soprattutto sul piano pubblicistico, l’impresa bancaria, culminati poi nella cd. Legge Bancaria (Legge 7 marzo 1938 n. 141) che si aggiungeva alla disciplina relativa dei mercati di borsa regolamentati per assicurare un più agevole trasferimento dei valori mobiliari (titoli di Stato, azioni, obbligazioni) strumenti anch’essi di raccolta del risparmio diffuso⁴.

(2) In tal senso v. Ferrara Junior, *Le banche e le operazioni di banca (1939-1940)* pubblicato in *Scritti Minori*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1977, p. 260. L.’A. ammetteva però (p. 257) che le banche potessero compiere anche operazioni estranee all’attività di “*intermediazione nella circolazione dei capitali*” che, perciò, venivano denominate “*operazioni di banca improprie, dette anche sussidiarie o accessorie*”.

(3) È infatti sotto il vigore del codice di commercio vi era chi sosteneva: o che le operazioni di intermediazione del credito, essendo negozi di diritto comune, assumevano un aspetto caratteristico, vale a dire potevano qualificarsi come operazioni bancarie, quando almeno uno dei soggetti fosse una banca (così Arcangeli, *La natura commerciale delle operazioni di banca*, in *Scritti di Diritto Commerciale ed Agrario*, vol. II, Padova, 1936 p. 161 ss.); o che proprio il compimento sistematico di dette operazioni facesse loro assumere un aspetto particolare e quindi proprio l’esercizio in forma di impresa venisse a dare “*al soggetto che la compie la qualifica di banca*” (Ferrara jr., *Le banche* cit., p. 263).

(4) Diremmo anzi che la connessione tra mercato creditizio e borsa era ben presente ai compilatori della Legge Bancaria, tant’è che cercarono di realizzare un sistema di vigilanza che li abbracciasse entrambi, come si desume dalla lettura dell’ultimo comma dell’art. 2 e degli art. 43 e 35. Tale tentativo, tuttavia, non fu mai portato a termine.

L'idea di fondo era che la formazione del risparmio diffuso, veniva agevolata nella misura in cui si creavano le condizioni per lo sviluppo dell'intermediazione tra la raccolta di capitali e la loro destinazione alle attività produttive e che tali condizioni presupponevano una situazione di tutela dei risparmiatori, ai quali doveva essere assicurata la restituzione dei capitali da essi affidati agli intermediari.

Tra le caratteristiche essenziali della Legge Bancaria vanno segnalate che quest'ultima:

- aveva per oggetto soltanto l'attività delle imprese creditizie, piuttosto che il compimento dei singoli atti, attività della quale dava una definizione riduttiva, imperniata sull'esercizio congiunto della raccolta del risparmio e dell'erogazione del credito;
- escludeva, pertanto, dalla vigilanza i soggetti che esercitavano attività finanziarie diverse, quali la raccolta di capitali non finalizzata all'erogazione del credito, ovvero l'erogazione del credito utilizzando capitali considerati propri, perché capitale di rischio (titoli azionari), o comunque raccolto tra i propri soci;
- capovolgeva il principio del codice del commercio del 1982 della libertà di accesso all'esercizio dell'attività bancaria. La costituzione di società bancarie e l'esercizio della corrispondente attività, nonché l'incremento delle dimensioni dell'azienda erano, infatti, subordinate ad un'apposita autorizzazione, rimessa all'apprezzamento discrezionale della Pubblica Amministrazione che ne avrebbe dovuto valutare la compatibilità con le condizioni economiche del mercato, nel senso che non soltanto l'ingresso di un nuovo soggetto o l'allargamento delle sue dimensioni doveva consentire il conseguimento allo stesso di un adeguato profitto, ma che ciò non doveva pregiudicare il conseguimento di analogo profitto da parte delle imprese già presenti sul mercato.

Di qui la creazione di una situazione di oligopolio che, tuttavia, non trovò adeguato riscontro nelle disposizioni sui contratti bancari introdotte

Come è noto, infatti, l'art. 43, il quale in vista del coordinamento tra i due mercati prevedeva l'attribuzione al Comitato dei Ministri del controllo anche sulla borsa, non è stato mai attuato. Per ulteriori approfondimenti vedi Porzio, *La legge bancaria: un tentativo di intervento globale sul mercato del credito*, in *La Legge Bancaria. Note e documenti sulla sua "storia segreta"*, Il Mulino, Bologna, 1981, p. 28 ss. L.'A. rinviene precisi riferimenti al controllo del mercato mobiliare anche nei documenti elaborati dall'IRI (resoconto della riunione del 3 dicembre 1993), in vista della riforma bancaria del 1936.

dal codice civile del 1942.

La disciplina codicistica, infatti, se per un verso ha avuto il merito di aver tipicizzato le operazioni bancarie di maggiore diffusione, rendendo nominativi i rispettivi negozi e sottoponendoli ad un'apposita normativa, per altro verso ha ignorato se e quali conseguenze applicative avrebbe potuto avere la circostanza che non soltanto si trattava di contratti di impresa, ma per di più di contratti posti in essere in una situazione non di mercato aperto (concorrenziale), ma di mercato chiuso (oligopolistico).

Basti pensare che la disciplina del codice civile, fatta eccezione per qualche disposizione imperativa posta nell'interesse del cliente (ad es. in tema di responsabilità per la banca nel servizio di cassette di sicurezza), è in massima parte soltanto dispositiva e frequentemente propensa al rinvio alla volontà delle parti e/o agli usi.

Ciò ovviamente in un sistema oligopolistico era destinato ad agevolare il formarsi di situazioni di squilibrio a danno del contraente dell'impresa bancaria, la quale, operando in un mercato protetto, si trovava in una posizione di dominio che gli consentiva, non soltanto la formazione unilaterale e l'imposizione a terzi di regole predisposte nel suo esclusivo interesse, ma anche di far assurgere le stesse regole, attraverso la costante e generalizzata applicazione, a dignità di usi.

2. L'inadeguatezza della disciplina delle condizioni generali di contratto per la tutela del consumatore in genere e del cliente della banca in particolare

Secondo qualche autore⁵ siffatto atteggiamento da parte dei compilatori del codice del '42 si sarebbe spiegato sulla base della loro opinione che la materia dei contratti bancari avrebbe dovuto essere soggetta a una regolamentazione amministrativa.

Quest'ultimi, in particolare, avevano ben presenti le disposizioni dell'art. 32, lett. b) e c), della Legge Bancaria che attribuivano alle Autorità creditizie, il potere di regolare i tassi e le condizioni dei depositi e dei conti correnti, nonché le commissioni di qualsiasi operazione.

Sta di fatto che di tali disposizioni - salvo in fase di prima applicazione

(5) Porzio, *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. XII, *Obbligazioni e contratti*, Utet, Torino, 1994, p. 805.

e sporadicamente anche in epoca successiva⁶ - le autorità creditizie non se ne sono avvalse, in quanto la vigilanza è stata rivolta ad obiettivi diversi dalla tutela della clientela bancaria, quali la stabilità e l'efficienza del sistema, e tali obiettivi sono stati perseguiti attraverso misure volte ad accentuare il carattere oligopolistico del sistema, al fine di assicurare il conseguimento del profitto.

In questo contesto si comprende quindi anche il motivo per il quale l'Autorità di vigilanza non si sia mai preoccupata di svolgere un controllo sul contenuto vessatorio, o addirittura di dubbia legittimità, di alcune delle clausole contenute nelle nbu. Traducendosi, infatti, le predette norme nel consolidamento della posizione di supremazia contrattuale delle banche, veniva assicurata per tal via una maggiore stabilità patrimoniale ed una maggiore capacità di guadagno alle banche.

In definitiva i compilatori del codice civile avrebbero accettato la soluzione del controllo amministrativo delineato dalla legislazione del settore, ed avrebbero perciò limitato al minimo il loro intervento nella materia dei contratti bancari, ma non avrebbero, tuttavia, tenuto in conto la specificità degli scopi perseguiti dalla Legge Bancaria.

Del tutto inadeguata dall'altro canto si è rilevata pure la disciplina delle condizioni generali di contratto (art. 1341 e 1342 c.c.) che, per comune ammissione, ha mancato l'obiettivo della tutela dei contraenti deboli, con grave pregiudizio di vaste categorie di soggetti e segnatamente della clientela bancaria.

L'onerosità della prestazione imposta al cliente, invero, viene in rilievo in un numero ristretto di casi la cui elencazione è ritenuta tassativa. Anche quando è considerata tale dalla legge, la clausola impositiva dell'obbligo non forma oggetto di divieti o di vincoli, volti ad evitare o a contenere almeno per certi aspetti l'alterazione dell'equilibrio contrattuale, bensì di adempimenti di natura meramente formale, che tendono ad assicurare la conoscenza e la sicura accettazione degli oneri assunti e non già l'interesse dell'aderente ad un assetto negoziale equo e proporzionato.

Tutto ciò ha favorito, di pari passo con la crescita del potere contrattuale

(6) Si allude particolarmente alla determinazione del 18 aprile 1936 dell'allora Comitato dei Ministri che confermò la validità del cartello sottoscritto dalle principali banche e ne sancì l'obbligatorietà. In proposito, si veda Patroni Griffi, *Note in tema di "cartello bancario e disciplina" dei tassi bancari*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di G.B. Portale, tomo 1, Giuffrè, Milano 1978, p. 59 ss.

delle banche, la formazione di regolamenti contrattuali fortemente asimmetrici e sperequati.

In questo settore inoltre la standardizzazione si è sviluppata in modo assai originale. Le condizioni generali e la modulistica sono state elaborate non dalla singole banche, ma dall'associazione di categoria (Abi) che ha curato la redazione e l'aggiornamento di uno schema di condizioni di contratto per le diverse operazioni bancarie, denominate norme bancarie uniformi (nub), testo che poi le singole banche hanno recepito ed applicato comunemente nei rapporti negoziali con i loro clienti.

Il particolare procedimento ora indicato non esclude chiaramente che si tratti di condizioni generali predisposte unilateralmente e anzi, attribuendo al regolamento negoziale “*un altissimo grado di uniformità*”, non solo nell'ambito della singola impresa, ma in tutte le imprese del settore⁷, ne ha rafforzato al massimo il carattere autoritativo e sostanzialmente monopolistico.

In tal senso depongono numerosi elementi che appaiono assai significativi specie se considerati, oltre che singolarmente, anche nel loro insieme. Ci si riferisce principalmente: all'uso costante di condizioni generali di contratto unilateralmente predisposte; al massiccio impiego delle clausole vessatorie elencate nell'art. 1341 c.c. e di molte altre particolarmente onerose⁸; alla riserva a favore delle banche della facoltà di modificare unilateralmente le clausole negoziali e di variare i tassi, le commissioni e le spese in genere; alla riserva, sempre a loro favore, di ampi margini di discrezionalità nell'esecuzione del contratto; alla riserva di un illimitato diritto di recedere anche nei rapporti a tempo determinato senza preavviso, o quasi, e senza la concessione di termini congrui per la restituzione delle somme dovute dal cliente.

Il potere contrattuale delle banche (prima degli interventi legislativi succedutisi a partire dagli anni '90) era dunque smisurato e non si esauriva

(7) Pisani Massamormile, *Norme bancarie uniformi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1984, I, p. 191 ss.

(8) Le nub contenevano, infatti, molte clausole estremamente onerose per la clientela (si pensi ad esempio alla clausola di recesso ad *nutum* della banca dei rapporti di affidamento) la cui tipologia è molto più vasta di quella indicata dall'art. 1341, comma 2, c.c. Sul punto si veda Cavalli, *Le clausole vessatorie nei contratti bancari*, in *Le operazioni bancarie cit.*, tomo 1, p. 105 ss.

all'atto della costituzione del rapporto, ma si esplicava ampiamente anche in seguito, non di rado oltre ogni limite.

La legittimità di parte di tali clausole invero era assai discutibile ed in alcuni casi andava decisamente esclusa, ma ciò non impensieriva oltre misura le banche.

Ed infatti sul piano applicativo le stesse potevano contare da un lato sull'atteggiamento dell'autorità amministrativa la quale - come abbiamo prima rilevato - non ha mai esercitato un controllo delle condizioni contrattuali sotto il profilo della tutela dei terzi contraenti; dall'altro su di una giurisprudenza che, per lungo tempo, ha proceduto ad un'interpretazione delle norme bancarie uniformi favorevole alle banche.

Siffatto atteggiamento da parte della giurisprudenza probabilmente può essere spiegato con la circostanza che molte volte venivano trasfuse nel diritto bancario (che potremmo definire diritto speciale) posizioni interpretative emerse nel diritto comune, senza distinguere se le condizioni generali o le clausole vessatorie venissero predisposte da imprese che operano in regime di concorrenza, ovvero, come nel settore creditizio, in regime di oligopolio.

Si pensi così ad esempio all'assunto sulla tassatività delle clausole vessatorie, da cui è stata tratta la conseguenza che la clausola di recesso *ad nutum* degli affidamenti, non rientrando in nessuna delle ipotesi previste dell'art. 1341 c.c., non rivestiva natura vessatoria. Analogamente deve dirsi per la determinazione del contenuto economico del rapporto, ad esempio in tema di riconoscimento dell'ammissibilità della determinazione dei tassi e dell'anatocismo su base consuetudinaria, laddove invece si sarebbe dovuto tenere in debito conto che il fenomeno delle condizioni generali di contratto normalmente è da considerarsi alternativo alle norme consuetudinarie, nella misura in cui la diffusa applicazione delle prime si ricollega "*al fatto di essere state predisposte dal contraente interessato a sottoporre i propri affari a regole uniformi*", piuttosto che "*ad una comune e spontanea azione di tutte le parti interessate e dar vita ai rapporti contrattuali cui le clausole ineriscono*"⁹.

Certo non sono mancate ipotesi in cui la giurisprudenza ha in passato assunto indirizzi favorevoli invece alla clientela bancaria: si pensi ad esempio alle decisioni in tema di responsabilità della banca per il servizio

(9) Pavone La Rosa, *Gli usi bancari*, in *Le operazioni bancarie* cit., tomo 1, p. 56-57.

delle cassette di sicurezza.

Resta, comunque, che al di là di casi particolari e delle ragioni che hanno determinato le diverse soluzioni, l'atteggiamento complessivo della giurisprudenza in tema di contratti bancari è apparso coerente ad una disciplina protettiva del mercato, che assume la stabilità dello stesso a bene comune e fondamentale per la salvaguardia dello sviluppo economico del paese.

3. Gli indirizzi interpretativi sviluppatisi nella seconda metà degli anni '70 per individuare sul piano sistematico gli strumenti di controllo del contenuto delle condizioni generali di contratto

La risposte a questo stato di cose sono state piuttosto tardive. È all'incirca degli anni '70 che si registrano le prime reazioni accentuatesi poi negli anni successivi.

Solo allora in effetti alcuni autori¹⁰, facendosi carico di un'istanza di cambiamento, si sono sforzati di rinvenire nella disciplina positiva e di indicare alle autorità creditizie e giudiziarie taluni rimedi atti a prevenire, o a reprimere quantomeno alcuni dei più gravi abusi. Sono state anche in tale periodo trascurate, invece, le prospettive di riforma della materia, non già perché si è ritenuta la disciplina perfetta e non emendabile, o integrabile, ma piuttosto perché la riforma è apparsa come un'ipotesi avveniristica (se non come un'ipotesi del tutto irreali) e come tale non meritevole di particolare considerazione da parte dei giuristi.

(10) A riguardo deve essere anzitutto ricordato il Cavalli, il quale è stato tra i primi ad aver segnalato il problema della tutela della clientela bancaria nel saggio *Contratti Bancari su modulo e problemi di tutela del contraente debole*, Utet, Torino, 1976 e nel successivo lavoro *Le clausole vessatorie* cit., p. 105 ss.

Si vedano inoltre Gabrielli, *Controllo pubblico e norme bancarie uniformi*, in *I Controlli Bancari*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 265 ss.; Pavone La Rosa, *Gli usi bancari* cit., p. 45 ss.; Realmonte, *Le condizioni generali di contratto e norme uniformi bancarie*, in *Le operazioni bancarie* cit., tomo I, p. 87 ss.; Porzio, *Il controllo amministrativo sulle condizioni dei contratti bancari*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, I, p. 141 ss.; Ubertazzi, *Concorrenza e norme uniformi bancarie*, in *Quaderni di banca, borsa, tit. cred.*, Giuffrè, Milano, 1986.

In attesa di tempi migliori si è quindi tentato di individuare rimedi sperimentabili *de jure condito*.

Al riguardo si sono delineati due diversi indirizzi. Alcuni autori hanno puntato sul controllo giudiziario dell'autonomia privata; altri, invece, hanno sollecitato l'intervento delle autorità creditizie ex art. 32 lett. b) e c), della legge bancaria.

Questa divergenza di vedute rifletteva i termini di un ampio dibattito, che investiva il controllo delle condizioni generali di contratto in genere. Rispetto alle operazioni bancarie presentava, tuttavia, una rilevante nota di originalità, offerta dalla disciplina della vigilanza bancaria, la quale, prevedendo l'intervento delle autorità creditizie in materia di tassi, commissioni e condizioni contrattuali, conferiva al dibattito sull'alternativa controllo giudiziario/controllo amministrativo una concretezza insussistente in altri settori.

Va detto subito che nessuno dei due tentativi è riuscito ad ottenere risultati apprezzabili. Non di meno è di indubbio interesse esaminare i motivi del loro insuccesso, consentendo ciò di dimostrare non solo la necessità dell'intervento legislativo, ma anche di valutare gli obiettivi perseguiti e se in quali misura gli stessi siano stati soddisfatti

4. I controlli giudiziari ed amministrativi: inidoneità degli stessi a garantire l'effettiva parità contrattuale tra le banche ed i loro clienti. La necessità dell'intervento del Legislatore

I fautori delle tesi giudiziarie muovevano dal presupposto dell'inidoneità dei poteri riconosciuti alla autorità amministrativa dall'art. 32 della legge bancaria ad assicurare un efficace controllo sulle condizioni contrattuali, facendo notare, anzitutto, che l'esercizio di siffatto potere non era obbligatorio, ma rimesso alla discrezionalità dell'autorità stessa e, in secondo luogo, che i fini della vigilanza non coincidevano con la tutela della clientela diffusa.

In considerazione di ciò si era ritenuto più opportuno seguire la via del controllo giudiziario, l'unico concretamente percorribile per assicurare un minimo di tutela alla cliente bancaria ed in questa prospettiva veniva segnalata la possibilità di valorizzare la portata di alcune norme, solitamente considerate derogabili che, ad un più attento esame, potevano

essere ritenute invece imperative. Si faceva così riferimento all'art. 1845 c.c., comma 2, la cui scrupolosa osservanza avrebbe potuto riequilibrare la regolamentazione convenzionale della cessazione dei rapporti bancari, fortemente sperequata a danno dei clienti¹¹.

Ma poiché la regolamentazione delle operazioni bancarie era (ed è) in massima parte solo dispositiva e pochissime sono le norme imperative, si era ritenuto di dover far ricorso a rimedi di carattere generale e segnatamente, sulla scorta della letteratura formatasi sul contratto in genere¹², al principio che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede¹³. A tale principio, d'altra parte, aveva fatto ricorso la stessa giurisprudenza¹⁴ in alcuni casi in cui era parso assai evidente l'abuso commesso dalle banche e la necessità di porvi rimedio.

Nonostante l'applicazione giurisprudenziale del principio di buona fede, le tesi filo giudiziarie sono apparse inidonee ad assicurare un adeguato controllo delle condizioni generali di contratto in genere e di quelle bancarie in specie, per due serie di ragioni.

In primo luogo, perché l'intervento giudiziario nel nostro ordinamento si atteggia come un controllo puramente eventuale, posticipato e limitato al caso singolo¹⁵. Tenuto conto che la contrattazione per "moduli o formulari",

(11) Cavalli, *Le clausole vessatorie* cit., p. 123 e 127.

(12) Cfr. per tutti Bianca, *Diritto Civile*, vol. III, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 479 ss.

(13) V. in proposito Angelici, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da P. Rescigno, vol. XII, Utet, Torino, 1985, p. 1030 – 1031; Terranova, *Compensazione tra conti correnti bancari e principi di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, II, p. 209 e, con riferimento alla deroga all'art. 1956 c.c. lo stesso A., *Validità ed affetti della fidejussione generale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, II, p. 160 ss.

(14) Si allude a Cass. civ., 18 luglio 1989, n. 3362, in *Foro it.*, 1989, I, 2750 e Cass. civ., 20 luglio 1989, n. 3386, in *Foro it.* 1989, I, 3100 da un lato, nonché dall'altro a Cass. civ., 20 luglio 1989, n. 3385, in *Foro it.*, 1989, I, 3101, Cass. civ., 20 luglio 1989, n. 3387 e 3388, in *Corriere giur.*, 1989, 1084, tutte in tema di fidejussione bancaria. Il primo gruppo di sentenze ricollegava all'"abuso" non già il risarcimento del danno, ma l'inoperatività della garanzia, mentre il secondo gruppo di sentenze, portando questo orientamento fino alle estreme conseguenze, vi ricollegava la liberazione della fidejussione prevista dall'art. 1956 c.c. per il caso in cui il creditore avesse concesso ulteriore credito al debitore, senza che ricorressero le condizioni, profittando esclusivamente dell'esistenza dell'impegno fidejussorio.

(15) Ubertazzi, *Concorrenza* cit., p. 5-6.

non riguarda “*l’episodico e disaggregato esercizio della libertà negoziale*”, ma costituisce invece espressione dell’iniziativa economica dell’imprenditore, sarebbe stato invece necessario un controllo che si appuntasse, più che sui singoli contratti, sulle determinazioni che presiedono all’attività negoziale dell’impresa e quindi sulle condizioni di contratto in genere, e che esaminasse la validità di queste in quanto tali, prima e indipendentemente dalla loro trasfusione nei loro singoli contratti. Tale tipo di controllo, tuttavia, esorbitava dalle attribuzioni della autorità giudiziaria¹⁶.

Si osservava, in secondo luogo, che i parametri di giudizio desumibili delle clausole generali erano di difficile individuazione e soprattutto suscettibili di letture polisensi. Con particolare riferimento al principio della buona fede, quest’ultimo, se pure era valso a coprire gli abusi più evidenti, non poteva considerarsi appagante, perché si rivolgeva solo alla fase dell’esecuzione del rapporto e non valeva a correggere l’iniziale squilibrio determinato dall’unilateralità del regolamento negoziale.

In definitiva, il controllo giudiziario era apparso disagevole, tardivo, scarsamente efficace per i clienti e incongruo per il sistema bancario, perché contrastante con le esigenze di “*razionalizzazione e certezza*” dei rapporti che stanno alla base della naturale tendenza dell’impresa (anche) bancaria alla contrattazione standardizzata.

Di fronte agli innegabili limiti che caratterizzavano il controllo giudiziario alcuni autori¹⁷, già sul finire degli anni ‘70, avevano proposto di sottoporre il regolamento negoziale delle operazioni bancarie al controllo dell’Autorità amministrativa, suggerendo gli specifici poteri devoluti al CICR e alla Banca d’Italia dall’art. 32, lett. b) e c), della legge bancaria.

La soluzione, a prima vista ineccepibile, ad un più attento esame appariva del tutto insoddisfacente per le ragioni già indicate. Le Autorità creditizie, come si è visto, erano concretamente intervenute assai raramente sul contenuto delle nub, dando così ragione a chi sosteneva che questo obiettivo non rientrasse nei loro compiti, o non fosse comunque congeniale al loro ruolo.

(16) Roppo, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 272 ss.

(17) Gabrielli, *Controllo pubblico* cit., p. 265 ss.; Porzio, *Il controllo amministrativo* cit, p. 141 ss.

Non vi è dubbio, peraltro, che in base al codice civile e alla legge bancaria le possibilità di tutelare la clientela erano molto limitate.

Da qui l'esigenza di un deciso intervento del Legislatore che rifondasse la disciplina delle operazioni e dei servizi bancari all'insegna della trasparenza e dell'equilibrio delle posizioni delle parti ed assicurasse al contempo un'adeguata tutela dei diritti della clientela, affiancando ai tradizionali rimedi (individuali e reattivi) altri rimedi (collettivi e preventivi) più idonei a contrastare, prima ancora che a reprimere, i possibili abusi.

5. La legislazione degli anni '90 in materia bancaria. Un breve cenno

Il nodo da affrontare e risolvere, in verità, era quello della sottoposizione del potere contrattuale delle banche ad un controllo capace di assicurare il contemperamento dei loro interessi con quelli della clientela.

Era questo un aspetto del più generale problema della protezione dei consumatori, che presentava però nel settore delle operazioni e servizi bancari profili di particolare complessità e delicatezza. Se da un lato apparivano bisognosi e meritevoli di tutela gli utenti dei servizi bancari in quanto tali, ossia anche quando fossero degli imprenditori e non dei semplici consumatori¹⁸, dall'altro lato la sottoposizione a un qualche controllo dell'attività negoziale della banche avrebbe potuto interferire con l'esigenza di tutela del risparmio raccolto da quest'ultime e dalle stesse utilizzato nell'esercizio del credito, la quale in una certa misura imponeva il contenimento dei rischi e degli oneri dell'impresa bancaria.

Non è un caso che l'esigenza di una maggiore tutela del cliente cominci

(18) V. Porzio (*Note introduttive. Legge 17 febbraio 1992, n. 154. Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1127) che definisce "saggia" la scelta del legislatore di non introdurre limitazioni all'ambito di applicazione delle regole di trasparenza legate alla qualità dell'utente del prodotto finanziario. Peraltro, osserva esattamente l'A. che in altre ipotesi risultano introdotte discriminazioni di tipo soggettivo legate alla qualità dei contraenti, come avviene nella disciplina sul credito al consumo (all'epoca prevista dalla legge n. 142 del 1992) che "nella stessa definizione della materia regolata implica una selezione soggettiva dei contraenti".

ad essere avvertita sia dalla dottrina¹⁹, che sottolinea l'illegittimità o comunque l'onerosità di molte clausole contenute nelle nub, sia della giurisprudenza, con riferimento alla necessità che le banche esercitino i poteri ad essi convenzionalmente attribuiti nel rispetto dei canoni della buona fede e della correttezza professionale, quando, soprattutto sul piano della disciplina comunitaria, la concezione del mercato creditizio come mercato protetto, viene messa in crisi dall'affermazione, anche in questo settore, del principio concorrenziale. Inizialmente con effetti proprio a livello di disciplina di contratti, essendosi negata dalla giurisprudenza comunitaria l'ammissibilità di accordi di cartello relativi ai tassi; poi sul piano normativo, anzitutto a livello di disciplina dell'impresa, in quanto viene ridotta la discrezionalità dell'autorità di vigilanza nell'autorizzare l'ingresso di nuove imprese nel mercato del credito e nel controllarne l'espansione territoriale.

Ciò, beninteso, non significava che il mercato del credito non fosse più un mercato protetto, ma piuttosto che era mutato il tipo di controllo: ad un mercato "vigilato" si era sostituito un mercato "regolato"²⁰.

Non più dunque il perseguimento della stabilità del sistema, attraverso la restrizione del numero delle imprese operanti sul mercato, salvaguardate nelle loro quote di mercato e quindi non stimolate ad una maggiore competitività tra di loro. All'opposto un controllo sulla stabilità e sull'efficienza delle imprese poste in gara tra loro per la conquista e l'incremento delle quote di un mercato che aveva assunto una dimensione sovranazionale ed era dominato dalle regole della concorrenza²¹.

L'evoluzione delle modalità della vigilanza sono, perciò, anche la conseguenza della sviluppo del mercato unico dei capitali a livello europeo e dell'accentuato processo di "finanziarizzazione" dell'economia italiana in quegli anni²², non risultando più compatibile con detta evoluzione la protezione delle imprese nazionali dalla concorrenza da un lato delle altre imprese europee, dall'altro dei nuovi intermediari finanziari.

(19) Cfr. per tutti Porzio, *I contratti bancari* cit., p. 805 ss.

(20) Così Costi, *Mercato finanziario e attività bancaria*, in *Diritto del mercato finanziario alla fine degli anni 80*, a cura di Costi, Giuffrè, Milano, 1990, p. 35.

(21) Sulla concorrenza, come uno dei fattori determinanti per l'introduzione nel nostro sistema di regola di trasparenza, Salanitro, *Evoluzione dei rapporti tra disciplina dell'impresa e disciplina dei contratti nel settore del credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, I, p. 603.

(22) Porzio, *Note introduttive* cit., p. 1125.

A livello legislativo, invece, l'esigenza di una maggiore tutela dei clienti delle banche è incominciata ad essere avvertita con l'approvazione dell'art. 8 della Legge n. 64 del 1986, che poneva a carico delle banche l'obbligo di praticare in tutte le proprie sedi, per ciascun tipo di operazione, tassi e condizioni uniformi, assicurando, a parità di condizioni soggettive dei clienti, la "*integrale parità di trattamento*".

Su questa legge avremo modo di soffermarci nel primo capitolo. In questa sede vanno anticipati due piccoli rilievi. Il primo, che il principio della parità di trattamento, pur essendo espressione di un sistema monopolistico, non era in contrasto con l'introduzione del mercato del credito di regole concorrenziali, in quanto, limitando l'applicazione dell'obbligo dell'uniformità solo nell'ambito di ciascuna impresa, non pregiudicava l'idea base di un regime tendenzialmente concorrenziale di ottenere condizioni migliori dalle imprese in competizione tra loro. Anzi ne costituiva il presupposto, agevolando la comparazione tra le diverse offerte contrattuali. Il secondo riguarda il destino davvero singolare di questa norma, la quale non ha mai avuto un'applicazione effettiva, ma ha avuto l'indubbio merito, come si vedrà, di dare impulso alla successiva elaborazione normativa. Ciò anche se l'invito a un riequilibrio delle posizioni contrattuali, che era dato cogliere nella norma dell'art. 8 là dove impediva l'applicazione da parte delle banche di trattamenti differenziati dovuti solo alla localizzazione del cliente o della sua operatività, non sarà colto dal legislatore della trasparenza.

Anche se non mancano disposizioni che introducono limiti all'autonomia negoziale delle parti²³ nella disciplina della legge 17 febbraio 1992, n. 154 e successivamente in quella del Titolo VI del TUB, la tutela del cliente è affidata esclusivamente alla imposizione a carico delle banche e degli intermediari dell'obbligo di tenere sempre adeguatamente informato il cliente, durante l'intero svolgimento del rapporto, del contenuto delle loro offerte negoziali. La protezione del cliente contro i possibili abusi dell'intermediario è quindi, come vedremo, sostanzialmente affidata al mercato, laddove attraverso l'imposizione dei predetti obblighi informativi, si persegue il fine di consentire al cliente la selezione, in ogni momento del rapporto, tra i diversi intermediari di quello che offre le condizioni migliori²⁴.

(23) Si pensi alla disciplina delle valute: articolo 7, legge n. 154, ora art. 120 del TUB.

(24) Esemplificativa, in tal senso la regola dell'art. 120 *quater*, in tema di surrogazione nei contratti di finanziamento e portabilità dei mutui.

6. *L'estensione delle regole di trasparenza al mercato finanziario e mobiliare*

Considerazioni analoghe, se non identiche, a quelle fin qui svolte valevano per le operazioni “contigue” a quelle bancarie in senso stretto - operazione parabancarie - e per quelle finanziarie ad esse omologabili.

Anche il regolamento di tali operazioni era predisposto, infatti, dagli imprenditori cui facevano capo, e risultava quindi poco chiaro e fortemente sperequato, sicché andava ridefinito dal legislatore all'insegna non solo della trasparenza, ma anche dell'equilibrio delle posizioni delle parti.

Ciò appariva tanto più necessario se si considerano da un lato la tendenza alla “*despecializzazione*” degli enti creditizi, sfociata prima nel riconoscimento del gruppo polifunzionale (legge 30 luglio 1999, n. 218) e poi, con l'approvazione del Testo unico bancario, con il riconoscimento della banca universale, dall'altro la contiguità e l'interattività tra sistema bancario e sistema finanziario ²⁵.

Non vi è dubbio, infatti, che tali fattori imponevano di armonizzare la disciplina delle due serie di operazioni, e ciò per impedire sia ingiustificate disparità di trattamento tra operatori che svolgono attività simili e per alcuni aspetti identiche (a causa della “*despecializzazione*” di cui si è fatto cenno), sia tentativi troppo facili di elusione della più rigida disciplina dettata per una sola di esse ²⁶.

In questo contesto la disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali non poteva certo riguardare una sola categoria di soggetti ed attività, ma doveva necessariamente estendersi all'altra.

(25) In proposito si vedano le osservazioni di Costi, *Mercato finanziario* cit., p. 35 ss. e 39 ss. V. anche D'Alessandro, *Intermediazione finanziaria non bancaria*, in *Diritto del mercato finanziario* cit., p. 65 ss. e 75 ss.

(26) Secondo Belli (in una relazione svolta in occasione del convegno tenutosi a Milano il lontano novembre '93, all'indomani dell'approvazione del testo unico bancario) anche per motivi di tipo oggettivo legati “*alla vicinanza estrema - di struttura e di contenuti ... - dei contratti (operazioni) che hanno ad oggetto denaro et similia in tutte le sue possibili, variegatissime forme ... fino ai “titoli sintetici” o alla moneta elettronica o qualsivoglia “documento”, valore mobiliare, materiale o immateriale escogitabile dalla fantasia finanziaria*”. Pertanto “*una legge attenta unicamente ai contratti bancari sarebbe stata non solo monca in partenza, ma avrebbe ... contribuito ad accelerare, esasperandolo, il processo di fuga della banca, di mascheramento e di gestione per interposta persona*”.

Peraltro, già con la legge 2 gennaio 1991, n. 1 venivano introdotte regole di trasparenza limitatamente al campo delle operazioni riconducibili all'attività di intermediazione mobiliare. E in proposito non può non condividersi la riflessione di chi ha sottolineato che la previsione di queste regole non solo ha influenzato la scelta del legislatore di privilegiare anche nella regolazione dei servizi bancari i doveri informativi imposti alle banche e agli intermediari, ma spiega anche il "*perché quasi per un effetto boomerang, la disciplina*" della legge n. 154 del 1992 "*non è riferita soltanto agli enti creditizi, ma a un ambito di estensione molto più ampio*"²⁷.

Come si vedrà nel successivo capitolo, i rischi di interferenza tra le due discipline della trasparenza, del mercato creditizio e del mercato mobiliare, dovute ad una eccessiva dilatazione della sfera di applicazione della prima sono stati risolti da una più attenta demarcazione degli ambiti di applicazione dei due gruppi di norme, anche sul piano dell'individuazione dell'Autorità amministrativa alla quale spettano i relativi controlli, operata tanto dal legislatore del TUB, quanto dal legislatore del TUF.

Non di meno l'allargamento del mercato creditizio anche ad operatori diversi alle banche da un lato e l'estensione delle possibilità operative di quest'ultime a molteplici attività finanziarie non strettamente bancarie dall'altro, ivi comprese quelle proprie del mercato mobiliare, con ciò che ne consegue in termini di presenza su quest'ultimo di soggetti già presenti sul primo (banche e intermediari finanziari), pone il problema, nelle ipotesi in cui l'operazione presenti i caratteri sia del servizio finanziario, sia del servizio di investimento²⁸, di individuare a quale disciplina debba farsi riferimento. Non è perciò priva di interesse per l'interprete la verifica di come l'esigenza di trasparenza delle condizioni contrattuali sia stata realizzata nel mercato mobiliare. La comparazione dei due gruppi di norme potrebbe portare alla individuazione oltre che di semplici tendenze, di veri e propri principi regolatori comuni, il che oltre a rendere meno decisiva l'individuazione nelle ipotesi problematiche della regola applicabile, consentirebbe la loro applicazione invariabilmente ad una serie articolata di fattispecie e non solo nel ristretto ambito individuato

(27) Porzio, *Note introduttive* cit., p. 1126.

(28) Si pensi ad es. alla concessione dei finanziamenti strumentale all'acquisizione di strumenti finanziari.

dalla disciplina dalla quale essi traggono origine. Anche pertanto a singoli aspetti delle regole di comportamento degli intermediari nel mercato mobiliare sarà dedicata l'analisi che segue.

CAPITOLO I

EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA. LA RIFORMA DELLA DISCIPLINA DELLE OPERAZIONI BANCARIE

Sommario: 1. Limiti dell'autonomia negoziale e obbligo della parità di trattamento: l'art. 8 della legge 1 marzo 1986, n. 64. - 2. Il progetto Minervini dell'86: tendenza a regolare i rapporti bancari all'insegna della trasparenza e dell'equilibrio delle posizioni delle parti. - 3. I progetti predisposti in contrapposizione alla linea Minervini (trasparenza senza riequilibrio) e la "risposta" dell'ABI. Funzione preventiva degli accordi interbancari sulla trasparenza dell'88 e dell'89 rispetto a una rigorosa disciplina legislativa della materia. - 4. La risposta della legge n. 154 del 1992 alle istanze di rinnovamento della disciplina delle operazioni bancarie, ovvero trasparenza senza riequilibrio. - 5. Il "ritorno al passato". La soppressione del principio della parità di trattamento. - 6. Le regole di trasparenza contenute nel Titolo VI, capo I, del TUB. La sistemazione dei rapporti con la disciplina sulla prestazione dei servizi di investimento nel mercato mobiliare e con le norme relative alla prestazione dei servizi di pagamento e alle operazioni di credito al consumo.

1. Limiti dell'autonomia negoziale e obbligo della parità di trattamento: l'art. 8 della legge 1 marzo 1986, n. 64

L'individuazione dei prodromi della recente disciplina in materia creditizia non presenta particolari difficoltà e d'altro canto è opportuna, in quanto consente di valutare appieno, se e fino a che punto l'esigenza di una maggiore tutela dei clienti delle banche sia stata soddisfatta.

A partire dalla seconda metà degli anni ottanta, come abbiamo accennato in precedenza, in alcuni ambienti politici si faceva finalmente

strada il convincimento della doverosità della tutela del contraente debole e dell'assoluta necessità ed urgenza di un intervento legislativo.

Nel 1986 l'On. Minervini, allora appartenente al gruppo degli indipendenti di sinistra della Camera, si faceva promotore di una riforma legislativa che portava all'introduzione nel nostro ordinamento del principio di parità di trattamento, attraverso l'art. 8 della legge 1 marzo 1986, n. 64²⁹.

La norma vietava ogni discriminazione territoriale ed ogni discriminazione soggettiva non basata sulle diverse condizioni della clientela. L'imposizione della parità di trattamento aveva un duplice scopo³⁰.

Mirava, in primo luogo, ad evitare le ingiustificate discriminazioni dei clienti, dovute alla loro più o meno spiccata capacità di negoziare o più semplicemente alla loro diseguale conoscenza del settore, favorita dalla scarsa trasparenza dell'attività bancaria. Era altresì finalizzata a superare forzatamente la segmentazione di fatto del mercato, stimolando il recupero dell'efficienza delle banche e/o della concorrenzialità del sistema nelle zone in cui i costi erano più elevati e la concorrenza meno presente ed attiva.

Il mercato all'epoca era, infatti, caratterizzato dalle battaglie dei tassi

(29) Sull'argomento v. Nigro, *Operazioni bancarie e parità di trattamento*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1987, p. 3 ss.; Salanitro, *Tassi e condizioni nei contratti bancari: vincoli di trasparenza e di uniformità*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1989, I, p. 489 ss.; Nivarra, *La banca fra obblighi a contrarre e regole di trasparenza*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 145 ss.; Martorano, *Trasparenza e parità di trattamento nelle operazioni bancarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, I, p. 697 ss.

(30) Sulla *ratio* della norma si vedano le considerazioni di Costi, in *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 1986, p. 350 ss, il quale rileva che le disposizioni sulla parità di trattamento si prestano a due diverse letture, potendosi ritenere che esse tendano ad imporre un certo modello concorrenziale all'interno del sistema creditizio, oppure che tendano principalmente a regolare i rapporti tra le banche e la clientela. L'A. propende per questa prima lettura, tenuto conto dell'indirizzo complessivo della politica creditizia – anche a livello legislativo – dell'epoca, che punta sulla imprenditorialità e sulla concorrenzialità dell'esercizio del credito.

Ciò non toglie che permaneva nella norma anche l'esigenza di tutelare gli utenti, ponendoli al riparo da inammissibili discriminazioni, e che sul piano socio-economico si possa richiedere alle banche, che operino in diverse zone, di redistribuire uniformemente i vantaggi e gli oneri delle diverse condizioni della raccolta e degli impieghi presenti in ciascuna di esse.

da parte delle banche maggiori contro quelle locali, volte ad escluderle dallo stesso e a prenderne in posto. Il risultato di una maggiore competitività del sistema non era tuttavia raggiunto in ugual misura sull'intero ambito nazionale.

La sostanziale assenza di concorrenza nell'Italia meridionale consentiva, infatti, l'applicazione di tassi più svantaggiosi per il cliente, rispetto a quelli praticati in altre zone del Paese. Ciò spiega in parte – ma non giustifica pienamente – la collocazione della norma nella legge di riforma della disciplina dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno³¹.

In effetti, la portata della disposizione era più ampia, in quanto essa tendeva ad evitare anche le arbitrarie discriminazioni soggettive e pertanto avrebbe potuto e dovuto trovare posto in uno testo di carattere generale, vale a dire nel codice civile, o, al limite, nella legge bancaria.

Il discorso non è del tutto ozioso, perché se è vero che la portata della norma non sarebbe certo cambiata, bisogna convenire che la sua collocazione nella legislazione meridionalistica ne sminuiva inopportunamente il rilievo, inducendo a pensare che si trattasse di una norma speciale e transitoria.

La sua collocazione nel codice civile o, quanto meno, nella legge bancaria, avrebbe invece consentito di valorizzarne appieno la portata e di attribuirle una maggiore stabilità.

La norma, peraltro, aveva carattere imperativo. In tal senso deponava, non solo la sua formulazione letterale, ma anche la *ratio* dell'obbligo posto a carico delle banche di assicurare la parità di trattamento.

Il superamento delle arbitrarie discriminazioni soggettive dei clienti rispondeva, infatti, ad un interesse generale la cui realizzazione non poteva essere rimessa all'autonomia privata.

La norma si riferiva a tutte le banche, quale che fosse la loro natura

(31) In proposito, si era esattamente osservato, sulla scorta dei motivi sottesi alla introduzione della norma nel nostro ordinamento, che un "*collegamento fra la materia dell'ausilio allo sviluppo economico del meridione e l'art. 8 sussiste. Le regioni del Mezzogiorno si trovano in una situazione di netto svantaggio, rispetto alle regioni del centro nord, per quel che riguarda i tassi di interesse (attivi e passivi) praticati dalle banche; ed è proprio dall'esigenza di eliminare questa differenziazione – la quale indubbiamente ostacola il processo di rafforzamento delle strutture economiche e produttive delle zone depresse – che ha trovato origine la norma*" (Nigro, *Operazioni bancarie cit.*, p. 3 - 4).

e struttura³² e ad ogni tipo di operazione bancaria, “*principale*” o “*accessoria*”. Benché il legislatore si riferisse a “*tassi e condizioni uniformi*”, quindi potenzialmente a tutte le condizioni contrattuali, la disciplina, secondo l’orientamento prevalente, investiva solo quelle “*condizioni*” costituenti il corrispettivo dei contratti bancari (commissioni, valute, ecc.)³³.

La legge, prescrivendo la “*parità di trattamento*”, precisava che ciò valeva “*a parità di condizioni soggettive dei clienti*”. La diversa affidabilità dei clienti, legittimava dunque un trattamento differenziato, sicché non era vero che la norma postulasse l’applicazione di un tasso unico. Il riferimento alle “*condizioni soggettive*” dei clienti presupponeva solo il ricorso ad una fascia di tassi da applicare³⁴. Restava, invece, chiaramente escluso che la banca potesse praticare alla propria clientela trattamenti differenziati fondati esclusivamente sulla “*rilevanza della località di insediamento*” o sulla “*sfera di operatività territoriale del cliente*”³⁵.

La norma, benché fosse chiaramente imperativa è rimasta in larga misura inattuata per vari motivi. Tra questi la difficoltà di imporre un obbligo di parità di trattamento in mancanza di un obbligo di contrattazione e di conclusione dei contratti, nonché quella di imporre l’uniformità dei tassi e delle condizioni in situazioni di mercato differenti tra loro. Ma, soprattutto, ostacolavano la sua applicazione la mancata previsione da un lato delle conseguenze connesse alla violazione da parte delle banche dell’obbligo ad essi imposto, dall’altro di un dovere di informazione della clientela, che avrebbe dovuto costituire il presupposto per l’eventuale controllo sull’osservanza della norma.

Sicché da un canto le banche, che vedevano limitata dalla norma la loro autonomia negoziale, per paralizzarne l’applicazione si sono

(32) Non era ancora giunto il periodo della banca universale e della privatizzazione delle banche. All’epoca erano quindi presenti sul mercato aziende e istituti di credito, soggetti pubblici e privati.

(33) Su tali aspetti della norma v. Nigro, *Operazioni bancarie* cit., p. 7 ss.

(34) V. sul punto Salanito, *Tassi e condizioni* cit., p. 496 ss.

(35) Così Porzio, *L’accordo interbancario sulla trasparenza*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, appendice di aggiornamento, Utet Torino, 1992, p. 295. La precisazione era importantissima, in quanto valeva ad escludere la possibilità di differenziare i tassi in relazione alla diversità dei costi o dei rischi della raccolta e/o dell’impiego nelle diverse zone del Paese.

semplicemente astenute dal predeterminare schemi diversificati del regolamento delle molteplici operazioni, nonché tabelle differenziate di tassi e commissione per le diverse classi di clienti, enucleabili in ragione delle loro situazioni soggettive, dall'altro le Autorità creditizie non si sono mai curate di farla osservare³⁶.

2. Il progetto Minervini dell'86: tendenza a regolare i rapporti bancari all'insegna della trasparenza e dell'equilibrio delle posizioni delle parti

Il principio di parità di trattamento era un elemento di un più ampio progetto di riforma del nostro diritto bancario, la cui presentazione alla Camera dei deputati da parte dell'On. Minervini ed altri³⁷ risale alla metà del 1986 e precede quindi la definitiva approvazione della direttiva comunitaria sul credito al consumo³⁸, i cui contenuti erano però noti già da tempo ed hanno influenzato la formazione di alcune proposte in esso contenute

Il progetto era volto a regolare incisivamente diversi aspetti dei contratti bancari, con una serie di norme inderogabili, salvo che a favore della clientela, le quali tendevano a realizzare non solo la trasparenza, ma anche un certo riequilibrio delle posizioni delle parti ed a sanzionare duramente i comportamenti in violazione alla legge.

I punti qualificanti della proposta erano numerosi.

Anzitutto, uniformandosi a quanto già previsto dal progetto di direttiva comunitaria sul credito al consumo, la proposta imponeva di indicare il costo complessivo del credito, con un'unica aliquota percentuale su base annua (art. 1.1) e di specificarne al contempo le componenti (art. 1.1

(36) Come, peraltro, era stato subito avvertito da Nigro, *Operazioni bancarie* cit., p. 18-19.

(37) Vedilo in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1987, II, p. 58 ss., con *Nota* di presentazione di Nigro.

(38) Il riferimento è alle Direttive del Consiglio 87/102/CE del 22 dicembre 1986 e 90/88/CE del 22 febbraio 1990. Per un loro commento v. Ubertazzi, *Credito bancario al consumo e direttiva C.E.E.: prime riflessioni*, in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 321 ss.; Maimeri, *Prime riflessioni sulla proposta di direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Banca, impresa e soc.*, 1985, p. 437 ss.; Martorano, *Il credito al consumo*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1989, II, p. 175 ss.

e 2). In omaggio al principio di trasparenza, l'adozione di tale criterio mirava a facilitare al massimo il calcolo del costo dell'operazione, sia per valutarne *a priori* la convenienza, sia per verificarne con facilità l'esatta applicazione.

Naturalmente la proposta escludeva la possibilità del rinvio alle condizioni d'uso, o usualmente praticate sulla piazza (art. 3.1), perché tale criterio, oltre ad essere in contrasto con il principio di parità di trattamento – che era ribadito dal progetto (art. 13.2) – non era e non è affatto trasparente.

Il progetto, peraltro, sanciva anche la nullità delle clausole in cui il costo complessivo del credito non fosse direttamente indicato (art. 3.1) ed escludeva quindi la possibilità di ogni rinvio ad elementi mobili extratestuali, ancorché individuabili con sicurezza (si pensi al tasso ufficiale di sconto), verosimilmente a causa delle difficoltà per la stragrande maggioranza della clientela di seguire le variazioni di tali elementi.

Di notevole rilievo erano pure le disposizioni volte a realizzare un sostanziale riequilibrio del rapporto banca/cliente. La proposta Minervini ammetteva la facoltà di modifica unilaterale da parte della banca dei profili economici dell'operazione esclusivamente per i contratti a tempo indeterminato e *“solo nel caso e nei limiti in cui la mutata situazione del mercato finanziario lo richieda”*. Ma anche in tal caso non vincolava senz'altro il cliente, il quale, per evitarne le conseguenze, poteva recedere dal contratto entro quindici giorni dal ricevimento della comunicazione dell'esercizio dello *jus variandi* da parte della banca.

Fuori di detta ipotesi, *“il costo complessivo del credito”* e gli interessi sui depositi poteva variare in senso sfavorevole al cliente *“solo per mutuo consenso”*, non quindi unilateralmente. Il contratto e la sua eventuale modifica pattizia dovevano essere in forma scritta, a pena di nullità (art. 4.1 e art. 9).

Alla stessa logica di protezione della clientela più debole rispondevano le disposizioni: dell'art. 8 che, per le operazioni passive, fissava un tasso minimo inderogabile corrispondente al tasso minimo legale e stabiliva, in deroga all'art. 1284 c.c., che, in mancanza di determinazione scritta dello stesso, si doveva applicare il tasso ufficiale di sconto; dell'art. 10 il quale prescriveva che gli interessi sui depositi dovevano essere conteggiati dal giorno in cui i depositi stessi venivano effettuati (senza

alcuna possibilità di postergazione) sino a quello del prelevamento (senza alcuna possibilità di anticipazione), per porre fine alla prassi dello scarto delle valute; dell'art. 6, per quanto attiene all'anatocismo, escludendosi radicalmente la possibilità di ogni uso contrario al disposto dell'art. 1283 c.c.

Il progetto si concludeva con due disposizioni di grande rilievo.

La prima (art. 13.1), per assicurare la più ampia trasparenza, sanciva l'obbligo della banca di esporre al pubblico le condizioni e i tassi che intendeva praticare alla clientela (superando così i problemi cui aveva dato luogo la formulazione dell'art. 8 della legge n. 64/1986) e, per evitare discriminazioni soggettive e territoriali, ribadiva il principio di parità di trattamento (art. 13.2). La seconda – analogamente a quanto stabilito dall'art. 1932 in materia di assicurazione – prevedeva la possibilità di derogare pattiziamente alle disposizioni di legge solo in senso più favorevole alla clientela (art. 15).

In sintesi il progetto Minervini proponeva una disciplina molto dettagliata e rigida delle operazioni e dei servizi bancari che ovviamente scontava i deludenti esiti del controllo giudiziario (di cui si è detto nell'introduzione) e rifletteva una scarsa fiducia per i controlli amministrativi, ampiamente giustificata sia dall'atteggiamento delle Autorità creditizie, che dalla scarsa efficienza palesata nel nostro sistema dei controlli amministrativi sui comportamenti dell'autonomia privata non improntati al rispetto del principio di legalità.

Uno dei primi commentatori ha considerato il progetto più come “*un'utile provocazione*”, che come una probabile base di discussione e ne ha censurato anche la portata, rilevando che l'esigenza di chiarezza e di riequilibrio dei rapporti bancari avrebbe dovuto essere temperata con la necessità di assicurare l'efficienza delle aziende ed istituti di credito³⁹.

Il rilievo coglieva nel segno soprattutto se riferito alla preclusione dell'adeguamento automatico dei tassi al variare di elementi esterni, ancorché individuabili con sicurezza e precisione.

La difficoltà per larghe fette della clientela di seguire le variazioni di tali elementi, nella quale con ogni probabilità risiedevano le ragioni del divieto, avrebbe potuto essere eliminata, o ridotta con taluni accorgimenti, consistenti in buona sostanza nelle comunicazioni alla clientela, nelle

(39) Nigro, *La trasparenza nelle operazioni bancarie*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1989, p. 228 ss.

forme più idonee, delle variazioni dei dati di riferimento. In tal modo si sarebbe conciliata l'istanza di mantenimento dell'equilibrio dinamico dei rapporti – anche mediante meccanismi di adeguamento automatico dei tassi – con l'esigenza di assicurare la massima trasparenza non solo del regolamento, ma anche dell'andamento del rapporto.

Per il resto, invece, la proposta Minervini mirava proprio a contemperare le esigenze delle banche con quelle della clientela e ad assicurare nel contempo che la protezione a quest'ultima accordata non rimanesse sulla carta.

3. I progetti predisposti in contrapposizione alla linea Minervini (trasparenza senza riequilibrio) e la “risposta” dell’Abi. Funzione preventiva degli accordi interbancari sulla trasparenza dell’88 e dell’89 rispetto ad una rigorosa disciplina legislativa della materia

La proposta Minervini aveva una strana sorte. Essa aveva subito raccolto ampi consensi, tant'è che, decaduta con il termine della IX legislatura, veniva ripresentata nella X legislatura da due gruppi di deputati: il 2 luglio 1987 (n. 520) da Visco e altri ed il 7 luglio 1987 (n. 627) da Fiandrotti ed altri. Ad essa si aggiungeva un'altra proposta presentata alla Camera dall'On. Piro il 9 luglio (n. 467), anche questa rifacendosi in larga misura alla proposta Minervini⁴⁰.

All'iniziale consenso, tuttavia, fecero ben presto seguito le iniziative del Governo e successivamente dell'Abi, chiaramente volte a neutralizzarle.

A livello governativo se ne incaricava il Ministro del Tesoro – On. Fracanzani – che predisponendo uno schema di disegno di legge e lo presentava nel gennaio del 1987⁴¹ come un “*emendamento sostitutivo*” della proposta di legge Minervini (ed altri). Il testo dello schema di disegno di legge era poi riprodotto nel progetto di legge presentato alla Camera dall'On. Bodrato ed altri⁴².

In luogo dei sedici articoli del progetto Minervini, il progetto Fracanzani/Bodrato ne prevedeva solo sette, in quanto accoglieva solo

(40) Vedili tutti in *Dir. banc.e merc. fin.*, 1987, II, p. 351 ss.

(41) In *Dir. banc.e merc. fin.*, 1987, II, p. 62 ss.

(42) Camera dei deputati, X legislatura, Atto n. 2798.

in parte l'istanza di una adeguata disciplina legislativa delle operazioni e servizi bancari⁴³. Se poi si scende a considerare il contenuto di tale progetto si nota subito che l'intonazione era del tutto diversa: l'obiettivo era unicamente quello di assicurare una qual certa trasparenza, mentre veniva ignorato l'equilibrio delle posizioni delle parti.

Per constatare quanto detto basta richiamare due aspetti. Il primo attiene al principio della parità di trattamento. Alla banca si faceva obbligo di rendere noti i tassi minimi e massimi praticati in sede nazionale e quelli eventualmente diversi applicati in sede locale. Si traeva dunque spunto dall'avvio di un principio di trasparenza per rilegittimare le discriminazioni personali del tutto arbitrarie e territoriali, vietate invece dall'art. 8 della legge n. 64 del 1986.

Il secondo aspetto riguarda lo *jus variandi* della banca. Alla rigorosa disciplina del progetto Minervini, si contrapponeva il riconoscimento del diritto della banca di variare i tassi e le condizioni contrattuali tanto per i contratti a tempo determinato, che per quelli a tempo indeterminato e non solo “*nel caso e nei limiti in cui la mutata situazione del mercato lo chieda*”. Inoltre la disciplina delle modalità di comunicazione della variazione e quella della facoltà di recesso da parte del cliente era rimessa all'autonomia privata e quindi concretamente alla banca.

In definitiva alla linea autenticamente riformatrice perseguita dal progetto Minervini si contrapponeva una linea decisamente filobancaria, improntata alla semitrasparenza senza equilibrio.

Incoraggiata dalle prese di posizione di cui si è fatto cenno e verosimilmente anche dalle Autorità creditizie, l'Abi, dal canto suo, rispolverava l'invito rivoltole anni prima dal Ministro del Tesoro a promuovere l'autoregolamentazione del settore, ed in breve tempo elaborava e faceva approvare due accordi interbancari sulla trasparenza e pubblicità delle operazioni.

In effetti già nel 1984 (27 luglio) il Ministro del Tesoro – sollecitato da alcune interrogazioni – aveva indirizzato al Presidente dell'Abi una nota⁴⁴ in cui lamentava la scarsa trasparenza ed il grave squilibrio a danno degli utenti del regolamento dei rapporti bancari e manifestava l'esigenza

(43) Pur se si rimetteva alle Autorità creditizie il potere di impartire istruzioni sugli avvisi al pubblico.

(44) Sul punto v. Floridia, *Condizioni bancarie uniformi e tutela del risparmiatore*, in *La concorrenza bancaria*, a cura di L.C. Ubertazzi, Giuffrè, Milano, 1985, p. 171.

di porre fine agli “*abusi*” delle banche nelle operazioni quotidiane con la clientela “*più minuta e sovente debole*”. Dichiarava però al contempo, la sua contrarietà ad introdurre nuovi vincoli, a condizione però che il sistema bancario sapesse esercitare un adeguato autocontrollo. Tale invito, tuttavia, non era stato raccolto dall’Abi.

La soluzione dell’autocontrollo, scartata nel 1984, veniva quindi riscoperta e rapidamente attuata sul finire degli anni Ottanta, quale male minore tra quelli che si erano nel frattempo delineati sulla scena politica e si concretizzava nella conclusione di due distinti, ma analoghi accordi interbancari⁴⁵.

Il primo e più importante accordo, dell’autunno del 1988, atteneva alle condizioni praticate dalle aziende di credito⁴⁶.

Il secondo accordo interbancario, varato nella primavera del 1989, riguardava le condizioni praticate dagli istituti e sezioni di credito fondiario ed edilizio, mobiliare ed agrario.

L’iniziativa, a prima vista meritoria, prestava il fianco a molteplici rilievi.

I promotori degli accordi non avevano avuto assolutamente di mira la realizzazione di un ragionevole equilibrio delle posizioni delle parti, ma ciò non significa che non se ne fossero preoccupati. Al contrario, il loro obiettivo era proprio quello di impedire tale riequilibrio, con una sorta di codificazione dello *status quo*, che sanciva lo squilibrio, salvo a correggere talune prassi così spiccatamente vessatorie per la clientela, da suscitare un autentico sentimento di reazione e, di riflesso, una certa preoccupazione negli ambienti politici.

Anche il primo e più importante accordo, com’è stato esattamente osservato⁴⁷, conteneva, infatti, una regolamentazione assai scarna, che riproponeva, per certi versi, la logica riduttiva dello schema Fracanzani, a suo tempo presentato come emendamento al progetto Minervini.

La contrattazione bancaria restava soggetta al modulario elaborato dall’Abi e recepito dalle aziende di credito, con l’unica differenza

(45) Sull’*iter* della formazione ed adozione degli accordi interbancari, v. Ubertazzi, *Concorrenza* cit., p. 16-21.

(46) Il testo dell’accordo e degli allegati è stato pubblicato in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1989, p. 230 ss. Su tale accordo cfr. Nigro, *La trasparenza* cit., p. 229; Porzio, *L’accordo* cit., p. 374 ss.

(47) Nigro, *La trasparenza* cit., p. 229.

che taluni dati relativi alle operazioni dovevano esser resi noti, ferma restando la piena libertà delle aziende di credito non solo di fissare tali dati, ma anche di variarli. Le banche conservavano quindi tutto intero il potere di imprimere ai rapporti con la clientela l'assetto fortemente sperequato di cui si è detto.

In realtà la funzione degli accordi interbancari era essenzialmente preventiva e dissuasiva – prima ancora che dei comportamenti illegittimi delle aziende di credito – delle iniziative politiche che potessero incidere a fondo sul diritto delle banche, imponendo una maggiore trasparenza e un ragionevole equilibrio delle posizioni delle parti nelle operazioni bancarie.

Siffatta funzione preventiva dell'autoregolamentazione, del resto, era palesata nella nota di accompagnamento del testo del primo accordo (indirizzata dall'Abi alle aziende di credito il 25 ottobre 1988), là dove si ribadiva *“la convinzione che soltanto attraverso autonome regole di comportamento”* si potesse *“evitare un pericoloso decadimento verso il dirigismo e la burocratizzazione”* del settore bancario⁴⁸.

L'enfatica esaltazione della trasparenza e pubblicità delle condizioni contrattuali, nei modi e termini proposti dall'Abi, tendeva ad accreditare il convincimento che l'istanza garantistica della clientela bancaria fosse stata pienamente recepita.

Ma a parte la considerazione che trasparenza e pubblicità non valgono di per sé ad assicurare un adeguato temperamento degli interessi in gioco⁴⁹, va sottolineato che anche l'esigenza di un'adeguata

(48) In realtà l'autoregolamentazione aveva due obiettivi, un esplicito ed immediato, l'altro non dichiarato, per così dire indiretto, ma non per questo meno rilevante. L'autoregolamentazione della trasparenza e pubblicità delle condizioni contrattuali mirava in primo luogo, a rinviare (o meglio impedire) e comunque a condizionare l'eteroregolamentazione degli stessi aspetti della materia, preconstituendo una disciplina che potesse essere recepita dal legislatore. Essa, però, tendeva anche a distogliere l'attenzione dell'opinione pubblica e delle forze politiche dalla necessità di equilibrare le posizioni delle parti nelle operazioni bancarie e a fornire comunque un alibi a quanti in realtà non avevano alcuna intenzione di assumersi un così impegnativo compito.

(49) Basti qui ricordare l'attuale disciplina delle clausole vessatorie contenuta nel Codice del consumo (D.Lgs. 29 luglio 2005, n.206). Le clausole *“che malgrado buona fede determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto”* (art. 33) *“sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto”* (art. 36). È esplicito quindi il riconoscimento da parte del legislatore, nella situazione in cui sia palese la soggezione dell'utente (nel caso specifico il

informazione del cliente era soddisfatta solo in parte, giacché in nessun caso si prescriveva l'indicazione del costo globale dell'operazione e dell'incidenza delle singole componenti. L'Accordo ignorava sia la legislazione francese all'epoca vigente sul TEG⁵⁰, sia la direttiva comunitaria sul credito al consumo e impegnava le banche a rendere noti solo alcuni dati. Per gli interessi passivi era prevista l'indicazione del tasso minimo e per quelli attivi l'indicazione del tasso massimo. Alla trasparenza si preferiva quindi una situazione di semitrasparenza.

L'unica aspetto positivo dell'Accordo nella materia in oggetto era costituito dall'unificazione del metodo di calcolo degli interessi.

In effetti la prescrizione secondo cui sia il calcolo degli interessi attivi, che quello degli interessi passivi doveva essere effettuato adottando *“l'unico metodo di calcolo secondo l'anno civile”*, andava al di là delle regole di trasparenza⁵¹, in quanto sanciva *“l'abbandono della prassi diffusa e consolidata ad utilizzare il divisore differenziato nel calcolo degli interessi”* e comportava *“indubbiamente un trattamento più equo per la clientela”*⁵². Quanto alle valute, l'accordo prevedeva che l'avviso alla clientela ne dovesse indicare la decorrenza, ma non escludeva ed anzi lasciava intendere, che le decorrenze potessero essere differenziate e comunque non raccordate con l'effettivo versamento, o con l'effettivo utilizzo delle somme. Veniva così ad essere disattesa una delle maggiori aspirazioni della clientela bancaria, che invece era stata recepita dalla

“consumatore”) nei confronti del prestatore del servizio (il *“professionista”*), della inidoneità a riequilibrare le posizioni contrattuali del meccanismo della specifica approvazione per iscritto della clausola previsto dagli art. 1341 e 1342 c.c. Non è certo, infatti, la percezione del contenuto oneroso della clausola da parte del cliente, che dovrebbe essere garantita dalla sua espressa approvazione, che la rende non più vessatoria.

Sull'insufficienza del diritto di informazione e sulla necessità di assicurare *“una posizione equamente protetta”* non solo ai consumatori in genere, ma anche ai risparmiatori e implicitamente alla clientela bancaria, v. Alpa, *L'informazione del risparmiatore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, p. 483.

(50) Decreto 24 luglio 1984, n. 84/708. Aggiungiamo che in forza del richiamato decreto la disciplina delle operazioni era soggetta alle determinazioni del Comitato per la regolamentazione bancaria (art. 30), che potevano riguardare l'apertura dei conti bancari, lo svolgimento di diverse operazioni, l'importo minimo e massimo delle commissioni, i tassi di sconto e così via. Per una ricostruzione di tale normativa v. Contamine - Raynaud e Rives-Langes, *Droit bancaire*, Dalloz, Paris, 1988, p. 103-105.

(51) Porzio, *L'accordo cit.*, p. 283 ss.

(52) Ruozzi, *La tutela del consumatore dei servizi finanziari*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 5-6.

linea Minervini.

L'accordo interbancario assicurava, infatti, la predeterminazione e la conoscibilità della decorrenza delle valute, ma non anche l'equità del loro regolamento, che era integralmente rimesso alle determinazioni unilaterali della banca. Ambigua era, infine, la previsione dell'accordo secondo cui le indicazioni contenute negli avvisi si consideravano valide fino al nuovo avviso. Non era chiaro invero, se il nuovo avviso operasse solo per i rapporti a venire, o anche per i rapporti in corso: in tal caso l'accordo sarebbe andato ben oltre l'affermazione dello *jus variandi*, quale corollario naturale della concezione dinamica del rapporto, con funzione meramente adeguatrice dei mutamenti sopravvenuti e sarebbe giunto a sancire l'inoperatività del principio *pacta sunt servanda*, espresso dalla regola contenuta nell'art. 1372 c.c., secondo cui il contratto ha la forza di legge tra le parti⁵³. Tutte le suesposte considerazioni valevano anche per l'analogo accordo previsto per gli istituti di credito, sicché in definitiva possiamo dire che l'uno e l'altro degli accordi interbancari promossi dall'ABI risultavano oltre che carenti, riduttivi e fuorvianti.

4. La risposta della legge n. 154 del 1992 alle istanze di rinnovamento della disciplina delle operazioni bancarie, ovvero trasparenza senza riequilibrio

Nell'autunno del 1990 il movimento riformatore registrava una

(53) Analogo è il pensiero di Porzio, *L'accordo cit.*, pag. 296 L'A. invece ammetteva la legittimità della soluzione (parzialmente diversa) adottata per le variazioni dei tassi. Le Banche si erano, infatti, impegnate a dare comunicazione alla clientela di ogni eventuale variazione dei tassi attivi e passivi e delle commissioni di massimo scoperto, relativi ai rapporti di deposito a risparmio ed in conto corrente, mediante "*apposito cartello da esporre con adeguata evidenziazione presso tutti gli sportelli delle aziende contenente ogni necessario dettaglio delle variazioni apportate*". Il cliente, tuttavia, poteva recedere dal contratto entro 15 giorni dalla data di esposizione del nuovo avviso, o dalla presentazione del libretto allo sportello, o infine per i rapporti in conto corrente dal ricevimento dell'estratto conto, se la banca adempiva all'obbligo previsto nell'accordo di comunicare in una di queste circostanze la intervenuta variazione. Afferma, infatti, Porzio che in tal caso la variazione sarebbe comunque riconducibile al consenso di entrambi i soggetti del rapporto, in quanto, in forza dell'applicazione dei principi del silenzio circostanziato, il mancato recesso del cliente varrebbe come accettazione tacita.

svolta, evidentemente dovuta ad un'intesa tra i partiti di governo. La Commissione Finanze della Camera decideva l'unificazione dei vari progetti e l'esame in sede deliberante del Testo Unificato⁵⁴.

Il testo veniva quindi esaminato ed approvato in breve tempo (nella seduta del 4 dicembre 1990) ed era subito trasmesso alla Commissione Finanze e Tesoro del Senato (il 12 dicembre 1990 - atto n. 2565), dove giaceva più di un anno⁵⁵. Il 23 gennaio 1992, nella convulsa fase terminale della X legislatura, veniva approvato in sede deliberante.

Anche *prima facie* risultava evidente che la legge n. 154 del 1992 costituiva una sorta di compromesso tra la linea conservatrice e quella riformista di cui si è detto in precedenza, ma era molto più vicino alla prima che alla seconda e risultava, quindi, insoddisfacente.

Il nucleo centrale della disciplina era costituito da norme che imponevano: obblighi di pubblicità delle condizioni contrattuali e sanzioni per la loro inosservanza; prescrizioni di forma dei contratti; obblighi di informazione sullo svolgimento dei rapporti e di documentazione.

(54) Il testo risulta dalla unificazione dei seguenti progetti, che hanno subito nel corso dell'esame parlamentare numerose modifiche ed integrazioni: - n. 467 di iniziativa del deputato Piro, intitolato "*Norme per assicurare la trasparenza nei rapporti tra banche, istituti e sezioni di credito speciale e clientela*"; - n. 520 di iniziativa dei deputati Visco ed altri, intitolato "*Norme per la trasparenza nelle operazioni bancarie*"; - n. 627 di iniziativa dei deputati Fiandrotti ed altri, intitolato "*Norme per la trasparenza delle operazioni bancarie*"; - n. 698 di iniziativa dei deputati Tassi ed altri, intitolato "*Regolamento dei compensi di valuta agli istituti bancari*"; - n. 2798 di iniziativa dei deputati Bodrato ed altri, intitolato "*Norme per la trasparenza nelle operazioni bancarie*"

La discussione è iniziata il 9 giugno 1988 ed è proseguita senza sostanziali progressi nelle sedute del 16 giugno e del 7 luglio 1988. Dopo le quattro sedute del 25 luglio, 19 settembre, 4 ottobre e 4 dicembre 1990, il testo ha avuto una battuta di arresto protrattasi per ben due anni.

(55) Il che dà ragione a quanti (cfr. per tutti Dolmetta, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: Chiose critiche alla Legge n. 154/92*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, I, p. 378) hanno sostenuto che l'approvazione della legge n. 154 non sembra essere dipesa "*da un peculiare interesse del potere politico nei confronti della trasparenza dei contratti bancari, quanto piuttosto da quel generale fenomeno di fluviale legiferazione che ha contraddistinto la fine della X legislatura nel campo del diritto commerciale*". Dall'altra parte aggiunge l'A. anche "*per la viciniora (per obiettivi) materia del credito al consumo il superamento del termine del 1° gennaio 1990, fissato dalla direttiva CEE per l'adeguamento normativo - avvenuto poi con la legge 19 febbraio 1992, n. 142 - non aveva destinato particolari imbarazzi*".

La trasparenza tuttavia non veniva realizzata appieno. Anzitutto, perché non era sancito l'obbligo delle banche e degli operatori finanziari in genere di fissare il costo delle operazioni creditizie in modo da facilitarne la conoscenza e la verifica della corretta applicazione da parte della clientela (in conformità alla soluzione accolta, in applicazione delle direttive comunitarie, nello stesso periodo dalla legge n. 142 del 1992 limitatamente alle operazioni di credito al consumo). In secondo luogo, perché le banche e gli intermediari finanziari erano obbligati ad indicare i tassi attivi massimi e i tassi passivi minimi, ma non anche i criteri che dovevano presiedere alla determinazione dei tassi nei singoli casi, la cui non conoscibilità da parte del cliente, impediva allo stesso di valutare la congruenza del trattamento riservatogli.

Pochissime erano, d'altro canto, le disposizioni relative al regolamento dei rapporti. Favorevoli alla clientela erano le disposizioni che stabilivano il contenuto obbligatorio del contratto, quelle che regolavano le valute, peraltro non in via generale, ma limitatamente al *dies a quo* per alcuni tipi di accreditamenti e al *dies ad quem* per i prelevamenti, quelle che precludevano l'applicazione di condizioni più sfavorevoli rispetto a quelle rese note ed infine quelle che modificavano due punti della disciplina codistica della fideiussione, per togliere ogni copertura agli aspetti più intollerabili della fideiussione *omnibus* (art. 10, norma non abrogata dal Testo Unico bancario)⁵⁶.

La risposta del legislatore alle istanze di rinnovamento della materia era dunque una risposta sostanzialmente conservatrice dello *status quo*.

Si era così finito col presidiare legislativamente un vuoto normativo colmato dalle condizioni generali di contratto estremamente gravose per la clientela; ma lo si era presidiato con un intervento parziale e morbido, che per certi aspetti mirava a conservare il potere contrattuale delle banche.

Esemplare, in proposito, la disciplina del *jus variandi* contenuta nell'art. 6 che, come è stato rilevato con espressione felice della dottrina, attribuiva alla banca "*facoltà di incidere sul regolamento contrattuale che non sono consentito ai comuni mortali*"⁵⁷.

Mentre, d'altra parte venivano sacrificate alcune delle pratiche più

(56) Per un primo commento all'art. 10, v. Scotti Galletta, *Sub. art. 10. Legge 17 febbraio 1992, n. 154* cit., p. 1174 ss.

(57) Porzio, *Note introduttive* cit., p. 1127.

inique che la giurisprudenza non era più disposta ad avallare. Tra queste la “*clausola interessi uso piazza*”, alla quale fa riferimento il comma 3 dell’art. 4 (“*le clausole di rinvio agli usi sono nulle e si considerano non apposte*”), la cui sorte “*sotto il profilo dello jus quo ultimur*” sembrava ormai da tempo segnata⁵⁸.

La legge n. 154 del 1992 non realizzava dunque un autentico e compiuto rinnovamento del diritto bancario, all’insegna della trasparenza e del riequilibrio delle posizioni delle parti e seguiva piuttosto la linea marcatamente filobancaria della semitrasparenza, senza sostanziale, riequilibrio.

Già in sede di primo commento si era, perciò, sostenuto⁵⁹ che la predetta normativa non avrebbe potuto essere considerata “*il punto di arrivo del movimento riformatore, avviato nel corso della IX legislatura*” e sarebbe stato necessario modificarla ed integrarla con un provvedimento di più “*ampio respiro*”.

Tale occasione poteva senz’altro essere costituita dall’emanazione del Testo Unico. Sta di fatto che, allorquando il legislatore ha inserito nel titolo VI le regole di trasparenza contenute nella legge n. 154, non solo non ha soddisfatto siffatta esigenza, ma per un aspetto certamente non secondario, quello della soppressione del principio della parità di trattamento, ha ripristinato la supremazia contrattuale delle banche.

(58) Spostatosi negli ultimi anni l’orientamento dottrinale dal giudizio di validità a quello di nullità per contrarietà all’art. 1346 o all’art. 1284, comma 3, c.c., e sviluppatasi anche nella giurisprudenza, in particolare di merito, l’opinione dell’invalidità, la clausola aveva subito altri due contraccolpi. Anzitutto l’applicazione della legge antitrust aveva reso impraticabile l’orientamento della Cassazione, secondo il quale la validità della clausola “*interessi uso piazza*” sarebbe stata assicurata dall’identificazione del suo contenuto con un supposto riferimento agli accordi di cartello. In secondo luogo, una pronuncia di merito (Trib. Macerata 17 agosto 1989, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, II, 679 ed ivi indicazioni dottrinali e giurisprudenziali sulla tematica della validità o meno della clausola “*interessi uso piazza*”) aveva posto alla base della statuizione della nullità della clausola un dato fattuale di immediata suggestione. Aveva, infatti, constatato come nella fattispecie esaminata, nei confronti di un medesimo debitore, le banche operanti in sede locale avevano praticato tassi debitori per operazioni in conto corrente fortemente differenziati, con un oscillazione dal 13,50% al 22,25%.

(59) Maisano, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie. La difficile transizione dal diritto della banca al diritto finanziario*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 134; Dolmetta, *Per l’equilibrio cit.*, p. 378.

5. Il “ritorno al passato”. La soppressione del principio della parità di trattamento

Per chiarire la portata del suesposto rilievo giova puntualizzare che qualche autore⁶⁰ aveva ricondotto, già alla disciplina della pubblicità introdotta dalla legge n. 154, l’abrogazione, sia pure implicita, del principio della parità di trattamento, di cui l’art. 8 della legge n. 64 del 1986.

Se è vero, infatti, che le banche sono obbligate ad indicare i tassi minimi per le operazioni passive ed i tassi massimi per quelle passive, è altresì vero - si faceva notare - che entro tali limiti quest’ultime sono liberi di praticare trattamenti differenziati tra i singoli clienti.

In definitiva nella legge n. 154 le banche erano (e lo sono ancora nel TUB) obbligate “*a rendere noti*” solo “*i tassi massimi ed i tassi minimi, ma i tassi così determinati*” potevano “*variare da luogo a luogo e nello stesso luogo*” e consentivano “*un’ampia libertà di manovra - oltre il limite minimo per la raccolta ed entro il limite massimo per gli impieghi - libertà di manovra che ovviamente*” poteva “*dar luogo a discriminazioni soggettive del tutto ingiustificate*”. Tale conclusione, tuttavia, non era condivisibile.

La stessa anzitutto presupponeva un’interpretazione del principio della parità di trattamento in termini assolutamente rigidi, nel senso cioè che l’art. 8 della legge n. 64 imponesse “*un’indiscriminata uniformità di trattamento*” e non risulta che nei predetti termini la disposizione abbia mai avuto applicazione, anche perché ciò sarebbe stato in contrasto con le diverse situazioni di mercato nelle quali operano le dipendenze della banca⁶¹.

Se quindi si ammetteva l’interpretazione più flessibile proposta dalla dottrina largamente consolidata⁶² - vale a dire che il principio di parità non escludeva la possibilità delle banche di praticare trattamenti differenziati, giacché il riferimento alle “*condizioni soggettive dei clienti*” postulava *ex se* il ricorso ad una fascia di tassi da applicare - è evidente che la previsione di differenziazioni tra clienti, implicita

(60) Maisano, *Trasparenza* cit., p. 168.

(61) Così Salanitro, *Tassi e condizioni* cit., p.495.

(62) Anche se sottolinea Porzio, *L’accordo* cit., p. 295, “*alcune delle interpretazioni proposte e degli esempi indicati ... in effetti (sembravano) destinati ad aggirare*” la disposizione dell’art. 8.

nell'obbligo delle banche di indicare i soli tassi minimi per la raccolta ed i soli tassi massimi per l'erogazione del credito, non era in contrasto con la richiamata norma. Ciò a maggior ragione se si considera che, a differenza dei progetti Fracanzani e Bodrato nei quali - come abbiamo visto - il superamento del principio di parità territoriale era evidente, in quanto era previsto che gli avvisi dovessero indicare sia i tassi praticati in campo nazionale, che quelli localmente applicati, nel comma 5 dell'art. 2 della Legge n. 154 era espressamente disposto che *“le informazioni rese pubbliche devono avere identico contenuto in tutto il territorio nazionale”*. Quindi sia pure solo a livello dell'informazione la parità di trattamento veniva espressamente riaffermata⁶³.

Non solo, ma il richiamo contenuto nell'art. 2 se per un verso dava luogo all'estensione della sfera di applicazione soggettiva della parità di trattamento a tutti gli intermediari non solo bancari, non potendosi dubitare che anche ai primi si riferisse la predetta norma, per altro verso non significava di certo che l'operatività del principio dovesse essere limitato al solo piano dell'informazione esigibile dall'intermediario.

Attraverso il collegamento tra pubblicità delle condizioni e contenuto dei contratti presente nella legge n. 154 del 1992, l'omogeneità dell'informazione si riverberava sul regolamento negoziale intermediario - cliente in almeno tre diversi momenti. Il primo della costituzione, attraverso l'adeguamento di tutti i contratti di un dato tipo alle condizioni che l'intermediario era tenuto a pubblicizzare e che dovevano rivestire identico contenuto (art. 5, comma 4, in relazione all'art. 2); il secondo durante l'esecuzione del rapporto, attraverso il diritto del cliente di recedere dal contratto di fronte alle modificazioni da parte dell'intermediario dell'originario regolamento negoziale e di *“ottenere in sede di liquidazione l'applicazione delle condizioni (uniformi) precedentemente in essere”* (art. 6)⁶⁴; il terzo nella fase patologica del

(63) A ragione, quindi, Zucchelli, *Note in margine alla Legge n. 154/92 in tema di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Banca, impresa e soc.*, 1992, p. 218 – 219, sottolinea l'importanza della norma, rilevando che la stessa, imponendo l'uniformità dell'informazione è rivolta a superare le disparità di trattamento che si registrano nelle diverse zone del paese.

(64) È chiaro, infatti, che sarebbe perfettamente inutile la garanzia dell'uniformità dei contratti al momento della costituzione, se poi, durante lo svolgimento del rapporto, il cliente, non potendo esercitare il *jus poenitendi*, restasse vincolato, a seguito della variazione unilaterale, ad un regolamento di interessi diverso da quello in origine programmato.

rapporto, in quanto non era dubitabile che, mediante la pubblicità, si “*facilita (va) la prova a chi volesse far valere in giudizio la violazione della regola giuridica*” diretta ad assicurare l’uniformità dei rapporti⁶⁵.

Tale legame tra trasparenza delle condizioni contrattuali e principio della parità di trattamento, destinato ad agevolare l’applicazione della regola di cui l’articolo 8 che era stata resa difficile proprio per la mancanza di un obbligo di pubblicità a carico delle banche, è, invece, venuto meno per effetto delle successive modifiche intervenute nel sistema normativo.

L’art. 8 è stato soppresso, a partire dal 31 maggio del 1993, dall’art. 4 della legge 19 dicembre 1992, n. 488.

Le banche (e gli altri intermediari) hanno quindi riacquisito la facoltà di praticare trattamenti differenziati da cliente a cliente “*anche a parità di condizioni soggettive*” e ciò non soltanto nella fase costitutiva del rapporto, ma anche durante tutto il corso del suo svolgimento, attraverso il *jus variandi* personalizzato riconosciuto all’intermediario, non più soggetto a quel limite, derivante dal coordinamento dell’art. 6 della legge n. 154 con l’art. 8 della legge n. 64, costituito dal rispetto, anche in sede di modifica del regolamento negoziale, del principio della parità.

Non è tutto. Il superamento del predetto principio incide sulla stessa trasparenza delle condizioni contrattuali.

Come conseguenza dell’abrogazione del principio della parità di trattamento, la previsione dell’uniformità dell’informazione su tutto il territorio nazionale non è stata riprodotta nell’art. 116 del Testo Unico, che sancisce gli obblighi di informazione a carico dell’intermediario.

Per effetto di tale modifica gli intermediari sono quindi tenuti a rendere noti “*i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti*”, ma questi possono variare da luogo a luogo e nella stessa “*località di insediamento*” da sportello a sportello, ritornandosi quindi alla logica espressa dai progetti Francanzani e Bodrato.

L’uniformità dell’informazione, vale a dire la pubblicazione nelle diverse filiali di un intermediario dello stesso tasso minimo per le operazioni passive e di uno stesso tasso massimo per quelle attive deve invece, a nostra avviso, ritenersi alla base di una disciplina piena della trasparenza, intesa non solo come mera visibilità delle condizioni praticate nel singolo sportello, ma anche come possibilità per il cliente di

(65) Porzio, *L’accordo cit.*, p. 294.

selezionare tra le diverse offerte quella più conveniente.

Trattasi, infatti, di elemento indispensabile a consentire al cliente la possibilità di valutare la vantaggiosità dell'offerta ad un duplice livello. A livello della singola impresa, attraverso la comparazione dei tassi e delle condizioni rese disponibili in uno sportello con i tassi e le condizioni che per lo stesso tipo di operazione il medesimo intermediario applica in un altro sportello. A livello intersoggettivo, attraverso il confronto dell'offerta contrattuale di quell'intermediario con l'offerta del medesimo tipo di tutti gli altri intermediari.

Orbene, fino a quando nel settore bancario le imprese operavano in regime di oligopolio territoriale, con limitazioni anche per quanto riguarda il numero e la localizzazione degli sportelli, si può comprendere come il sistema non si preoccupasse di assicurare la libertà di scelta dei terzi contraenti ed in particolare se costoro attuassero o meno le loro scelte in base all'esame delle diverse proposte contrattuali per preferire quella eventualmente più favorevole.

Ma quando ad un mercato oligopolistico viene a sostituirsi un mercato concorrenziale in cui sono destinate ad operare le imprese più efficienti (la cd. competitività del sistema), il problema della comparazione tra le diverse offerte contrattuali diventa determinante per la scelta tra l'una o l'altra impresa bancaria.

Se è quindi vero da un lato che l'imposizione alle imprese di regole di trasparenza mira a soddisfare (anche) siffatte esigenze, ponendo il cliente in condizione di optare per l'impresa che offra il trattamento migliore, è evidente però dall'altro che la soppressione del principio della "*uniformità di trattamento*" non agevola appieno il conseguimento di tale risultato.

6. Le regole di trasparenza contenute nel Titolo VI, capo I, del TUB. La sistemazione dei rapporti con la disciplina sulla prestazione dei servizi di investimento nel mercato mobiliare e con le norme relative alla prestazione dei servizi di pagamento e alle operazioni di credito al consumo

Occorre ora dar conto di altri due adattamenti apportati dal Testo Unico alla previgente normativa della trasparenza. L'uno relativo

all'individuazione dei destinatari della disciplina, l'altro al coordinamento delle regole di trasparenza con le disposizioni analoghe previste per gli altri settori del mercato creditizio, le operazioni di credito al consumo e, successivamente, i servizi di pagamento, nonché per il mercato mobiliare.

Nel Titolo VI del TUB, intitolato "*Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*"⁶⁶ sono infatti confluite non solo le disposizioni in tema di trasparenza delle operazioni bancarie e finanziarie (Capo I), in origine contenute nella legge n. 154 del 1992, ma anche quelle in tema di "*credito al consumo*" (Capo II), inizialmente contenute negli art. 18-24 della legge n. 142 sempre del 1992.

A seguito, poi, dell'attuazione⁶⁷ nel mercato nazionale delle Direttiva 2007/64/CE relativa ai servizi di pagamento, è stato inserito nel Titolo VI del TUB⁶⁸ un nuovo Capo, il II *bis*, dedicato, come indica la sua rubrica, alla regolamentazione dei predetti servizi.

Anche la disciplina delle operazioni e servizi conclusi nel mercato mobiliare è stata oggetto di un'evoluzione simile. Le disposizioni contenute nella legge n. 1 del 1991 sono state travasate nel Capo II, intitolato "*svolgimento dei servizi e delle attività*" del D.Lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, con il quale è stato introdotto, in forza della delega contenuta negli art. 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n.52, il "*Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*", d'ora innanzi in acronimo TUF.

Peraltro anche tale testo è stato sottoposto a una profonda rivisitazione⁶⁹, determinata dalla necessità di dare attuazione ad un'altra Direttiva Cee, la n. 2004/39/CE, relativa ai mercati degli strumenti finanziari, meglio nota come direttiva Mifid.

Ciò precisato, il campo di applicazione del Capo I del Titolo VI del TUB che disciplina le "*operazioni e servizi bancari e finanziari*", diversi, dalle operazioni di credito al consumo (Capo II) e dai servizi di pagamento (Capo II *bis*), è definito dall'art. 115.

La norma, anche a seguito delle numerose rivisitazioni alle quali è

(66) Rubrica così sostituita dall'art. 4, comma 1, del D.Lgs. 13 agosto 2010, n.141. La rubrica originaria era la seguente "*Trasparenza delle condizioni contrattuali*".

(67) Avvenuta con il D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 11.

(68) Dall'art. 34, comma 1, lett. b), del medesimo D.Lgs. 27 gennaio 2010, n.11.

(69) Dal D.lgs. 17 settembre 2007, n.164.

stata sottoposta⁷⁰, realizza una qualche semplificazione rispetto alla legge n. 154 del 1992⁷¹.

Infatti, l'art. 1 della richiamata legge, per la individuazione dei destinatari della disciplina, adoperava un criterio misto, soggettivo per le banche, oggettivo per gli altri intermediari. Le banche (gli enti creditizi secondo la terminologia adoperata dalla legge) erano sottoposte alla disciplina della trasparenza in quanto tali, indipendentemente dall'attività in concreto svolta. Per gli altri intermediari, invece, il criterio di individuazione era costituito esclusivamente dall'esercizio professionale di una o più delle attività indicate nell'elenco allegato alla Seconda Direttiva del 15 dicembre 1989, la n. 89/646/CE, e ammesse al mutuo riconoscimento⁷².

Per quest'ultimi, pertanto, momento centrale della disciplina era quello dell'attività in concreto esercitata; indipendentemente dai requisiti soggettivi, l'intermediario doveva rispettare nei rapporti con i clienti le regole imposte dal legislatore (e quali fonti normative secondarie dal Ministro del Tesoro e dalla Banca d'Italia), quando l'impresa svolta rientrasse nell'elenco di cui alla Seconda Direttiva.

(70) Dall'art. 1, comma 1, D.Lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, dall'art. 34, comma 1, lett. a), D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, a decorrere dall'1 marzo 2010, ai sensi di quanto disposto dall'art. 42, comma 1, del medesimo D.Lgs. n. 11/2010 e, successivamente sostituito dall'art. 4, comma 2, del D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141, che ha sostituito l'intero Capo I, con la decorrenza sempre dal centovesimo giorno successivo alla sua pubblicazione (Gazz. Uff. 4 settembre 2010, n. 207, S.O.), ai sensi dell'art. 6, comma 2, del medesimo D.Lgs. n. 141/2010.

(71) Majello, *Sub art. 115, in Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (Commento al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385)*, a cura di F. Belli, G. Contento, A. Patroni Griffi, M. Porzio, V. Santoro, vol. II, Zanichelli, Bologna, 2003, p. 1919. V. anche Antonucci, *Diritto delle Banche*, Quinta edizione, Giuffrè, Milano, 2012, p. 272.

(72) Ossia le attività di: credito al consumo, credito ipotecario, factoring, cessioni di credito, credito commerciale, leasing finanziario, servizi di pagamento, emissione e gestione dei mezzi di pagamento (carte di credito, traveller cheque, lettere di credito), operazione sui cambi, strumenti finanziari a termine e opzioni, valori mobiliari, servizi di intermediazione finanziaria del tipo "money broking", locazione di cassette di sicurezza.

Sulla Seconda Direttiva di coordinamento delle disposizioni riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e suo esercizio v. Belli - Brozzetti, *La seconda direttiva di coordinamento e le altre direttive in materia bancaria emanate nel 1989*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1990, p. 107 ss.; Godano, *Aspetti generali della "seconda direttiva banche"*, in *Foro It.*, 1990, IV, p. 436 ss.

Si prescindeva, perciò, dalla sottoposizione dei predetti soggetti a controlli e discipline di settore, analoghi a quelli previsti per le banche.

La formulazione della norma, quindi, era tale da poter abbracciare un novero di soggetti più ampio delle banche e degli intermediari finanziari disciplinati dalle singole leggi, potendosi in astratto la normativa riferirsi ad ogni altro soggetto, diverso da quest'ultimi, che esercitasse "*professionalmente una o più delle attività indicate*" nell'elenco allegato alla direttiva.

Speculari alla norma ora esaminata erano le regole contenute nell'art. 2, perché alla dilatabilità dal punto di vista soggettivo della normativa corrispondeva, nel richiamato articolo, una pari dilatabilità sul piano delle operazioni cui si applicavano le regole in esame.

L'art. 2, infatti, individuava una serie di atti e di operazioni, ai quali si applicava la disciplina speciale, mediante il richiamo all'elenco allegato alla legge. Va, però, subito detto che al predetto elenco non poteva collegarsi l'intento né di cristallizzare l'attività specifica degli intermediari finanziari e creditizi soltanto a livello di quelle determinate operazioni appositamente previste, né di circoscrivere a queste l'applicazione delle regole di trasparenza.

Non il primo effetto, giacché essendo tal elenco modellato sull'accordo interbancario⁷³, le operazioni in esso menzionate erano sostanzialmente tutte quelle che potevano porre in essere le banche⁷⁴. Pertanto, rispetto all'attività tipica degli intermediari previsti dall'articolo 1, veniva coperto un campo più limitato, nel senso che erano esclusi dall'elenco quegli atti che, pure qualificando l'impresa (l'attività) di uno degli intermediari indicati nell'art. 1, non rientravano tra le operazioni normalmente svolte dalla banca (e ancor più ne sarebbero restati fuori in avvenire con l'elaborazione di nuovi modelli contrattuali).

In conseguenza di tanto doveva escludersi anche il secondo effetto, vale a dire la tassatività dell'elencazione contenuta nell'allegato, come peraltro si desumeva dal comma 7 dell'art. 2.

(73) In Zucchelli, *Note cit.*, p. 227 ss., un completo schema comparativo delle operazioni disciplinate dalla legge e dall'accordo interbancario.

(74) Con l'eccezione - probabilmente unica - dell'attività di negoziazione in borsa, o al mercato ristretto di valori mobiliari diversi dai titoli di Stato o garantiti dallo Stato (art. 16, legge 2 gennaio 1991, n. 1), ricompresa nella voce dell'allegato "*negoziazione di titoli (di Stato, Obbligazionari, Azionari)*".

Proprio per la possibilità che venissero introdotti sul mercato prodotti finanziari di nuova creazione era attribuito alla Banca d'Italia il potere di individuare altre operazioni e servizi, diversi da quelli menzionati nell'art. 2, da assoggettare alle regole di pubblicità.

Tutto ciò comportava che, pur essendo l'ambito soggettivo di applicazione della normativa determinato dall'attività tipica degli intermediari, della stessa tuttavia si doveva prescindere quando si passava a determinare l'ambito oggettivo, essendo quest'ultimo definito dall'articolo 2.

Corollario ulteriore era che, se per un verso poteva dubitarsi del fatto che tutti i contratti che individuavano l'oggetto imprenditoriale dei singoli intermediari fossero assoggettabili alle predette regole, non dando sempre vita ad una delle ipotesi previste nell'allegato, per altro verso era certo, invece, che tutte le operazioni rientranti in quest'ultimo, nonché le eventuali altre individuate dalla Banca d'Italia, per il solo fatto di essere poste in essere da uno degli imprenditori di cui all'articolo 1, rientravano nell'applicazione della disciplina speciale, pur quando non ne caratterizzassero l'attività⁷⁵.

Tale soluzione era coerente con la *ratio* complessiva della legge, diretta ad assicurare al cliente un'informazione completa e corretta sulle operazioni creditizie e finanziarie da chiunque posta in essere, perché la mera circostanza che il prodotto finanziario offerto non fosse collegato all'impresa in concreto svolta, comunque non avrebbe escluso l'esigenza di protezione del contraente cd. debole⁷⁶.

(75) V. in proposito anche Porzio, *Sub art. 1. Legge 17 febbraio 1992, n. 154 cit.*, p.1128 ss.

(76) È sintomatica di questa volontà da parte dell'ordinamento l'ulteriore regola contenuta nell'articolo 2, comma 6, del decreto del Ministro del Tesoro del 24 aprile 1992. La "pubblicità" viene riferita anche ai "prodotti... eventualmente commercializzati per conto di altri intermediari sottoposti alla presente normativa" e si vincolano gli "intermediari che si avvalgono della rete distributiva di altri soggetti ... a fornire tempestivamente a quest'ultimi i dati da pubblicizzare attraverso i fogli informativi analitici e gli avvisi sintetici". Lo scopo è proprio quello di allegare l'applicazione della legge a tutte le offerte di prodotti finanziari, in cui sussiste un'esigenza di protezione del cliente, non potendosi dubitare che, anche nella commercializzazione per conto terzi, quest'ultimo vada tutelato, non diversamente dalla vendita di propri prodotti e da quella realizzata nei locali dell'impresa.

In dottrina, sul punto, Clarizia, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e obblighi di informazione*, in *Riv. it. leasing.*, 1992, p. 219 -220.

Si potrebbe anzi dire che, attraverso il collegamento dell'art. 1 all'art. 2, siffatta esigenza di protezione veniva garantita e ben tre diversi livelli. A livello soggettivo, perché come abbiamo detto la formulazione dell'articolo 1 era tale da abbracciare le operazioni bancarie e finanziarie poste in essere da un novero di soggetti sicuramente più ampio delle banche e degli intermediari finanziari; a livello oggettivo, in quanto l'articolo 2 consentiva di estendere la disciplina della trasparenza a tutta la serie di contratti indicati nella legge, o successivamente individuati dall'Autorità creditizia, indipendentemente dalla loro riferibilità all'attività specifica del singolo intermediario; simultaneamente su entrambi i suddetti livelli, perché le predette regole si applicavano non soltanto a tutti gli atti che venissero posti in essere dalle banche e dagli intermediari finanziari, ma anche a tutti gli atti dello stesso tipo che fossero posti in essere da soggetti extra bancari ed extra finanziari, pur quando non erano "tipici" della loro attività.

Tale eccessiva dilatazione del novero dei soggetti ai quali si applicavano le regole di trasparenza per gli atti e operazioni da essi posti in essere, poneva tuttavia dei problemi di sovrapposizione di discipline simili.

Essendo, infatti, incluse tra le attività richiamate nell'elenco allegato alla Seconda Direttiva anche quelle tipiche del mercato mobiliare e del credito al consumo, per tal via la legge n. 154 del 1992 si applicava agli operatori dei predetti mercati, benché già destinatari di regole di comportamento similari e per molti aspetti più incisive.

Scaturivano da ciò non solo evidenti problemi di sovrapposizione di discipline, ma con riferimento all'intermediazione mobiliare anche di controlli, affidati simultaneamente alla Consob e alla Banca d'Italia⁷⁷.

Diversa è la scelta operata dal legislatore del TUB. Il campo di applicazione della disciplina è individuato direttamente dal riferimento alle banche, nonché agli intermediari finanziari regolati dal titolo V della legge⁷⁸. Viene quindi riproposto anche per quest'ultimi il criterio soggettivo in precedenza utilizzato solo per le banche. È, infatti, il riferimento ai soggetti a consentire l'individuazione dello spettro di atti ai quali si applica la disciplina, ossia l'ambito oggettivo di applicazione delle regole di trasparenza, rappresentato per le banche dagli atti posti in

(77) Per una critica a tale soluzione v. Porzio, *Sub art. 1. cit.*, p. 1130.

(78) In tal senso Antonucci, *Diritto cit.*, p. 272.

essere nell'esercizio dell'attività bancaria, nonché di ogni altra attività finanziaria (art. 10) e per gli altri intermediari dagli atti posti in essere nell'"*esercizio nei confronti del pubblico*" delle attività finanziarie (art. 106). L'individuazione delle attività finanziarie alle quali si applicavano le regole di trasparenza poneva però qualche difficoltà. Diversamente dall'attività bancaria, individuata nel tradizionale collegamento tra la raccolta del risparmio e l'esercizio del credito, quella finanziaria non veniva direttamente definita dalla legge. Già la relazione al TUB (sub art. 10) chiariva, tuttavia, che nel novero della attività finanziarie erano "*comprese... quelle ammesse al mutuo riconoscimento*", a loro volta individuate nell'art.1, comma 2, lett. f⁷⁹. A tale elenco si doveva aggiungere l'assunzione di partecipazioni che gli intermediari finanziari erano autorizzati a svolgere dall'art. 106, ma che non rientrava nelle attività ammesse al mutuo riconoscimento, e sottrarre la prestazione dei servizi di investimento, in quanto riservata dalla legge a soggetti diversi dalle banche e intermediari finanziari⁸⁰.

(79) Si tratta: della "1) *raccolta di depositi o di altri fondi con obbligo di restituzione*"; delle "2) *operazioni di prestito (compreso in particolare il credito al consumo, il credito con garanzia ipotecaria, il factoring, le cessioni di credito pro soluto e pro solvendo, il credito commerciale incluso il "forfaiting")*"; del "3) *leasing finanziario*"; della "4) *prestazione di servizi di pagamento come definiti dagli articoli 1, comma 1, lettera b), e 2, comma 2, del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11*"; della "5) *emissione e gestione di mezzi di pagamento («travellers cheques», lettere di credito), nella misura in cui quest'attività non rientra nel punto 4*"; del "6) *rilascio di garanzie e di impegni di firma*"; delle "7) *operazioni per proprio conto o per conto della clientela in: - strumenti di mercato monetario (assegni, cambiali, certificati di deposito, ecc.); - cambi; - strumenti finanziari a termine e opzioni; - contratti su tassi di cambio e tassi d'interesse; - valori mobiliari*"; della "8) *partecipazione alle emissioni di titoli e prestazioni di servizi connessi*"; della "9) *consulenza alle imprese in materia di struttura finanziaria, di strategia industriale e di questioni connesse, nonché consulenza e servizi nel campo delle concentrazioni e del rilievo di imprese*"; dei "10) *servizi di intermediazione finanziaria del tipo "money broking"*"; della "11) *gestione o consulenza nella gestione di patrimoni*"; della "12) *custodia e amministrazione di valori mobiliari*"; dei "13) *servizi di informazione commerciale*"; della "14) *locazione di cassette di sicurezza*".

(80) Tale esclusione conseguiva dal fatto che sia il comma 3, dell'art. 10, con riferimento all'attività finanziaria esercitabile dalle banche, sia il comma 2 dell'art. 106, con riferimento a quella svolta dagli intermediari, facevano "*salve le riserve di attività previste dalla legge*".

Tale salvezza è scomparsa nella formulazione attuale dell'art. 106. Ciò, tuttavia, si spiega con la sostanziale inutilità della previsione in seguito alla riscrittura della norma. Come si vedrà nel testo, per gli intermediari iscritti nell'albo dell'art. 106 l'esclusione

La riscrittura dell'art. 106 da parte dell'art. 7, comma 1, del D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141, che ha sostituito l'intero Titolo V, ha semplificato la individuazione delle attività finanziarie alle quali si applicano le regole di trasparenza.

Il comma 1 dell'art. 106, con riferimento agli intermediari iscritti nell'albo da esso previsto, limita l'attività finanziaria esclusivamente all'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione dei finanziamenti sotto qualsiasi forma⁸¹, escludendo quindi l'assunzione di partecipazioni, e rimette al Ministero dell'Economia e delle Finanze, sentita la Banca d'Italia, l'individuazione del suo contenuto tipico.

Orbene, il D.M. 2 aprile 2015, all'art. 2, non solo fornisce una definizione della concessione dei finanziamenti⁸², ma ne individua anche gli atti che la caratterizzano, attraverso un elenco⁸³ più preciso di quello riportato nella lett. f, comma 2, dell'art. 1. Rispetto a tale elenco sono infatti escluse le attività – ad esempio i “*servizi di informazione commerciale*” – che sicuramente non hanno natura finanziaria, nonché quelle che integrano la prestazione di un servizio di investimento, ad esempio le “*operazioni*” in “*strumenti finanziari*”, o “*valori mobiliari*”, i “*contratti su tassi di cambio e tassi d'interesse*”.

Sulla portata e le conseguenze di tale ultima esclusione ci soffermeremo a breve. Qui vanno posti in luce due rilievi suggeriti rispettivamente dalle stesse formulazioni letterali dell'art. 106 e dell'art. 115.

dal novero delle attività finanziarie da essi esercitabili, di quelle riservate dalla legge a soggetti diversi, è ora conseguenza sia della limitazione a livello di norma primaria della predetta attività alla sola concessione dei finanziamenti, sia della puntuale indicazione, a livello di norma secondaria, del contenuto tipico della stessa. Ed infatti nell'elenco delle operazioni che gli intermediari sono abilitati a concludere non sono ricompresi gli atti, quali la prestazione dei servizi di pagamento o di investimento, riservati dalla legge ad altri soggetti e che potrebbero essere svolti dagli intermediari, solo se espressamente autorizzati dalle Autorità di vigilanza.

(81) A differenza dell'originaria formulazione, che faceva riferimento anche all'attività di assunzione di partecipazioni e di intermediazioni in cambi.

(82) Individuata nella “*concessione di crediti, ivi compreso il rilascio di garanzie sostitutive del credito e di impegni di firma*”.

(83) Rientrano così nella concessione dei finanziamenti la “*locazione finanziaria*”, l’“*acquisto di crediti a titolo oneroso*”, il “*credito ai consumatori*”, quello “*ipotecario*”, il “*prestito su pegno*”, il “*rilascio di fidejussioni, avallo, apertura di credito documentaria, accettazione, girata, impegno a concedere credito, nonché ogni altra forma di rilascio di garanzie e di impegni di firma*”.

Il primo è che la delimitazione della categoria di intermediari è attuata, similmente a quanto previsto per l'intermediazione mobiliare dall'art. 18 del TUF, avendo riguardo all'esercizio dell'attività nei confronti del "pubblico"⁸⁴, a differenza della legge n. 154 che richiedeva invece soltanto l'esercizio "professionale". Il secondo rilievo è che il riferimento testuale "alle attività svolte nel territorio della Repubblica", fa sì che l'individuazione dei destinatari della disciplina, non dipenda dalla loro nazionalità, ma dalla dislocazione della operatività. Ne consegue che alla disciplina della trasparenza sono sottoposti anche le banche e gli intermediari esteri, sia quando svolgono la loro attività in Italia attraverso l'impianto di una succursale, sia quando (per le banche e intermediari comunitari) operano in regime di libera prestazione dei servizi⁸⁵. Questo, quindi, è il primo correttivo apportato dal Testo Unico alla previgente disciplina della trasparenza.

Ma all'art. 115 va riconosciuto anche l'ulteriore merito di aver provveduto a una nuova e più condivisibile sistemazione dei rapporti tra la disciplina della trasparenza e quelle consimili, adottate dal legislatore con riferimento al mercato mobiliare e agli altri due specifici settori del mercato creditizio, le operazioni di credito al consumo e i servizi di pagamento.

Nel vigore della legge n. 154 del 1992 l'ampliamento delle regole di trasparenza alle attività tipiche del mercato mobiliare e del credito al consumo aveva dato luogo – come si è accennato sopra – a problemi di sovrapposizione con le norme introdotte rispettivamente dalla legge n. 1 del 1991⁸⁶ e dalla legge n. 142 del 1992⁸⁷.

(84) Sulla nozione di "pubblico" e sulla necessità della ricostruzione unitaria di questa nei due settori dell'intermediazione creditizia e mobiliare, ci permettiamo di rinviare al Nostro, *La raccolta del risparmio fra il pubblico e la posizione della impresa bancaria nell'ordinamento creditizio (a proposito della sentenza n. 2579 del 1998 delle sezioni unite della Cassazione)*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1991, I, p. 339 ss.

(85) Antonucci, *Diritto cit.*, p. 273, con la precisazione che alle attività svolte in regime di libera prestazione dei servizi, le norme si applicherebbero solo in caso di spostamento del prestatore dei servizi. Con riferimento alla formula analoga utilizzata nell'art.1 della legge n.154 del 1992, v. Porzio, *Sub art.1 cit.*, p. 1130.

(86) V. Maisano, *Trasparenza cit.*, p. 163.

(87) Quest'ultima, infatti, forniva già un quadro sufficientemente completo in merito agli obblighi informativi, alla forma dei contratti, al loro contenuto, rispetto al quale le ulteriori previsioni della legge n. 154 avrebbero potuto rappresentare, al più integrazioni e aggiunte.

Con riferimento poi al mercato mobiliare sorgevano anche conflitti di competenza tra la Banca d'Italia e la Consob.

La scelta di ripartizione dei controlli “per funzioni”, faticosamente consolidatasi nell'art. 9 della legge n. 1 del 1991, avrebbe infatti dovuto indurre ad assegnare il controllo di “trasparenza” alla Consob. La legge n. 154 del 1992, invece, aveva affidato detto controllo alla Banca d'Italia, con buona pace dell'ampio e intenso dibattito dottrinale e parlamentare che aveva preceduto e seguito l'entrata in vigore della legge n. 1 del 1991.

Né a tale ultimo riguardo poteva giovare l'interpretazione, fortemente correttiva e ai margini della legittimità costituzionale, contenuta nell'art. 1, comma 2, del decreto ministeriale del 24 aprile 1992. La norma, infatti, ricostruiva i rapporti tra la normativa prevista dalla legge n. 154 e le altre discipline (principalmente legge sulle Sim e legge sul credito al consumo) come rapporto di genere a specie, ma lasciava del tutto irrisolto per l'intermediazione mobiliare la questione della divisione dei compiti tra la Banca d'Italia e la Consob.

Dal conto suo, la Banca d'Italia non aveva inteso portare alle estreme conseguenze l'impostazione del Ministro del Tesoro. La sottrazione delle Sim alla legge n. 154 non riguardava l'intero provvedimento.

Formavano oggetto di disapplicazione integrale le norme sulla forma e sul contenuto dei contratti, le regole sulla comunicazione periodica alla clientela e quelle che si riferivano alla richiesta di documentazione da parte dei clienti, in quanto profili già ampiamente disciplinati dalla legge n. 1 del 1991 e dai regolamenti di attuazione⁸⁸. Restavano per contro applicabili – sebbene con qualche aggiustamento – le norme sulla comunicazione delle condizioni alla clientela (affissione nei locali, avvisi sintetici e analitici) e quelle relative alle modifiche delle condizioni contrattuali.

Orbene, se da un lato poteva dubitarsi dell'effettiva utilità delle prime con riferimento alla ben più incisiva disciplina delle informazioni dovute ai clienti prevista dalla legge n. 1 del 1991, dall'altro le norme sullo *jus variandi* rappresentavano addirittura un passo indietro rispetto alla linea di tendenza emersa nel mercato mobiliare. Veniva, infatti, esteso all'attività negoziale delle Sim un potere di modificazione unilaterale del contratto, che la legge n. 1 del 1991 non aveva legittimato, ammettendosi

(88) Precisamente per tali profili il provvedimento 24 maggio 1992 della Banca d'Italia rinviava alle delibere Consob n. 5386 e 5387 del 1991.

altresì il ricorso a forme impersonali di comunicazione delle variazioni contrattuali, mediante avvisi da pubblicare sulla Gazzetta Ufficiale, del tutto inidonee rispetto alla finalità dichiarata di consentire al cliente il tempestivo esercizio (15 giorni dalla pubblicazione) dello *jus poenitendi*.

L'estensione delle regole della trasparenza alle operazioni finanziarie avrebbe, invece, dovuto consigliare al legislatore una più netta distinzione della disciplina dell'attività di intermediazione finanziaria da quella di intermediazione mobiliare, al fine di tenere fuori quest'ultima, per la quale erano previste forme di protezione del contraente debole ben più pregnanti di quelle offerte dalla legge n. 154.

Tale esigenza di operare una netta demarcazione tra le sfere di applicazione delle due discipline è stata avvertita e soddisfatta dal legislatore del TUB.

La possibilità di estendere l'applicazione delle regole di trasparenza contenute nel capo I, a operazioni e servizi finanziari diversi da quelli disciplinati nel medesimo capo, è prevista dal comma 3 dell'art. 115, soltanto per le operazioni del credito al consumo e i servizi di pagamento e sempre che tali regole "*siano espressamente richiamate*". Risultano, invece, escluse dall'ambito di applicazione del TUB e perciò stesso dalle regole di trasparenza previste nell'intero Titolo VI, tutte le attività riservate a soggetti diversi dalle banche (arg. dall'art. 10, comma 3) e dagli intermediari finanziari (arg. dall'art. 2 del D.M. 2 aprile 2015, n. 53) e quindi in definitiva le attività di intermediazione mobiliare individuate nell'art. 1, comma 5, del TUF e riservate in linea di principio dall'art. 18 della stessa legge alle imprese di investimento.

È noto, tuttavia, che tale riserva di attività soffre di importanti deroghe.

La più rilevante è quella prevista dal medesimo art. 18 del TUF a favore delle banche. Quest'ultime, previa autorizzazione della Banca d'Italia, possono svolgere tutte le attività indicate dall'art. 1, comma 5, per cui vedono raggugliata la loro operatività nel mercato mobiliare a quella delle Sim.

L'altra deroga è prevista a favore degli intermediari finanziari, anche se in termini più ristretti rispetto alle banche. Sotto il profilo soggettivo, in quanto tale possibilità non è consentita a tutti gli intermediari, ma solo a quelli iscritti nell'albo di cui all'art. 106. Sono quindi escluse le società finanziarie di cui all'art. 18 del TUB. Sotto quello oggettivo, perché i predetti intermediari possono svolgere le sole attività di negoziazione

(sia per conto proprio che per conto terzi) di strumenti finanziari derivati, nonché di collocamento di strumenti finanziari per conto degli emittenti.

L'accesso quindi dei soggetti disciplinati dal TUB all'esercizio delle attività previste dal TUF sembrerebbe porre nuovamente un problema di sovrapposizione delle discipline in concreto applicabili e di conflitto di competenze tra la Consob e la Banca d'Italia.

Orbene, per la prima questione, il legislatore sia del TUB (così l'art. 10, comma 2) sia del TUF (così l'art. 23, comma 4) adottano la medesima soluzione, stabilendo che alle banche e intermediari finanziari, abilitati alla prestazione dei servizi di investimento, si applicano le regole proprie del tipo di attività svolta.

Donde la conseguenza che per i servizi e attività di investimento prestati, banche e intermediari sono assoggettati esclusivamente agli obblighi trasparenza e correttezza dei comportamenti stabiliti dagli art. 21 e ss. del TUF.

Per la ripartizione dei controlli è abbandonato il criterio della attribuzione per soggetti. Viene, infatti, stabilita una divisione di competenze per funzioni, con l'attribuzione alla Consob di una potestà regolamentare esclusiva e di un correlativo potere di vigilanza sul rispetto delle norme emanate in materia di regole di comportamento nella prestazione dei servizi di investimento, anche nei confronti delle banche e degli intermediari del TUB⁸⁹.

A parte l'agevolazione concessa alle banche, rispetto agli altri intermediari finanziari disciplinati dal TUB, di poter svolgere tutte le attività di intermediazione mobiliare, agevolazione che vale senz'altro a caratterizzare il nostro sistema come fortemente "*bancocentrico*"⁹⁰, va sottolineata la definitiva presa di coscienza da parte del legislatore della necessità di scindere l'intermediazione finanziaria, in attività finanziaria in senso stretto e attività di intermediazione mobiliare, ognuna sottoposta a proprie regole.

Già con la legge n. 1 del 1991 prima, e dopo con la legge 197 del 1991 (disciplina dell'intermediazione finanziaria per prevenire il riciclaggio

(89) Vedi Costi – Enriques, *Il mercato mobiliare*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. VIII, Cedam, Padova, 2004, p. 302.

(90) Per primo, ma con riferimento alle legge n. 1 del 1991 e quasi profeticamente, Minervini, *Sim e riorganizzazione del mercato mobiliare, alcuni appunti su una legge difficile*, in *Corriere giur.*, 1991, p. 131.

del danaro), che dava una nuova nozione di attività finanziaria (art. 4, comma 2), si era iniziato a operare tale separazione. La stessa è stata portata a compimento dall'art. 106 del TUB, che circoscrive l'ambito di applicazione delle norme ai soggetti che esercitano l'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, e quindi dà una nozione di intermediazione finanziaria che non comprende più quella del mercato mobiliare⁹¹.

Tale separazione viene poi confermata anche con riferimento ai comportamenti cui sono tenuti gli intermediari nei confronti della clientela, dall'art. 115 del TUB e dall'art. 23, comma 4, del TUF⁹². Infatti, ai relativi rapporti negoziali si applicheranno le norme del TUB o quelle del TUF, a seconda se essi siano sorti nell'ambito delle attività autorizzate ai sensi dell'art. 106, vale a dire di intermediazione finanziaria in senso stretto, ovvero dell'art. 18 del TUF, ossia di intermediazione mobiliare⁹³.

Ed è significativo il rilievo che tale impostazione è stata portata all'estreme conseguenze dal Regolamento in materia di mercati emanato dalla Consob il 29 ottobre 2007 (delibera n.16190). La concessione di finanziamenti è attività riservata alla banche e agli intermediari finanziari, ai sensi degli art. 10 e 106 del TUB, e quindi in linea di principio assoggettata alle regole di trasparenza previste da quest'ultimo. Quando però questa viene svolta in connessione alla prestazione di un servizio di investimento, e quindi di un'attività autorizzata ai sensi dell'art. 18 del TUF, l'art. 37 del richiamato regolamento Consob stabilisce che le si

(91) V. Salodini, *Intermediari finanziari*, in *Il diritto Encicl. giur.*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 2007, p. 103.

(92) V. Criscuolo, *Gli intermediari finanziari non bancari - Attività, regole e controlli*, Cacucci, Bari, 2003, p.145.

(93) Quanto detto non intende chiaramente ignorare che esistono diverse nozioni di "attività finanziaria", alle quali fanno riferimento un "nugolo di leggi" e che in particolare esiste una nozione "ibrida", di attività finanziaria all'art. 59 del TUB che dà una definizione di "società finanziaria", la quale ancora comprende l'attività di intermediazione mobiliare. Non è certamente questa la sede per affrontare una tematica dai risvolti così complessi e delicati, soprattutto per la difficoltà di trovare un criterio, che trovando una *ratio* ad ogni norma, eviti contraddizioni nel sistema e rischi di sovrapposizione, o contrasti di discipline speciali. Ci sembra, tuttavia, che la portata definitoria di tali disposizioni non vada estesa al di là degli specifici contesti nel quale le stesse sono dettate e dalle finalità perseguite, che nel caso dell'art. 59 del TUB è quella di estendere anche agli intermediari in strumenti finanziari le regole sulla vigilanza consolidata.

applicano le regole proprie di tale attività, a partire da quelle in ordine al contenuto del contratto⁹⁴.

Il discorso, però, non si chiude qui.

Con il medesimo fine di evitare possibili sovrapposizioni tra la normativa della trasparenza e quelle consimili, previste con riferimento a specifici settori dell'attività creditizia, il legislatore del TUB, nelle varie riscritture dell'art. 115, si è preoccupato, come si diceva, di definire l'ambito di applicazione della disciplina contenuta nel Capo I, rispetto alle regole previste per i contratti di credito al consumo e i servizi di pagamento, contenute rispettivamente nel capo II (art. 121 -126) e II *bis* (art.126 *bis* - *octies*).

Il comma 3, infatti, nella sua formulazione attuale circoscrive ancor più la portata delle norme contenute nel capo I, stabilendo che quest'ultime non si applicano alle operazioni di credito al consumo e ai servizi di pagamento, a meno che non siano espressamente richiamate.

In concreto, come emerge dall'esame del capo II, alle operazioni di credito al consumo continueranno ad applicarsi, in conseguenza dell'espresso richiamo contenuto nel comma 2 dell'art.125 *bis*, i commi 2, 3 e 6 dell'art.117, che hanno riguardo rispettivamente al potere del CICR di prevedere per determinati contratti forme alternative a quella scritta, alla nullità in ipotesi di inosservanza della forma prescritta, e all'integrazione del contratto in caso di nullità parziale, l'art 118 in tema di *jus variandi*, l'art.119, comma 4, in tema di rendiconto delle operazioni, nonché il comma 2 dell'art. 120, in tema di anatocismo.

Ancora più ridotta è l'applicazione delle regole del capo I per i servizi di pagamento che, come emerge dall'esame del capo II *bis*, è circoscritta dal rinvio operato dall'art.126 *quinquies*, solo alle previsioni dell'art. 117, sia in tema di forma (commi 2, 3 e 6), che di contenuto minimo essenziale (comma 4) e di integrazione (comma 7) delle lacune del "contratto quadro" stipulato tra il "prestatore" e l'"utilizzatore".

È agevole, perciò, il rilievo che è venuto meno il rapporto di genere a specie che nella originaria formulazione della norma sussisteva tra la disciplina della trasparenza e quella dettata per talune operazioni

(94) Sulle regole di formazione dei contratti in materia di intermediazione mobiliare, v. Vettori, *Contratti di investimento e rimedi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, p. 785 ss.

bancarie (a quel tempo solo di credito al consumo)⁹⁵.

Le operazioni di credito al consumo e i servizi di pagamento⁹⁶ sono infatti assoggettati alle sole norme contenute nei capi II e II *bis* ad essi dedicati e alle regole generali e controlli di cui al capo III.

Rebus sic stantibus, si può allora con ragionevole certezza concludere che la valenza generale attribuita originariamente alla disciplina della trasparenza dalla legge n.154 del 1992, si è ormai disciolta in quella residuale, ossia di una normativa che si applica solo in assenza di specifiche discipline di settore. E residuale, rispetto alle altre, è divenuta conseguentemente anche la categoria delle operazioni e servizi bancari, a cui si applica la predetta disciplina. Questa è costituita da tutte le operazioni e i servizi, diversi dalle operazioni di credito al consumo e dai servizi di pagamento nel mercato creditizio, nonchè dai servizi di investimento nel mercato mobiliare.

Non sminuisce la valenza di tali conclusione il potere attribuito dal comma 2 dell'art. 115 al Ministro del Tesoro (ora Ministro dell'Economia e Finanze) di individuare altri operatori, diversi dalle banche e dagli intermediari, da sottoporre alla disciplina della trasparenza, in considerazione dell'attività svolta.

La norma ricorda la previsione dell'art. 2, comma 7, della legge n. 154 del 1992. Anche in tal caso siamo in presenza di una norma di chiusura ed identica è la *ratio*, giacché si vuole affidare ad una normativa secondaria l'estensione della disciplina ad altre ipotesi di minor forza contrattuale del cliente, vale a dire ad operazioni di tipo bancario o finanziario poste in essere da soggetti diversi dalle banche e dagli intermediari dell'art. 106.

L'esercizio di tale potere da parte dell'Autorità amministrativa non potrà, tuttavia, mai andare oltre i limiti previsti dalla norma primaria, ossia l'esclusione dell'applicazione della disciplina della trasparenza ai servizi di investimento, a quelli di pagamento e alle operazioni di credito al consumo, indipendentemente da quali siano i nuovi prestatori degli stessi che si affacciassero sul mercato.

(95) A quest'ultime, infatti, fino alla modifica introdotta dall'art. 4, comma 2, del D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141, continuavano ad applicarsi le norme previste dal capo I, salvo che "*per gli aspetti non diversamente disciplinati*" dal capo II.

(96) Quest'ultimi, oltre che dalle banche e dagli intermediari finanziari, possono essere prestati anche dagli istituti di pagamento e di moneta elettronica (art. 114 *sexies*).

Rafforza, poi, tale considerazione anche il raffronto con la analoga regola contenuta nella legge n. 154 del 1992, rispetto alla quale la norma rileva una sensibile contrazione della capacità, attraverso l'intervento affidato a una norma secondaria, di allargare la sfera di applicazione della legge a soggetti diversi dalle banche e dagli intermediari finanziari.

La legge n.154, infatti, consentiva di comprendere nell'alveo delle regole di trasparenza tutti gli atti bancari o finanziari, indipendentemente dalla loro riconducibilità all'attività tipica dei soggetti da cui erano compiuti, e ciò valeva tanto per gli operatori creditizi e finanziari, quanto per quelli extrabancari e extrafinanziari.

Per contro nell'art. 115, l'applicazione della disciplina agli atti bancari e finanziari è condizionata all'individuazione di un collegamento tra le operazioni svolte e attività tipica, che per le banche e gli intermediari finanziari è nella legge, per i soggetti diversi da questi è rimesso all'apprezzamento del Ministro del Tesoro.

Da tale rilievo discende perciò l'impossibilità di ricondurre nell'alveo della disciplina l'atto di tipo bancario o finanziario, tutte le volte in cui, pur se reiterato nel tempo, non caratterizzi l'attività di quel tale soggetto come bancaria o finanziaria.

Tale considerazione si traduce anche nell'apprezzamento della scarsa utilità della norma a ricomprendere nella sfera di applicazione della trasparenza gli ipotetici nuovi operatori che si affacciassero sul mercato dei servizi bancari e finanziari, per cui la sua conservazione nel sistema deve ritenersi frutto, più che di una scelta ragionata, di una remora del legislatore ad abbandonare una sorta di clausola di salvaguardia del sistema, sia pure quasi mai utilizzata⁹⁷.

(97) Gli è, infatti, da dire che il Ministero del Tesoro ha fatto un uso ridottissimo di tale potere, esercitandolo una sola volta, salvo poi vedere annullati i suoi effetti. Con D.M. del 7 ottobre 1994, infatti, la raccolta del risparmio di credito da parte di imprese non bancarie era stata sottoposta alla disciplina della trasparenza (art. 2), ma tale provvedimento è stato successivamente revocato dall'art. 11 della delibera CICR del 19 luglio 2005.

Quando, pertanto, si è nuovamente posto il problema di incidere sulla sfera di applicazione della disciplina, si è scelta la diversa soluzione dell'intervento normativo primario per estenderla ai mediatori creditizi (art. 16, comma. 4, legge n. 108 del 1998), ai servizi di Bancoposta (D.p.r. n. 144 del 2001) e agli IMEL (art. 114 *bis* TUB).

Con riferimento a quest'ultimi va però puntualizzato che costituendo per l'art. 2, comma 4, del D.Lgs. n. 11 del 2010 l'emissione di moneta elettronica un servizio di pagamento, essi saranno sottoposti esclusivamente alla disciplina del Capo II *bis*

Se quindi l'evoluzione legislativa conferma la tendenza a tracciare una netta linea di demarcazione tra mercato mobiliare e creditizio, nonché tra singoli comparti del medesimo mercato⁹⁸, non di meno deve registrarsi un avvicinamento in tema di disciplina degli atti posti in essere dai soggetti che operano negli stessi.

Ecco le ragioni per le quali l'analisi di tale disciplina, anche se riferita nel nostro caso alle regole di comportamento degli operatori del mercato creditizio nella prestazione dei servizi bancari e finanziari, non prescindere dal confronto sia con le regole previste per gli specifici settori del credito al consumo e dei servizi di pagamento, sia con quelle del mercato mobiliare. Tale comparazione, infatti, servirà a verificare se gli elementi di uniformità presenti nelle diverse discipline possano assurgere al rango di regole comuni, come tali suscettibili di un'estensione anche al di fuori dell'ambito di applicazione della norma. Ma servirà altresì a verificare se le diversità presenti tra i sistemi normativi, siano riconducibili a un difetto di adeguamento delle singola disciplina, come tale emendabile attraverso il ricorso alle predette regole comuni, ovvero sia il frutto di una scelta ponderata del legislatore.

(fatti salvi naturalmente i commi 1, 2, 3, 4, 6 e 7 dell'art.117 espressamente richiamati dall'art. 126 *quinquies*), oltre naturalmente alle regole generali e controlli di cui al capo III. Il che confermerebbe nuovamente la natura residuale della disciplina prevista dal Capo I.

(98) Ciò è avvenuto anche per il mercato mobiliare. Si pensi alla diversa fissazione delle regole di comportamento che gli intermediari sono tenuti a rispettare, in funzione della natura del servizio prestato (gestione di portafoglio, consulenza, o altro).

CAPITOLO II

I DOVERI DI INFORMAZIONE DELL'INTERMEDIARIO VERSO IL CLIENTE

Sommario: 1. La rilevanza degli obblighi di informazione. - 2. L'oggetto dell'informazione nei servizi di investimento. - 3. Gli strumenti di informazione nel mercato creditizio. La soppressione della pubblicità nei locali aperti al pubblico come strumento obbligatorio di comunicazione. - 4. Il contenuto delle informazioni. - 5. Informazione preventiva e obbligo legale di contrarre. - 6. Il contratto scritto come strumento di trasmissione delle informazioni. - 7. Il contenuto minimo obbligatorio del contratto. - 8. L'obbligo di informazione nelle operazioni di finanziamento diverse dal credito al consumo. - 9. L'informazione eventuale. Lo *jus variandi* e la difficile convivenza con la disciplina prevista in tema di servizi di pagamento. - 10. La portata degli obblighi di informazione in funzione della competenza e della preparazione dei clienti.

1. La rilevanza degli obblighi di informazione

Le regole di comportamento previste per gli intermediari nel mercato creditizio⁹⁹, sono essenzialmente di trasparenza¹⁰⁰, volte cioè ad imporre al prestatore una serie di obblighi informativi, al fine di eliminare la asimmetria informativa che esiste tra il prestatore e il cliente, nelle

(99) Nei suoi tre settori dei servizi bancari e finanziari, di pagamento e operazioni di credito al consumo.

(100) Vedi sul significato del termine Lupoi, *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie e di investimento (note alla Nuove Istruzioni di Banca d'Italia sulla trasparenza)*, in *Contratto e impresa*, 2009, p. 1244 ss.

diverse fasi del rapporto¹⁰¹.

L'esame quindi dei doveri di informazione dell'intermediario nel predetto mercato non può prescindere dall'analisi degli obblighi informativi del prestatore dei servizi di investimento nel mercato mobiliare che perseguono l'analogo finalità¹⁰².

Per entrambi i mercati il legislatore ha delineato, infatti, una serie articolata di obblighi di informazione che contribuiscono in modo determinante alla trasparenza¹⁰³ del mercato stesso. Sostanzialmente si vuole perseguire l'obiettivo di rendere noti al cliente, prima che divengono vincolanti, le clausole del contratto, i meccanismi matematico-economici ad esso sottostanti, il piano complessivo dei vantaggi e degli svantaggi di cui il contratto, predisposto unilateralmente dall'impresa, si fa espressione.

A dette norme si affiancano gli obblighi di informazione che sorgono nel corso dello svolgimento del rapporto, sintetizzati per il mercato creditizio nell'obbligo di comunicazione al cliente delle variazioni sfavorevoli o nelle comunicazioni periodiche, di cui rispettivamente agli art. 118 e 119 del TUB (applicabili anche alle operazioni di credito al consumo)¹⁰⁴, nonché agli art. 126 *quater* e *sexies* per lo specifico settore dei servizi di pagamento e per il mercato mobiliare nell'obbligo

(101) Fortemente critici nei confronti della disciplina del TUB Dolmetta, anche in *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Zanichelli, Bologna, 2013, p. 2 ss.; Ferro - Luzzi, *Lezioni di diritto bancario, I. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 167 ss.

(102) Per un'approfondita analisi delle regole di condotta degli intermediari nel mercato mobiliare, v. Annunziata, *La disciplina del mercato mobiliare*, Settima edizione, Giappichelli, Torino, 2014, p.123 ss. V. anche Costi, *il Mercato Mobiliare*, Nona edizione, Giappichelli, Torino, 2014, p.138 ss.

(103) Giova precisare che la locuzione "*trasparenza*" è desunta dal vocabolario economico ed è contrapposta a quella di opacità, Essa compare anche nel linguaggio legislativo. Nella intitolazione stessa della legge n. 154 fa per la prima volta ingresso questo termine riferito alle operazioni e servizi bancari e finanziari; la ritroviamo poi nell'intestazione del titolo VI del TUB e nell'art. 5, comma 3 del TUF. In tale mercato la "*trasparenza*" non solo è una regola di comportamento degli intermediari a tutela degli investitori, ma è anche funzionale al perseguimento degli ulteriori obiettivi della "*salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario*" della sua "*stabilità*" "*buon funzionamento*" e "*competitività*" (così rispettivamente le lett. a) c) e d) del comma 1 dell'art 5).

(104) Giusto il rinvio contenuto nell'art. 125 *bis*, con la precisazione ancora una volta che con riferimento all'art. 119 il richiamo è limitato al quarto comma.

generale a carico degli intermediari di cui all'art. 21, comma 1, lett. b), di tenere “*sempre adeguatamente informati*” gli investitori. Infine sia per il mercato creditizio, limitatamente al settore dei servizi di pagamento, sia per il mercato mobiliare sussistono obblighi di informazione successiva al compimento dell'operazione, che discendono dall'inevitabile necessità di rendiconto, che segue l'esecuzione dell'incarico¹⁰⁵.

Il sistema, quindi, configura una complessa e pregnante successione di obblighi di informazione sin dalla fase precontrattuale; la stipulazione del contratto è a sua volta un altro momento nel quale l'informazione e la *disclosure* verso il cliente assumono rilevanza; a tali obblighi si aggiunge l'informazione che l'intermediario è tenuto a dare durante lo svolgimento del rapporto.

La preoccupazione volta ad una completa e compiuta informazione del cliente-investitore appare, dunque, presente in ogni fase del rapporto, informando non solo la fase contrattuale, ma anche quella di attuazione del rapporto stesso. Agli obblighi di informazione nella fase delle trattative e in sede di contratto nel mercato creditizio sarà dedicata l'analisi che segue.

2. L'oggetto dell'informazione nei servizi di investimento

Il primo rilievo che emerge dalla comparazione dei modelli di comportamento imposti all'intermediario nei due mercati, mobiliare e creditizio, è il contenuto più ampio dell'informazione nel primo.

Nel mercato mobiliare l'informazione concerne, infatti, sia i caratteri contrattuali della proposta di investimento, sia l'attività svolta dall'intermediario e mira soprattutto a porre l'investitore nella migliore condizione informativa per selezionare i rischi e quindi gli operatori in funzione delle rispettive proposte rischio/rendimento. Nel mercato creditizio il problema dell'informazione del cliente si pone in maniera diversa.

Si muove dal presupposto – anche se non esplicitato – che la contraente

(105) Per i servizi di pagamento così l'art. 6, della Sezione VI delle Istruzioni della Banca 15 luglio 2015. Per il mercato mobiliare l'art. 53 del Regolamento Consob 29 ottobre 2007 n. 16190, nell'ultima versione di cui alla delibera dell'8 gennaio 2015 n. 19094.

istituzionale sia solvibile per definizione e quindi dell'indifferenza della conoscenza della condizione soggettiva della medesima. La distinzione tra risparmio consapevole e risparmio inconsapevole, che sul piano della disciplina dell'attività sembra aver perso rilevanza a seguito della tendenziale unificazione dei diversi intermediari, cui è corrisposta l'omogeneizzazione dei relativi sistemi di controllo¹⁰⁶, conserva quindi valore sul piano della disciplina degli atti.

Senonché a un più ampio ventaglio delle informazioni che il prestatore dei servizi di investimento è tenuto a fornire al cliente, non corrisponde una tipizzazione degli strumenti di trasmissione delle stesse. Il Regolamento Consob 29 ottobre 2007 n. 16190 si limita a prevedere che le informazioni vadano fornite in tempo utile prima della conclusione dell'investimento, su un “*supporto duraturo*”, normalmente di natura cartacea¹⁰⁷. Non introduce una tipizzazione degli strumenti di trasmissione, neppure la definizione di “*supporto duraturo*” contenuta nell'art. 2 lett. f) del medesimo Regolamento. Questo viene, infatti, individuato come qualsiasi strumento “*che permetta al cliente di conservare informazioni a lui personalmente dirette, in modo che possano essere agevolmente recuperate per un periodo di tempo adeguato, e che consenta la*” loro “*riproduzione immutata*”. Schemi o tipologie di supporti attraverso cui trasmettere le informazioni non sono precisati nel Regolamento.

(106) Il primo a cogliere profeticamente la porta del fenomeno, già con riferimento all'antecedente storico del TUF, la legge n.1 del 1991, è Minervini, *Il controllo del mercato finanziario. L'alluvione di leggi*, in *Giur. comm.*, 1992, p. 5 ss. L'A. in particolare sottolinea come “*l'omogeneizzazione delle normative di controllo si sta... realizzando nella direzione del sistema bancario e dell'ordinamento sezionale*”, richiamando a titolo di esempio l'art. 13 comma 2 della legge n. 1 del 1991, che attribuisce alla Consob il potere di sospendere la SIM dall'albo “*in ogni caso in cui lo richieda la tutela del pubblico risparmio*”.

“*La disciplina*” – conclude l'A. – “*è quindi bancocentrica non solo per la condizione di favore fatta agli intermediari bancari, autorizzati ad operare nel mercato finanziario in proprio e tramite la SIM, ma anche per l'adozione di una normativa di controllo del sistema bancario*”.

(107) Così l'art. 36, comma 1. La possibilità di utilizzare un supporto informatico (“*non cartaceo*”) nella definizione del Regolamento è subordinata alla duplice condizione che “*i) tale modalità risulti appropriata per il contesto in cui si svolge o si svolgerà il rapporto tra l'intermediario e il cliente; e ii) il cliente o potenziale cliente sia stato avvertito della possibilità di scegliere tra supporto duraturo cartaceo o non cartaceo, ed abbia scelto espressamente quest'ultimo*”.

La scelta potrebbe generare perplessità, considerata l'ampia gamma di informazioni che l'intermediario deve fornire al cliente, non sempre omogenee tra loro, il che consiglierebbe una sorta di tipizzazione degli strumenti di informazione, se non del loro contenuto, onde non lasciare campo libero all'intermediario. L'adozione di modelli standard potrebbe, infatti, permettere al cliente una più agevole selezione degli intermediari e delle proposte di investimento dagli stessi formulati.

La diversa scelta del legislatore probabilmente si spiega con la presa di coscienza dei risultati non sempre positivi in termini di tutela degli interessi dell'investitore conseguiti dall'irrigidimento dell'informazione entro binari predeterminati dalla stessa Autorità di vigilanza.

Il riferimento è al “*documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari*” previsto dal precedente Regolamento Consob, 1 luglio 1998 n. 11552, che l'intermediario era tenuto a consegnare al cliente, prima della stipula del contratto di investimento. L'allegato 3 del Regolamento conteneva uno schema del predetto documento, in cui era fissato il contenuto delle informazioni con riferimento a ogni singolo strumento finanziario potenzialmente trattabile dall'intermediario.

Nonostante l'avviso contenuto nello schema della sua inidoneità a fornire un'informazione completa su “*tutti i rischi ed altri aspetti significativi riguardanti gli investimenti in strumenti finanziari*” e l'azione di contrasto della giurisprudenza¹⁰⁸, si era infatti sviluppata la tendenza degli intermediari a reputare assolti, attraverso la consegna del documento, gli obblighi di informazione sugli stessi gravanti, i quali dovevano inerire non solo ai rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari, ma anche al rischio specifico dello strumento negoziato dal cliente.

Il bilanciamento dei contrapposte esigenze, da un lato di una standardizzazione delle informazioni, onde evitare che un indiscriminato flusso delle stesse impedisse al cliente la percezione delle informazioni rilevanti e la comparazione delle diverse proposte di investimento,

(108) Decisa, infatti, è stata la giurisprudenza nell'affermare che sugli intermediari finanziari, incombe l'obbligo di informare il cliente anche sui rischi specifici inerenti al singolo servizio o strumento negoziato (c.d. rischio emittente specifico) e che all'assolvimento di tale obbligo non era funzionale il documento generale sui rischi. V. in tal senso, tra le tante, Trib. Napoli, 13 febbraio 2013, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, 299, con *Nota* di Renzulli.

dall'altro di impedire che l'imbottigliamento delle stesse in schemi predeterminati si rilevasse inidoneo a fornire all'investitore un'informazione esaustiva in relazione allo specifico servizio di investimento o strumento finanziario proposto, si è risolto dunque a vantaggio della seconda.

Nondimeno è consentito all'interprete una sorta di classificazione delle informazioni che l'operatore del mercato mobiliare è tenuto a fornire, in base al loro contenuto, onde apprezzare la maggiore ampiezza delle stesse rispetto al settore dell'intermediazione creditizia.

Il primo tipo è costituito dalle informazioni che l'intermediario deve dare all'investitore relativamente alla natura dell'attività svolta, i metodi e la frequenza delle comunicazioni utilizzate con i clienti, gli strumenti previsti per tutelare gli strumenti finanziari e le somme di denaro detenute per i clienti, nonché le politiche adottate per prevenire le situazioni di conflitto di interesse¹⁰⁹.

Si tratta in altri termini di una sorta di rappresentazione sintetica dell'intermediario, alla quale viene affidato il compito di una prima essenziale informativa della clientela, indipendentemente dalla conclusione dell'operazione di investimento. Essa, come si diceva, consente al cliente di selezionare tra i vari operatori presenti sul mercato, quello che gli offre più garanzie sul piano dell'affidabilità.

La seconda tipologia di informazioni riguarda la persona dell'investitore, ossia la sua classificazione come "*cliente al dettaglio*", "*cliente professionale*", o "*controparte qualificata*"¹¹⁰. È anche questa un'informazione rilevante, perché, come si dirà oltre, incide sulla individuazione delle regole di condotta che l'intermediario deve rispettare nella prestazione del servizio. In tal modo l'investitore è a conoscenza di quale sia la disciplina che gli si applica e degli strumenti di protezione di cui può disporre. Anche tale tipo di informazione è quindi destinata a tutti i fruitori del servizio, potenziali o effettivi.

Il terzo tipo è costituito dalle informazioni sulla natura e sui rischi degli strumenti finanziari¹¹¹. Tali informazioni riguardano innanzitutto tutti gli strumenti finanziari negoziabili dall'intermediario, indipendentemente dallo specifico strumento al quale il cliente sia interessato e dal concreto

(109) Così gli art. 29 e 30 del Regolamento mercati.

(110) Così l'art. 35 del Regolamento mercati.

(111) Così l'art. 31 del Regolamento mercati.

atteggiarsi della singola operazione. A questa informazione si aggiunge quella inerente allo specifico strumento al quale investitore è interessato, affinché abbia piena consapevolezza dei rischi connessi al medesimo in termini di perdita di capitale, di volatilità del prezzo, liquidabilità dello strumento, sopportazione di passività potenziali. Tale tipo di informazioni è quindi funzionale allo scopo di permettere al cliente di selezionare tra i vari servizi e strumenti finanziari, quello più appropriato in termini di sopportazione del rischio alle proprie esigenze e obiettivi.

La quarta e ultima serie di informazioni investe tutti i costi e gli oneri connessi alla prestazione del servizio di investimento concluso e/o allo strumento finanziario negoziato, non solo quelli effettivi, ma anche i potenziali¹¹², con indicazione separata delle commissioni spettanti all'intermediario¹¹³. La rappresentazione del contenuto economico della proposta, quindi, non è limitata solo agli elementi di costo, ma estesa anche alla retribuzione percepita dall'intermediario di cui va data apposita evidenza. Lo scopo è quindi di consentire al cliente di svolgere una selezione tra i vari servizi e strumenti finanziari, in termini questa volta di sopportazione dell'onere economico e di selezionare tra vari intermediari, quello che propone relativamente a uno stesso servizio e/o strumento l'offerta più conveniente in termini di prezzo.

Come si verificherà nell'analisi che di seguito sarà svolta, diversa è la scelta del legislatore nel mercato creditizio.

Vi è, infatti, sia una standardizzazione degli strumenti di trasmissione delle informazioni, sia una limitazione del contenuto di quest'ultime. La prima scelta, probabilmente, è dovuta al rilievo che l'innovazione che caratterizza i mercati finanziari, ossia la comparsa di nuove strumenti o forme di investimento, si manifesta senz'altro con minore intensità nel mercato creditizio, rispetto a quello mobiliare. Il che sembrerebbe rendere più agevole una sorta di canalizzazione delle informazioni relative agli stessi in schemi prestabiliti.

Il bilanciamento tra i contrapposti rischi di un'informazione che potrebbe rilevarsi non esaustiva se incanalata in binari rigidi e un'informazione che potrebbe offuscare la sua comprensibilità se lasciata alla libera autodeterminazione dell'intermediario, viene in questo caso

(112) In particolare se il corrispettivo in tutto o in parte non deve essere pagato in moneta comunitaria, vanno indicati la valuta estera, i tassi e le spese di cambio applicabili.

(113) Così l'art. 32 del Regolamento mercati.

risolto, accordando prevalenza al secondo obiettivo.

La seconda opzione si spiega invece con i più limitati fini dell'informazione generata dalla trasparenza. Essa, a differenza che nel mercato mobiliare, non mira a consentire all'investitore una selezione più efficace delle controparti bancarie, in funzione dei rischi delle attività svolte da quest'ultime e delle operazioni da esse proposte. La normativa della trasparenza in questo caso mira a rendere conoscibili da parte dell'acquirente solo le caratteristiche del prodotto offerto e le condizioni contrattuali che ne regolano l'esercizio. La comparazione tra le diverse proposte presentate dagli intermediari e la selezione di quest'ultimi avviene perciò solo in termini di convenienza economica, ma non di rischio legato al contenuto della proposta, o all'attività svolta dal proponente. Ma il più limitato ambito dell'informazione si spiega anche con il rilievo che il rischio dell'impiego del risparmio raccolto nel mercato creditizio si trasferisce sulla banca¹¹⁴. È quest'ultima, infatti, che sopporta il rischio dell'insolvenza del debitore, perché rimane sempre obbligata alla restituzione dei fondi raccolti dal pubblico¹¹⁵.

Nel mercato mobiliare, invece, il rischio dell'insolvenza dell'emittente lo strumento finanziario rimane a carico dell'investitore. Ed è questa la ragione per la quale in tale mercato, a differenza di quello creditizio, l'informazione sui rischi si svolge in una duplice direzione. Deve essere fornita dall'intermediario all'investitore, ma deve anche essere chiesta dall'intermediario al cliente, sotto forma di sua propensione a sopportare il rischio di impiego del suo risparmio¹¹⁶.

Tale discrasia, però, nella recente normativa si va attenuando. Come si vedrà anche in seguito, in base all'ultima versione delle Istruzioni della Banca d'Italia¹¹⁷ l'informazione da offrire non è più limitata al contenuto della proposta. Vi sono infatti anche le informazioni relative

(114) Così Annunziata, *La disciplina* cit., pag 8, che individua in ciò il tratto distintivo dell'attività bancaria rispetto alle altre attività finanziarie.

(115) In ragione di tanto la raccolta del risparmio tra il pubblico attraverso fondi rimborsabili, quando è congiunta all'esercizio del credito, è attività riservata alle Banche (art. 10, comma 2, del TUB).

(116) Tale informazione è infatti essenziale alla valutazione dell'adeguatezza dell'investimento, nei servizi di consulenza e gestione di portafoglio, al punto che se il cliente la rifiuta l'intermediario non può prestare il servizio (art. 39, comma 6, Regolamento mercati).

(117) Quelle approvate con la circolare del 13 luglio 2015.

alla persona dell'intermediario (ragione sociale, albi o registri in cui sono iscritti) e quelle relative al contenuto dell'operazione investono anche le “*caratteristiche e i rischi tipici dell'operazione o del servizio*”, nonché i principali diritti del cliente¹¹⁸.

La tendenza alla uniformazione dei modelli di comportamento e sistemi di controllo in tema disciplina dell'attività di cui si diceva prima, si sta quindi iniziando a manifestare anche in materia di regolamentazione degli atti, sul piano del contenuto del diritto all'informazione del risparmiatore/investitore, indipendentemente dal mercato al quale egli si rivolge.

*3. Gli strumenti di informazione nel mercato creditizio. La soppressione della pubblicità nei locali aperti al pubblico come strumento obbligatorio di comunicazione*¹¹⁹

Per le operazioni bancarie e finanziarie inizialmente provvedeva l'art. 2 della legge n. 154, i cui obblighi di pubblicità, da adempiere in ciascun locale nei quali il pubblico “*avesse accesso non indiscriminato*”, si sintetizzavano nell'esposizione del testo di legge, nell'affissione di un avviso sintetico e nella predisposizione di fogli informativi analitici, il tutto nelle forme e modalità prescritte dalla Banca d'Italia. L'elencazione dei mezzi di pubblicità operata dal legislatore faceva quindi pensare ad una sorta di “*tipizzazione*”, con carattere tassativo, dei modelli minimali di comportamento imposti agli intermediari, che gravava sugli stessi

(118) Così il § 3 della Sezione II, nonché con specifico riferimento ai servizi di pagamento il § 4.1.1 della Sezione VI.

(119) I contributi della dottrina in argomento sono numerosi. Per un'analisi delle regole di trasparenza segnaliamo tra i tanti: De Nova, *Due annotazioni in tema di trasparenza bancaria*, in Riv. dir. privato, 2014, p. 7 ss; Morera, *Sul concetto di «chiarezza» nei rapporti bancari*, in Dir. banc. e merc. fin., 2012, I, p. 431 ss.; Quadri, *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, in Nuova giur. civ., 2011, II, p. 90 ss.; Salanitro, *Obblighi informativi e oneri probatori*, in Banca, borsa, tit. cred., 2011, I, p. 417 ss.; Porzio, *La disciplina generale dei contratti bancari*, in I contratti delle banche, a cura di C. Angelici, F. Belli, G. Greco, M. Porzio, M. Rispoli Farina, Utet, Torino, 2006, p. 47 ss.; Carriero, *Operazioni e servizi bancari: la nuova disciplina di trasparenza*, in Impresa, 2005, p. 80 ss.; Alpa, *La trasparenza delle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore*, in Vita not., 2004, p. 663 ss.

lungo l'intero arco temporale della trattativa e alla cui violazione erano collegate sanzioni, sia civilistiche (a livello di contenuto dei singoli contratti), sia amministrative. Restava, pertanto, esclusa la possibilità di ricorrere a forme alternative di comunicazione, anche se risultanti dagli "usi".

A differenza, poi, degli obblighi previsti nella fase esecutiva del rapporto, l'informazione doveva essere diffusa non con le modalità della comunicazione, ma con quelle della pubblicità. La distinzione non era di poco conto. L'informazione diffusa con le modalità della pubblicità era in grado di operare efficacemente non solo a livello di tutti i rapporti di cui fosse parte quel determinato intermediario, ma anche a livello del singolo rapporto. Infatti l'informazione preventiva, nonostante la sua naturale sede di applicazione sia la fase precontrattuale, è destinata ad assumere rilevanza anche al momento della stipula del contratto e durante lo svolgimento del rapporto.

In sede di conclusione del contratto, perché limita il potere negoziale dell'intermediario ed è strumento di integrazione del suo contenuto. Durante la sua esecuzione, in quanto può essere recepita ed utilizzata anche dalla clientela attuale, cioè dai soggetti che hanno in corso contratti di durata con il medesimo o altro intermediario. L'informazione preventiva assolve perciò ad una duplice funzione: agevola e rende più efficace la ricerca/selezione di un produttore finanziario tra tanti; agevola e rende più efficace il controllo da parte del cliente della propria controparte in tutte le fasi del rapporto.

Orbene, nella attuale formulazione dell'art. 116, non si rinviene più né una elencazione tassativa degli strumenti di trasmissione delle informazioni, né l'ulteriore specificazione della pubblicità delle condizioni contrattuali nei locali aperti al pubblico, come strumento obbligatorio di informazione¹²⁰.

La norma si preoccupa, infatti, solo di indicare il contenuto minimale dell'informazione, che deve riguardare il regolamento economico dei diversi servizi offerti ("*tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche*").

Il legislatore affida, invece, al CICR il compito di: (a) individuare "le

(120) Sugli obblighi di informazione della fase precontrattuale v. Scoditti, *Pubblicità e responsabilità precontrattuale nei contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, p. 351 ss.

operazioni e i servizi da sottoporre a pubblicità"; b) dettare *"disposizioni relative alla forma, al contenuto, alle modalità della pubblicità e alla conservazione agli atti dei documenti comprovanti le informazioni pubblicizzate"*; c) stabilire *"criteri uniformi per l'indicazione dei tassi d'interesse e per il calcolo degli interessi e degli altri elementi che incidono sul contenuto economico dei rapporti"*; d) individuare gli elementi essenziali, fra quelli oggetto dell'informazione, *"che devono essere indicati negli annunci pubblicitari e nelle offerte, con qualsiasi mezzo effettuati"*, con cui gli operatori *"rendono nota la disponibilità delle operazioni e dei servizi"*.

Ampia è quindi la delega concessa alla Autorità amministrativa, che trova i soli limiti nella previsioni che *"l'informazione deve essere resa in modo chiaro ai cliente"*, deve senz'altro riguardare il contenuto economico del rapporto ed avvenire con modalità standardizzate da fissarsi dalla medesima Autorità, senza che quest'ultime possono essere sostituite da forme alternative di comunicazione anche se risultanti dagli usi¹²¹.

Come si osservava, anche il canale di trasmissione costituito dalla pubblicità da attuarsi nei *"locali aperti al pubblico"*, previsto nella originaria formulazione dell' art. 116¹²², è scomparso, lasciando alla norma secondaria ampia libertà di individuare canali alternativi di diffusione delle informazioni.

L'unico strumento di trasmissione, che trova la sua fonte obbligatoria direttamente nella legge, è quello recentemente introdotto dall'art. 2, comma 17 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3¹²³, che ha aggiunto al comma 1 dell'art. 116, il comma 1 *bis*, il quale a sua volta prevede l'obbligo a carico delle banche e degli intermediari di rendere noti *"l'indicatore sintetico di costo e il profilo dell'utente anche attraverso gli sportelli*

(121) Il divieto del rinvio agli usi, previsto dall'ultimo periodo dell'art. 116 ha, infatti, a nostro avviso, una duplice valenza. Per un verso si riferisce alle modalità attraverso cui adempiere l'obbligo di pubblicità, che sono solo quelle tassativamente previste dall'Autorità di vigilanza; per altro verso opera sul contenuto stesso dell'informazione, anche questo normativamente determinato. In tale significato la disposizione è perfettamente simmetrica a quella dell'art. 117, comma 6, del TUB, che introduce analogo divieto per il contenuto dei contratti.

(122) Fino alla modifica introdotta dall'art. 4, comma 2, del D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141.

(123) Convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2015, n. 33.

automatici e gli strumenti di accesso tramite internet ai servizi bancari”.

Per “l’indicatore sintetico di costo” agli strumenti di trasmissione delle informazioni previsti dalle norme secondarie, si aggiungono quindi gli ulteriori due indicati direttamente dalla legge.

Fatta questa eccezione, il discorso sugli strumenti e contenuto dell’informazione non può quindi prescindere dall’analisi della disciplina emanata dal CICR e soprattutto dalle Istruzioni della Banca d’Italia. E le norme regolamentari, come si vedrà, hanno confermato la scelta già operata a livello di norma primaria di abolire la pubblicità nei locali destinati alla contrattazione, come strumento obbligatorio di trasmissione delle informazioni.

Il CICR, infatti, ha fatto un uso assai ridotto della delega attribuita dal legislatore, preferendo affidare il compito di individuare gli strumenti idonei ad attuare un’informazione chiara delle “*condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti*” alla Banca d’Italia¹²⁴.

La delibera del CICR 4 marzo 2003¹²⁵ si limita, infatti, a prevedere che l’obbligo di informazione preventiva si attui attraverso la “*messa a disposizione dei clienti*” di “*documenti informativi sui principali diritti loro riconosciuti e sugli strumenti di tutela*” (così l’art. 4). A tale strumento aggiunge, sempre nella fase antecedente all’apertura di una vera e propria trattativa, i fogli informativi, nei quali devono essere fornite le informazioni “*sull’intermediario, su tassi, spese, oneri e altre condizioni contrattuali nonché sui principali rischi tipici dell’operazione o del servizio*” (così l’art. 5). Entrambi sono strumenti di informazione generalizzata, ossia riferiti a tutti prodotti offerti dall’intermediario e quindi rivolti a tutti i potenziali utenti. Nulla specifica il CICR in ordine agli strumenti di trasmissione delle informazioni personalizzate, relative cioè alla singola operazione che il cliente è interessato a concludere.

È alle Istruzioni della Banca d’Italia¹²⁶, che occorre, perciò, far

(124) V. l’ampia subdelega contenuta nell’art. 13 della Delibera 4 marzo 2003, rubricata “*disposizioni di attuazione*”.

(125) Anche nel testo risultante dalle modifiche introdotte dal D.M. 3 febbraio 2011.

(126) Nell’ultimo aggiornamento di cui alla circolare del 15 luglio 2015. Con riferimento al precedente aggiornamento del luglio 2009, v. Carrière - Bascelli, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: le nuove regole della banca d’Italia (commento al documento di consultazione banca d’Italia 18 marzo 2009)*, in *Contratti*, 2009, p. 611 ss.

riferimento per individuare i predetti strumenti. E quest'ultime assegnano tale funzione al “*documento di sintesi delle principali condizioni*” e alla “*copia completa dello schema del contratto*”, che il cliente in alternativa al primo, può chiedere gli sia consegnato prima della conclusione delle operazioni (cfr. § 6 della Sezione II)

Ma le Istruzioni intervengono anche sul piano degli strumenti di trasmissione delle informazioni generalizzate. È stato eliminato il “*documento generale*”, denominato “*principali diritti del cliente*”, che doveva essere messo a disposizione dei clienti “*nei locali aperti al pubblico*”, essendo previsto in sua vece i documenti, denominati “*Guide pratiche*”, concernenti “*i contratti di conto corrente offerti ai consumatori e i servizi più comunemente associati, quali carte di debito (ad esempio Bancomat, Postamat), assegni, carte di credito, scoperti, ecc.*”; *i mutui ipotecari offerti ai consumatori; l'accesso ai meccanismi di soluzione stragiudiziale delle controversie*” (così il § 2 della medesima Sezione).

Per tali “*Guide*”, tuttavia, non vengono specificate le modalità attraverso le quali devono essere rese disponibili per i cliente e, a nostro avviso, vista la soppressione dell'obbligo a livello di norma primaria, tali modalità non necessariamente devono coincidere con la esposizione nei “*locali aperti al pubblico*”.

Ben potrebbero essere utilizzate “*apparecchiature tecnologiche*” (ad es. access point, sportelli automatici, ecc.), ovvero le medesime tecniche utilizzate per le comunicazioni a distanza (internet, ecc.).

Conferma tale facoltà, le modalità di diffusione previste dalle Istruzioni, per l'ulteriore strumento di informazione generalizzata, i “*fogli informativi*”, destinati ad accogliere le informazioni sull'intermediario e sulle caratteristiche tipiche dei prodotti offerti¹²⁷.

Essendo espressamente prevista per quest'ultimi la possibilità di ricorrere in alternativa alla messa “*a disposizione nei locali aperti al pubblico*”, alle “*apparecchiature tecnologiche*” (così il § 3 della Sezione II), è evidente che tale modalità possa valere anche per le “*Guide*”.

(127) Tali informazioni per le operazioni di credito al consumo sono contenute nel documento denominato “*informazioni europee di base sul credito ai consumatori*”, che quindi svolge in tale settore funzioni analoghe ai fogli informativi (così il § 4.2.1, della Sezione VII). V. in proposito Minto, *Il nuovo documento denominato «informazioni europee di base» nell'ambito del rinnovato regime informativo nei contratti di credito ai consumatori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, p. 98 ss.

Alcunché in contrario, infatti, è previsto nella norma di legge, e nelle Istruzioni della Banca d'Italia.

La chiara scelta quindi operata sia a livello di norma primaria, sia a livello di norma secondaria di consentire il ricorso a canali di diffusione delle informazioni generalizzate, alternativi alla pubblicità nei locali dove si svolgono le contrattazioni, avvicina quindi sensibilmente le modalità in cui vanno rese tali informazioni nel mercato creditizio, a quelle del mercato mobiliare, per il quale non è stato mai previsto il canale della pubblicità.

Tuttavia, tale opzione suscita a chi scrive una qualche perplessità.

Gli obblighi di informazione a cui sono rivolti sia la “*Guida*”, che i “*fogli informativi*”, benché riguardino l'informazione generalizzata operano non solo a livello di tutti i rapporti di cui sia parte quel determinato intermediario, ma, non meno delle informazioni personalizzate, anche a livello di singolo rapporto.

Devono perciò intendersi rivolti non esclusivamente a tutti i potenziali fruitori di quei servizi, ma anche in una certa misura ai clienti attuali dell'intermediario. A differenza, infatti, di quanto accade nel mercato mobiliare, dove le informazioni della fase precontrattuale sono funzionali a consentire al cliente, potenziale o attuale, solo una scelta consapevole di investimento, ma non limitano la libertà negoziale del prestatore, né integrano il contenuto del contratto in caso di lacune o di nullità di singole clausole, nel mercato creditizio tutte le informazioni fornite dall'intermediario prima, ossia quelle generalizzate, o durante lo svolgimento delle trattative, ossia quelle individuali, hanno riflessi sia sul contenuto del contratto, sia sulla sua esecuzione nei rapporti di durata.

Precisamente consentono al cliente dell'intermediario, innanzitutto, di verificare la correttezza del comportamento dell'intermediario in sede di contratto e durante lo svolgimento del rapporto. Le condizioni praticate dalla Banca per le diverse categorie di rapporti costituiscono, infatti, un limite non solo alla libertà negoziale dell'intermediario quando formula la proposta al cliente, ma anche al suo diritto di modificare le condizioni applicate a un rapporto in corso di esecuzione, che non potranno mai essere peggiorative rispetto a quelle previste, nel momento che esercita tale diritto, per la categoria di operazioni nella quale rientra il predetto rapporto.

Consentono, altresì, al cliente di verificare la convenienza delle

condizioni che vengono applicate dalla sua controparte istituzionale, rispetto a quelle praticate da altri intermediari, e ciò ancora una volta non soltanto quando deve decidere di concludere l'operazione con quel determinato intermediario o un altro, ma anche durante lo svolgimento del rapporto. Per i contratti di finanziamento conclusi con le persone fisiche e le microimprese, l'art. 120 *quater* prevede infatti la possibilità del debitore di surrogare al creditore altro intermediario, senza sopportare ulteriori spese e oneri¹²⁸. Tale norma è volta chiaramente a consentire al cliente, anche quando sia già legato da un contratto, il raggiungimento del migliore risultato economico offerto dal mercato, come conferma la possibilità riconosciuta all'originario finanziatore, anche quando il debitore manifesti la volontà di esercitare la surrogazione, di rinegoziare con il medesimo le condizioni del contratto.

Orbene, i canali di diffusione alternativi alla pubblicità nei locali aperti al pubblico previsti dalle nuove regole, non sembrano garantire altrettanto efficacemente l'assolvimento delle predette funzioni.

Non l'obbligo di rendere solo disponibili tali informazioni, perché questo non può certo considerarsi equivalente all'obbligo di pubblicizzarle attraverso l'esposizione nei locali destinati alle contrattazioni. Non, a maggior ragione, il ricorso ad attrezzature tecnologiche alternative alla messa a disposizione delle guide e dei fogli informativi in tali locali, perché non tutti i fruitori dei servizi bancari hanno la capacità, o la competenza, per poterle utilizzare.

Non si pone, come è ovvio, il problema di un'ideale forma di divulgazione invece per gli strumenti di trasmissione delle informazioni relative allo specifico servizio, costituiti dalla "*copia completa dello schema del contratto*" e dal "*documento di sintesi delle principali condizioni*".

Trattandosi, infatti, di strumenti volti a garantire un'informazione personalizzata, e postulando l'esistenza di un cliente ben individuato, è idonea forma di comunicazione la loro consegna preventiva.

Il primo, la "*copia completa dello schema del contratto*", ha infatti per presupposto l'esistenza di un trattativa già ben avviata, se non conclusa

(128) Non solo alcun onere aggiuntivo può essere imposto al cliente (così il comma 4), ma "*è nullo ogni patto, anche posteriore alla stipulazione del contratto, con il quale si impedisca o si renda oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione*" (così il comma 6).

e quindi di un determinato fruitore, perché “può essere” richiesto “dal cliente” solo “prima della conclusione del contratto”. Il secondo l’avvenuta conclusione dell’operazione, perché costituisce il frontespizio del contratto e “riporta in maniera personalizzata, secondo quanto previsto” da quest’ultimo “le condizioni economiche pubblicizzate nel foglio informativo relativo allo specifico tipo di operazione o servizio”.

4. Il contenuto delle informazioni

Chiariti quindi quali siano gli strumenti e i canali di diffusione, il discorso si sposta sul contenuto dell’informazione obbligatoria, per il quale occorre far riferimento innanzitutto alle disposizioni di legge.

Il legislatore, infatti a differenza della scelta operata per gli strumenti di comunicazione, una qualche indicazione la dà, preoccupandosi di stabilire il contenuto minimale dell’informazione, che coincide come si è visto con il regolamento economico del rapporto.

Le previsioni contenute nell’art. 116 costituiscono tuttavia la base minima delle informazioni che l’intermediario è tenuto a fornire nel mercato creditizio.

Innanzitutto nel settore del credito al consumo l’obbligo dell’intermediario già livello di norma primaria è sensibilmente più esteso e si avvicina, quanto al suo contenuto, all’obbligo informativo esistente a carico del prestatore dei servizi di investimento. L’informazione doverosa è, infatti, allargata a tutte le “*informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, al fine di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione di un contratto di credito*” (art. 124, comma 1) e ai “*chiarimenti adeguati*”, in modo che “*il consumatore possa valutare se il contratto di credito proposto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria*” (art. 124, comma 5). La informazione è quindi strumentale anche a quella valutazione dell’adeguatezza del prodotto finanziario, che è tipica del mercato mobiliare, con la differenza che in questo caso compete al cliente e non all’intermediario.

La selezione delle varie offerte presenti sul mercato da parte del consumatore deve pertanto avvenire non solo sulla base della convenienza

economica, ma sulla base dei profili di rischio dell'operazione¹²⁹.

L'allargamento dell'informazione precontrattuale nel mercato creditizio, è poi conseguenza dell'ampia delega attribuita all'Autorità amministrativa anche in ordine alla determinazione loro contenuto, prevista dalla lett. b) del comma 3 dell'art. 116, per i servizi bancari e finanziari, dalla lett. a) del comma 7 dell'art. 124, per le operazioni di credito al consumo, e dal comma 1 dell'art. 126 *quater*; per i servizi di pagamento.

Diventa quindi ancora una volta essenziale l'esame delle regole contenute nella disciplina secondaria.

Così, quanto a servizi bancari e finanziari, le Istruzioni della Banca d'Italia, prevedono che nei "fogli informativi" devono essere "almeno" fornite notizie "sull'intermediario", sulle "caratteristiche e i rischi tipici dell'operazione o del servizio offerto", sulle "condizioni economiche offerte"¹³⁰, nonché ancora sui principali diritti del cliente, ossia quelli inerenti al recesso, ai tempi massimi per la chiusura del rapporto, e ai mezzi di tutela stragiudiziale di cui può avvalersi (così l'art. 3, della Sezione II). Tali regole si applicano anche ai servizi di pagamento, in forza del rinvio contenuto nel § 4.1.1 della Sezione VI. Pertanto, anche per le operazioni diverse dal credito al consumo l'informazione è allargata al rischio del prodotto finanziario e quindi, benché non esplicitato, finalizzata alla valutazione da parte del cliente della sua adeguatezza rispetto ai propri obiettivi e capacità finanziaria.

Per il credito al consumo¹³¹ a tali informazioni si aggiungono: quanto alle condizioni economiche, l'obbligo di indicare il costo effettivo globale del finanziamento (il TAEG) e le garanzie prestate; relativamente ai rischi specifici dell'operazione, l'obbligo di fornire una chiara avvertenza sulle conseguenze alle quali il consumatore può andare incontro in caso di

(129) V. sul contenuto dell'informazione nel credito al consumo, Di Donna, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nella direttiva sul credito al consumo*, in *Giur. it.*, 2010, p. 223 ss.

(130) Come nella pubblicità prevista dall'art. 2 della legge n. 154 del 1992, nella misura massima, ove si tratti di interessi e costi a carico del cliente, minima se si tratta di interessi a carico della banca. V. in proposito Scalisi, *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti?* in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 415 ss.

(131) Vedi il § 4.2.2 della Sezione VII al quale si rimanda per un dettaglio analitico del contenuto delle informazioni.

mancato pagamento delle rate, sull'inesistenza del diritto di recesso, ove non previsto dalla legge, e sull'indennizzo eventualmente spettante al creditore in caso di rimborso anticipato; in ordine ai principali diritti del debitore, la sua facoltà di rimborsare anticipatamente il finanziamento e il diritto di ottenere l'immediata comunicazione del rifiuto della sua richiesta di prestito e della banca dati eventualmente consultata¹³².

Ciò detto, occorre chiedersi se un ampliamento del contenuto della informazione non possa essere conseguenza anche del significato da assegnare al termine condizioni adoperato dalla legge: se quello ristretto di condizioni economiche, oppure quello ampio di condizioni contrattuali.

Nonostante che le norme regolamentari sembrano aver allargato il suo ambito oltre il contenuto economico del rapporto, il quesito conserva rilevanza non solo per il contesto in analisi. Alle "condizioni" il legislatore fa riferimento, infatti, anche per individuare le informazione da inserire obbligatoriamente nel contratto scritto (art. 117) e per limitare il *lo jus variandi* riconosciuto all'intermediario (art. 118).

Ed è, altresì, quesito di difficile e incerta risposta, apparendo tutto sommato in parità gli argomenti che indirizzano in una, ovvero nell'altra direzione.

Se si fa riferimento all'art. 116, sembra preferibile l'interpretazione restrittiva. Il termine "condizione" è, infatti, seguito dalla specificazione "economica" ed è associato all'espressione "i tassi di interesse, i prezzi, le spese per le comunicazioni alla clientela". Ciò da un lato chiarisce la valenza residuale¹³³ della locuzione "ogni altra condizione economica", dall'altro conferma che le ulteriori informazioni da rendere note attengono sempre agli elementi che concorrono a formare il prezzo complessivo del contratto o comunque abbiano una qualche incidenza sul medesimo¹³⁴.

Se invece si ha riguardo alle ulteriori norme del TUB, l'ambiguità della locuzione "condizioni" sembrerebbe permanere, perché le prescrizioni

(132) A tali informazioni per i contratti di credito collegati alla acquisizione di un bene o servizio, si aggiunge l'indicazione di quest'ultimo e del suo prezzo.

(133) Nigro, *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie e contenuto delle condizioni contrattuali: note esegetiche*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1998, I, p. 511 ss.

(134) Invero, già con riferimento all'omologa disposizione contenuta nell'art. 2 della legge n.154 del 1992 e ancor prima relativamente alle "condizioni" menzionate nell'art. 32, comma 1, lett. b) della legge bancaria, la dottrina aveva optato per un'interpretazione restrittiva del termine in esame: cfr. Nigro, *Operazioni cit.*, 1987, I, p. 13 ss.; Salanitro, *Tassi e condizioni cit.*, 1989, I, p. 493.

in tema di contenuto dei contratti (art. 117, comma 6 e comma 7, lett. b) e di *jus variandi* (art. 118), parlano di “*condizioni*” tout court, senza altra specificazione. Anzi l’art. 118 si esprime non solo in termine di “*condizioni*”, ma anche di “*clausole contrattuali*”.

A ciò si aggiunga che anche la limitazione dell’informazione precontrattuale alle sole condizioni economiche potrebbe non avere una valenza assoluta, perché, come si è visto, la stessa legge attribuisce all’Autorità di vigilanza, il potere di dettare disposizioni anche in tema di contenuto delle stessa, allargando così il suo perimetro.

Sulla scorta, pertanto, dei riferiti dati letterali, si potrebbe essere portati a ritenere che il legislatore abbia voluto attribuire portata onnicomprensiva al termine “*condizioni*”, tranne in quelle specifiche ipotesi, segnatamente in tema di informazione precontrattuale, in cui ne ha espressamente circoscritto il significato alle “*condizioni economiche*”, senza però neppure riconoscere valore assoluto a tale limitazione, stante l’ampia delega attribuita al CICR e alla Banca d’Italia.

A ben leggerla, però, anche la norma dell’art. 117 del TUB offre ulteriore argomento a sostegno della tesi restrittiva.

È vero, infatti, che solo l’art. 116, comma 1, si esprime in termini di “*condizione economica*” a proposito delle informazioni da rendere note al cliente, ma a tali condizioni (economiche appunto) fanno espresso riferimento, sia il comma 6 dell’art. 117, in tema limiti alla libertà negoziale dell’intermediario e di nullità parziale del contratto, sia il comma 7 dell’art. 117, lett. b) in tema di sostituzione delle clausole nulle.

Tali disposizioni si applicano anche ai servizi di pagamento, in forza del rinvio contenuto nel primo comma dell’art. 126 *quinquies*, nonché alle operazioni di credito al consumo, relativamente ai limiti del potere contrattuale del finanziatore e alla nullità di singole clausole, stante il rinvio contenuto nel primo comma dell’art. 125 *bis*. Hanno quindi una valenza generale per i servizi prestati nel mercato creditizio.

Questo significa che il termine “*condizioni*” va inteso proprio come “*condizioni economiche*”¹³⁵ anche con riferimento alle regole del contratto, nelle quali, pur se non compare la specificazione “*economica*”,

(135) *Contra* invece Majello, *Sub art. 116*, in *Testo unico delle leggi cit.*, p. 1924, ma per il rilievo che l’obbligo di pubblicità a carico degli intermediari anche delle condizioni non economiche discenderebbe comunque dalla disposizione generale contenuta nell’art.1341 c.c.

è manifesto il collegamento con le condizioni oggetto dell'informativa precontrattuale¹³⁶. Diversamente, infatti, non solo per le clausole non economiche non opererebbe il limite alla libertà di autodeterminazione dell'intermediario previsto dalla legge, ma lo stesso meccanismo di integrazione del contratto non potrebbero funzionare, perché l'uno e l'altro postulano la sussistenza dell'obbligo di informazione nella fase delle trattative.

Né varrebbe obiettare, contro tale interpretazione, che il riferimento contenuto nelle disposizioni dell'art. 117 al contenuto dell'informazione precontrattuale, non è decisivo per risolvere la questione, perché le Istruzioni della Banca di Italia avrebbero allargato il perimetro di quest'ultima oltre il regolamento economico del rapporto. Nei fogli informativi¹³⁷ - come si è visto - oltre l'elenco completo delle condizioni economiche, devono essere indicate talune clausole di altro contenuto. L'argomento, innanzitutto, non è decisivo. L'allargamento dell'informazione precontrattuale è conseguenza dell'esercizio dell'ampia delega contenuta nella legge. Non autorizza perciò un analogo ampliamento del termine "*condizioni*" adoperato da quest'ultima, vista la specificazione "*economiche*" che l'accompagna.

In secondo luogo l'argomento prova troppo. L'informazione precontrattuale anche nelle Istruzioni non è estesa indiscriminatamente a tutte le condizioni contrattuali, ma solo a quelle che hanno comunque un'incidenza sull'equilibrio economico del rapporto. Infatti, anche le informazioni sulla caratteristiche e i rischi delle operazioni, sono suscettibili di influenzare il costo di quest'ultime per il cliente; ed altrettanto deve dirsi per le informazioni relative ai principali diritti del cliente (recesso, rimborso anticipato del capitale, mezzi di tutela stragiudiziale) Si tratta in altri termini di un'informazione sui costi potenziali dell'operazione o del servizio, similmente a quanto avviene nel mercato mobiliare.

(136) Contra De Angelis, *Commento all'art.117*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, Terza edizione, Cedam, Padova, 2012, p.1695.

(137) Ricordandosi che nel credito al consumo il documento che ospita tali informazioni è denominato "*informazioni europee di base sul credito ai consumatori*".

Ma non basta. Contro un'interpretazione ampia del termine “*condizione*”, che abbracci tutte le clausole del contratto, milita un'ulteriore considerazione.

Come si desume dall'analisi del loro contenuto, le Istruzioni della Banca d'Italia tendono ad attuare una elevata standardizzazione, sia degli strumenti di trasmissione, sia dei contenuti dell'informazione preventiva. E tale standardizzazione è frutto di una scelta già operata a livello di norma primaria, come confermano il divieto del rinvio agli usi e la prescrizione, in sede di delega al CICR, che l'indicazione dei tassi di interesse, compreso il loro calcolo, e degli “*altri elementi che incidono sul contenuto economico del rapporto*”, debba avvenire secondo “*criteri uniformi*”. Un ulteriore elemento di conforto alla predetta opinione si rinviene nella specificazione contenuta solo per le operazioni di credito al consumo, ma suscettibile di assumere valenza di regola generale di comportamento, che “*se il finanziatore intende fornire al consumatore informazioni aggiuntive sul contratto di credito, queste sono riportate in un documento distinto, eventualmente allegato alle informazioni europee di base sul credito ai consumatori*”. (così il § 4.2.2.1 della Sezione VII).

Orbene, non è peregrino ritenere che il flusso informativo e la conseguente trasparenza nel mercato creditizio, rischierebbero di restare travolti od offuscati, ove il soggetto restasse libero di introdurre una massa incontrollata di dati. Donde anche l'opportunità della scelta di limitare l'informazione al costo, attuale o potenziale, del prodotto, che è quello che secondo il legislatore deve indirizzare le scelte, in termini di convenienza e rischio, dell'utente.

Resterebbero, invece, fuori dal perimetro economico del rapporto, solo le clausole suscettibili di variazione da parte dell'intermediario, ma ciò non postula alcun contrasto con la diversa soluzione adottata con riferimento agli obblighi di informazione preventiva e al contenuto minimo obbligatorio del contratto.

Nell'art. 118, infatti, non c'è alcun richiamo alle predette regole, né il funzionamento della disciplina dello *jus variandi* è perimetrata sulle stesse, come avviene per la integrazione delle lacune negoziali.

A termine “*condizioni*”, se si vuole far leva sull'argomento letterale, è associato nella norma in esame quello “*contrattuali*” (così il comma 2), che non compare nell'art. 116, e nell'art. 117 è utilizzato solo con riferimento alla statuizione di nullità delle clausole di rinvio agli usi.

Ma al di là del dato letterale, vi sarebbe una ulteriore considerazione di carattere sistematico che giustificerebbe la estensione solo del potere unilaterale di modifica del contratto da parte dell'intermediario alle clausole non economiche.

Per i servizi finanziari conclusi con il consumatore, la facoltà dell'intermediario di modificare tutte “*le condizioni di contratto*”, quindi anche quelle non a contenuto economico, è espressamente riconosciuta dall'art. 33, comma 3, lett. b). Costituirebbe, perciò, un'evidente disparità di trattamento e non si giustificerebbe, perché più forte è l'esigenza di protezione del consumatore rispetto al comune cliente, l'estensione dello *jus variandi* a tutte le clausole contrattuali nei soli rapporti di cui sia parte il consumatore, e non in quelli con gli altri clienti.

In definitiva il termine “*condizioni*” assume nella struttura del TUB un significato ambivalente. Può riferirsi alle sole condizioni economiche, quando è associato al predetto termine espressamente, così in tema di informazione precontrattuale, ovvero vi è un collegamento implicito allo stesso, così in tema di contenuto e integrazione del contratto.

Può ricomprendere anche le clausole di diverso contenuto, quando è riferito espressamente a quelle “*contrattuali*” e comunque non vi è alcun collegamento, diretto o indiretto, nella norma alle condizioni economiche.

5. Informazione preventiva e obbligo legale di contrarre

L'ultimo comma dell'art. 116 chiarisce che le “*informazioni pubblicizzate*” non costituiscono offerta al pubblico ai sensi dell'art. 1336 c.c. Si vuole così significare che le banche e gli altri operatori finanziari non sono vincolati a contrarre. Benchè, come si è visto, non sia prevista più la pubblicità nei locali destinati alle contrattazioni, come strumento di trasmissione delle informazioni sui prodotti e servizi offerti, quest'ultime continuano ad essere rivolte al pubblico, costituito dalla massa dei potenziali utilizzatori di quest'ultimi.

La disposizione, è omologa a quella in origine contenuta nell'art. 2, comma 5, della legge n.154 del 1992 ed è una risposta ai dubbi che aveva manifestato la dottrina¹³⁸ con riferimento alla pubblicità attuata

(138) Porzio, *L'accordo*, cit., p. 284.

per tramite dell'accordo interbancario. Ci si chiedeva, infatti, se la stessa, oltre a rendere più agevole la conoscenza delle condizioni contrattuali, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1341 c.c., comportasse la possibilità di ritenere che, almeno in taluni casi, si fosse di fronte a vere e proprie proposte negoziali, rivolte ad un pubblico indiscriminato ai sensi dell'art. 1336 c.c. e suscettibili, perciò, di perfezionarsi con la richiesta da parte del cliente della prestazione offerta¹³⁹.

Tuttavia se è questa la spiegazione della norma, resta aperta la questione del rilievo giuridico della divulgazione al pubblico delle informazioni, vale a dire se l'art. 116 abbia carattere eccezionale, riferendosi a comportamenti che invece dovrebbero vincolare l'intermediario in ordine alla stipulazione del futuro contratto, o all'opposto possa considerarsi espressione di un principio generale, come tale estensibile ad altri settori economici, nei quali a carico degli operatori è previsto un obbligo di comunicazione rivolto alla massa indifferenziata di tutti i potenziali utilizzatori del servizio¹⁴⁰. Orbene, con riguardo ai fogli informativi, nei quali vanno rese note le condizioni economiche del rapporto, essi sono chiaramente distinguibili, nella struttura, oltre che sul piano delle conseguenze giuridiche, da una offerta negoziale rilevante *ex art.* 1336 c.c., e quindi, indipendentemente dalla norma in commento, non sono comunque idonei a far scattare il meccanismo di formazione del contratto previsto dalla disciplina codicistica. Anche là dove sono riscontrabili nell'informazione tutti "*gli estremi essenziali del contratto*", per essere dettagliatamente indicate le modalità dell'operazione, manca, infatti, il requisito soggettivo della proposta, ossia la volontà di concludere un accordo di un certo tipo. La divulgazione dei tassi, spese, ecc. è imposta direttamente dalla legge ed ha un contenuto essenzialmente informativo: deve quindi escludersi qualsiasi dichiarazione negoziale di volontà da

(139) Il vasto ambito del fenomeno delle condizioni generali di contratto, rende infatti possibile che le clausole predisposte contengano tutti gli elementi essenziali del futuro negozio ed in particolare il prezzo. In tal caso è generalmente ammessa l'operatività, non soltanto della regola contenuta nell'art. 1341 c.c., ma anche di quella prevista dall'art. 1336 c.c., potendosi la fattispecie costruire come "*offerta al pubblico*": v. Scognamiglio, *Contratti in generale sub art. 1336*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli - Società editrice "Il Foro italiano", Bologna-Roma, 1970, p. 195; Mirabelli, *Dei contratti in generale sub art. 1341-1342*, in *Comm. Utet*, libro IV, tomo 2, Utet, Torino, ristampa, 1984, p. 143.

(140) Il riferimento è ai servizi di investimento disciplinati dal D.Lgs. n. 58 del 1998.

parte dell'intermediario. Ne segue che, a differenza dell'offerta che ha valore di proposta negoziale¹⁴¹, l'informazione fornita all'intermediario non ha siffatta rilevanza giuridica, ossia da essa non consegue alcuna modificazione della situazione giuridica preesistente, nel senso di impegnare il titolare alla stipulazione del contratto.

Di ciò si trae conferma nella stessa disciplina speciale: il contenuto dell'informazione acquisisce rilevanza nei rapporti intermediario – cliente, produce i suoi effetti, soltanto nel caso in cui entrambi i soggetti abbiano espressamente pattuito di conformare ad esso il regolamento negoziale. Fuori di detta ipotesi, al comportamento in parola non può attribuirsi alcuna carattere vincolante in ordine alla formazione del negozio, né tanto meno può attribuirsi il significato di offerta di contratto.

Infatti, le parti restano libere di concordare condizioni che si discostano da quelle inserite nei fogli informativi, e la nullità della deroga sfavorevole al cliente, discende, non già da una pretesa natura coercitiva dell'informazione, ma è imposta direttamente dalla legge (art. 117, comma 4) a garantire l'effettiva parità contrattuale tra l'intermediario ed il cliente. Tanto ciò è vero che è valida la pattuizione difforme, ma che sia a vantaggio di quest'ultimo¹⁴². Se dunque le clausole negoziali divulgate entrano a far parte del contratto, soltanto nel caso in cui le parti abbiano espressamente previsto di conformare alle stesse il contenuto dell'accordo; se ancora, quando si discosta dal contenuto della informazione preventiva, il contratto si presenta invece, come il risultato di una proposta del cliente cui ha fatto seguito l'accettazione dell'intermediario, è allora giusto ritenere più aderente al comportamento dei soggetti e verosimilmente anche al comune apprezzamento sociale, l'interpretazione che attribuisca alle informazioni in parola il significato di un invito ad offrire¹⁴³. L'intermediario, in altri termini, non è che il provocatore di un'offerta di contratto, offerta che si riserva di accettare

(141) Secondo la formula dell'art. 1336 c.c., che limita a tale enunciazione la definizione della fattispecie in parola.

(142) Ciò sta a significare che l'informazione pubblicizzata riguarda soltanto una delle possibili varianti, la peggiore per il cliente, del prezzo della prestazione.

(143) È infatti comunemente ammesso che, là dove manchi qualche requisito essenziale per potere qualificare un dato comportamento come offerta al pubblico (nel nostro caso la volontà di vincolarsi con la semplice richiesta della prestazione da parte del cliente), resta sempre salva la possibilità di considerarlo alla stregua di un mero invito ad offrire: v. Scognamiglio, *Contratti* cit., p. 191.

o meno, con l'unico limite, impostogli direttamente dalla legge, di non applicare condizioni peggiori di quelle propagandate.

Il problema, tuttavia, potrebbe porsi per l'ulteriore strumento di trasmissione delle informazioni previsto dalle Istruzioni della Banca d'Italia, costituito dalla schema del contratto del quale il cliente può chiedere una copia prima della sua firma.

In tal caso si tratta di un documento che contiene in effetti tutti gli elementi della proposta negoziale dell'intermediario, perché come precisano le Istruzioni deve essere idoneo alla stipula, e che, quindi, con ogni probabilità coinciderà con il contratto che sarà firmato, salva la possibilità di apportarvi modifiche o aggiunte.

Ma in tal caso il sorgere del vincolo alla contrattazione a seguito della consegna dello schema contrattuale è escluso dalle medesime Istruzioni, essendo espressamente previsto che tale "*consegna non impegna le parti alla stipula del contratto*"

Se allora si vogliono trarre le fila del discorso, si può concludere che seppure l'ultimo comma dell'art. 116 sembri volto ad escludere l'esistenza di un obbligo a contrarre degli intermediari, il medesimo possa essere considerato più che altro come espressione di una vera e propria regola generale, come tale estensibile anche al di là del campo di applicazione della norma¹⁴⁴, sintetizzabile nei seguenti termini.

La divulgazione delle clausole negoziali, che contengono tutti gli elementi della prestazione offerta, può dar luogo ad una proposta di contratto cui si applica l'art. 1336 c.c., ma è da escludere che ciò avvenga, quando la stessa costituisce l'adempimento di un dovere di informazione, imposto da una norma primaria o secondaria, e non invece l'espressione da parte del suo autore della volontà di concludere un contratto di un certo tipo.

6. Il contratto scritto come strumento di trasmissione delle informazioni

Generalizzando una regola di comportamento già prevista per il

(144) Esemplificando anche alle operazioni di credito al consumo e ai servizi di pagamento, le cui discipline non richiamano la regola.

mercato mobiliare dalla legge n. 1 del 1991¹⁴⁵ e ribadita dall'art. 23 del TUF, l'art. 117 del TUB stabilisce che la prestazione dei servizi bancari e finanziari debba avvenire sulla base di un contratto redatto per iscritto, e che un esemplare dello stesso debba essere consegnato al cliente¹⁴⁶.

Tale regola si applica anche alle operazioni di credito al consumo e a i servizi di pagamento, quanto ai primi in forza dell'analogia previsione contenuta nel primo comma dell'art. 125 *bis*, per i secondi dall'esplicito richiamo alla stessa operato nell'art. 126 *quinquies*¹⁴⁷.

Può quindi dirsi che i servizi finanziari, quale sia il mercato di riferimento dell'operatore, mobiliare o creditizio, e il contenuto dell'offerta (in strumenti finanziari o di pagamento, ovvero operazioni bancarie e finanziarie, o di credito al consumo) devono essere sempre prestati sulla base di un contratto scritto.

Venendo allo specifico settore dei servizi bancari e finanziari, la norma del TUB, risulta più completa del suo antecedente storico costituito dall'art. 3 della legge n.154 del 1992. Quest'ultimo, infatti, con riferimento all'obbligo della redazione scritta del negozio e della consegna di un esemplare al cliente, non prevedeva alcun tipo di sanzione per l'ipotesi di inosservanza degli obblighi prescritti.

Ciò ingenerava una serie di incertezze. In particolare si discuteva se

(145) A mente, infatti dell'art. 6, comma 1, lett c. le SIM dovevano “*stabilire i rapporti con il cliente stipulando un contratto scritto nel quale siano indicati la natura dei servizi forniti, le modalità di svolgimento dei servizi stessi e l'entità e i criteri di calcolo della loro remunerazione, nonché le altre condizioni particolari convenute con il cliente; copia del contratto deve essere consegnata contestualmente al cliente*” La norma è stata poi trasfusa nell'art. 23 del TUF. Relativamente a quest'ultima norma, nel testo aggiornato dalle modifiche introdotte da D.Lgs. n. 164 del 2007, ci permettiamo di rinviare al Nostro, *Sub art. 4, comma 3*, in *L'Attuazione della Direttiva Mifid. Decreto legislativo 17 settembre 2007, n. 164*, a cura di A. Irace e M. Rispoli Farina, Giappichelli, Torino, 2010, p. 150 ss.

(146) Sulla rilevanza della forma scritta del contratto v. Mirone, *Commento all'art. 117*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia creditizia*, a cura di Costa, tomo 2, Giappichelli, Torino, 2013, p.1309 ss.

(147) In proposito ci permettiamo di rinviare al Nostro, *Sub art. 34 co. 1 lett. B. Art. 126 quinquies*, in *La Nuova Disciplina dei servizi di pagamento*, a cura di M. Mancini, M. Rispoli Farina, V. Santoro, A. Sciarrone Alibrandi, O. Troiano, Giappichelli, Torino, 2011, p. 546 ss. V. anche Rispoli Farina – Spena, *La trasparenza delle condizioni e i requisiti informativi per i servizi di pagamento*, in *Armonizzazione Europea dei servizi di pagamento e attuazione della Direttiva 2007/64/CE*, a cura di M. Rispoli Farina, V. Santoro, A. Sciarrone Alibrandi, O. Troiano, Giuffrè, Milano, p. 80 ss.

la forma scritta fosse richiesta “*ad substantiam*” o “*ad probationem*”¹⁴⁸ ed ancora se e quali conseguenze sortissero dalla mancata redazione per iscritto del contratto, o comunque dall'omessa consegna di un'esemplare al cliente¹⁴⁹.

Tali dubbi sembrano essere stati parzialmente risolti dalla nuova disposizione. L'“*inosservanza della forma prescritta*” è infatti sanzionata esplicitamente dal secondo comma dell'art. 117 con la nullità del contratto. Resta però aperta e francamente di difficile soluzione la questione della natura giuridica della forma prescritta per i contratti bancari e finanziari¹⁵⁰.

Per effetto del successivo art. 127, comma 2¹⁵¹, le nullità previste dal TUB, e quindi anche quella sancita dal secondo comma dell'articolo in esame, possono essere fatte valere solo dal cliente (cd. nullità relativa o di protezione), mentre per l'art. 1325 c.c. la forma costituisce un requisito essenziale del contratto solo quando è a pena di nullità, la quale invece può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse (cd. nullità assoluta). Sarebbe perciò difficile spiegare in base alla norma codicistica, che un contratto privo di un requisito essenziale sia invalido per una delle parti, ma valido per l'altra, salvo che ricorrano i presupposti per il rilievo officioso della stessa da parte del giudice¹⁵².

Se quindi, nonostante tutte le difficoltà del caso, si vuole tentare un qualche inquadramento della forma dei contratti bancari e finanziari, può forse condividersi la dottrina¹⁵³ che individua una certa similitudine, soprattutto con riguardo al *modus operandi* della sanzione, col requisito formale prescritto dall'art. 1341 c.c., comma 2, relativamente alle clausole cd. onerose. Anche in tale caso la nullità della clausola non oggetto di apposita approvazione, può essere fatta valere solo dall'aderente al modulo o formulario predisposto dalla controparte.

(148) Cfr. Scotti Galletta, *Sub art. 3. Legge 17 febbraio 1992, n.154* cit., p. 1142.

(149) Dolmetta, *Per l'equilibrio* cit., p. 393.

(150) Vi è infatti qualche autore, così Rolfi, *La cassazione e la forma dei contratti bancari: il difficile bilanciamento tra garanzie e celerità* (Nota a Cass., sez. I, 9 luglio 2005, n. 14470), in *Corriere giur.*, 2006, p. 361 ss., che nonostante la sanzione di nullità prevista dalla norma, ha continuato a sostenere la natura meramente “*ad probationem*” del requisito formale.

(151) V. il successivo capitolo III.

(152) In proposito si rimanda al § 4 del capitolo III.

(153) Majello, *Sub art. 117*, in *Testo unico delle leggi* cit., p. 1937.

Altrettanto irrisolto, nel silenzio della norma, è il dubbio sulle sanzioni connesse alla mancata consegna di un esemplare del contratto al cliente.

La questione non è di poco conto. Che il contratto sia uno strumento di informazione pare che non ci possano essere dubbi. Così lo considera la legge, che lega, come già rilevato, il suo contenuto a quanto è stato oggetto di informazione precontrattuale dell'intermediario al cliente nella fase delle trattative. Così lo considerano anche le Istruzioni della Banca d'Italia che anticipano a prima della sua conclusione, sia pure in termini di facoltà per il cliente (a sua richiesta) non di obbligo per l'intermediario, la consegna della "*copia completa del testo contrattuale idonea per la stipula*".

Ma non basta. Il contratto è uno strumento non solo di informazione nel momento genetico del rapporto, ma anche di verifica della legittimità dei comportamenti dell'intermediario in sede di sua esecuzione¹⁵⁴.

Le Istruzioni applicative della Banca d'Italia impongono, infatti, che unito al contratto sia consegnato un documento di sintesi che riporti le condizioni economiche relative allo specifico tipo di operazione¹⁵⁵; quando poi la banca comunica la variazione delle clausole negoziali sfavorevoli al cliente¹⁵⁶, deve inoltrare un nuovo documento di sintesi che aggiorna quello allegato al contratto¹⁵⁷. Pertanto l'omissione dell'intermediario darebbe luogo a una serie di inadempimenti: dell'obbligo di legge di consegnare il contratto una volta stipulato; degli obblighi previsti dalle norme secondarie di consegnare unitamente al primo il documento di sintesi e di aggiornare quest'ultimo quando modifica le condizioni in esso riportate.

Orbene, secondo alcuni autori¹⁵⁸, la consegna si inserirebbe nell'*iter* di formazione del negozio, nel senso che il contratto potrebbe considerarsi concluso solo dopo tale adempimento.

La sanzione di nullità, pertanto, si applicherebbe anche quando il contratto, benché stipulato per iscritto, non sia stato consegnato al

(154) Il riferimento è soprattutto all'esercizio dello *jus variandi*, per il quale v. *infra* nel capitolo.

(155) Sezione II, § 7.

(156) V. *infra*.

(157) Sezione IV, § 2, delle Istruzioni 16 luglio 2003. La prescrizione inopportuna non compare più nell'ultime due versioni delle istruzioni, aggiornate rispettivamente al luglio 2009 e al luglio 2015.

(158) Majello, *Sub art. 117 cit.*, p. 1935.

cliente, perché pure in tale ipotesi non risulterebbe osservata la “forma” (intesa come redazione del testo scritto e consegna al cliente) prescritta dalla legge.

È più convincente, però, l'altro orientamento, invero anche prevalente, che inserisce la consegna del documento negoziale tra le obbligazioni che attengono alla fase esecutiva del rapporto, considerandolo “*come un obbligo inserito ex lege nel contratto bancario o finanziario ai sensi dell'art.1374 c.c.*”¹⁵⁹. A parte, infatti, le difficoltà, anche di ordine concettuale, di differire a un adempimento meramente materiale il perfezionamento del negozio, i cui requisiti essenziali invece già sussistono quando è stato firmato il contratto, la prima soluzione renderebbe di difficile identificazione il momento stesso a partire dal quale quest'ultimo produrrebbe i suoi effetti.

Come si è giustamente osservato, la consegna del documento non deve *ex lege* essere contestuale alla firma del contratto¹⁶⁰; in taluni casi (si pensi ai contratti a distanza o conclusi per via telematica) la stessa naturalmente avviene in un momento successivo. Donde la difficoltà di capire se e quali conseguenze si produrrebbero nel lasso di tempo intercorrente tra l'uno e l'altro adempimento.

Una volta quindi ricondotta la consegna del testo negoziale tra le obbligazioni della fase esecutiva del rapporto, le conseguenze sul piano sanzionatorio andranno ricercate al di fuori del TUB e precisamente nella disciplina generale dell'inadempimento nei contratti a prestazione corrispettive.

Pertanto, l'obbligo di consegna del contratto da parte della banca sarà senz'altro coercibile dal cliente¹⁶¹ e questo in concreto sarà l'unico strumento che potrà essere agevolmente utilizzato. Gli altri istituti, infatti,

(159) Cfr. Scotti Galletta, *Sub art. 3 cit.*, p. 1153. Adde Agresti, *Sub art. 117*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di P. Ferro - Luzzi e G. Castaldi, vol. III, Giuffrè, Milano, 1996, p. 1838, nonché Farina, *Brevi riflessioni sulla nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Contratto e impr.*, 2004, p. 846 ss.

(160) Porzio, *La disciplina cit.*, p. 55.

(161) A nostro avviso, anche quando dalla firma apposta in calce al contratto risulti che il cliente abbia ricevuto un suo esemplare. Avvalorata tale la conclusione la regola contenuta nell'art. 43 della direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento che il cliente “*in qualsiasi momento della relazione contrattuale ha il diritto, su sua richiesta, di ricevere le condizioni contrattuali del contratto quadro ...su supporto cartaceo o altro supporto durevole*”.

sono di difficile applicazione alla fattispecie, o comunque di dubbia utilità per il cliente. Quanto al risarcimento dei danni, quest'ultimi, considerato il contenuto dell'obbligazione violata, appaiono di complicata dimostrazione sia nell'*an*, che nel *quantum*. Va analogamente esclusa la possibilità della risoluzione del contratto, in quanto - come è stato osservato¹⁶² - l'obbligo di consegna non rientra nel sinallagma dell'operazione bancaria e finanziaria e quindi non è suscettibile di alterare il rapporto funzionale tra le contrapposte obbligazioni. Nelle operazioni di finanziamento, poi, potrebbe essere anche controproducente per il cliente invocare la risoluzione del rapporto, posto che dovrebbe restituire le somme ricevute, senza beneficiare del termine previsto nel contratto per l'adempimento della relativa obbligazione.

Per finire, di scarso significato per il cliente convenuto in giudizio dalla banca per la restituzione delle somme a suo debito, si rileverebbe il ricorso all'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c. Tale eccezione, infatti, potrebbe essere facilmente paralizzata dalla banca attraverso la produzione del documento.

L'unico inadempimento suscettibile di dar luogo alla nullità del contratto è quindi la sua mancata redazione per iscritto.

Ma anche questa non è una conseguenza assoluta. È attribuito al CICR il potere di introdurre all'obbligo generalizzato della forma scritta delle eccezioni, stabilendo per "*particolari contratti*" delle forme alternative. Tale potere è circoscritto dalla legge (così il comma 2 dell'art. 117) all'esistenza di motivate ragioni tecniche, ma in virtù dei richiami contenuti rispettivamente negli art. 125 *bis* (comma 2) e 126 *quiquies* (comma 1) è esteso anche alle operazioni di credito al consumo e ai servizi di pagamento. Si applica pertanto a tutte le operazioni concluse nel mercato creditizio.

Rispetto alla omologa disciplina contenuta nel comma 3 dell'art. 3 della legge n.154 del 1992, va segnalato lo spostamento di competenze dalla Banca d'Italia, che deliberava su proposta del CICR, direttamente in capo a quest'ultimo. Di fatto però non è cambiato nulla, perché il CICR (art. 10 della Delibera 4 marzo 2003) ha, a sua volta, affidato alla Banca d'Italia il compito di individuare forme alternative a quella scritta per le "*operazioni e servizi*" effettuati sulla base di contratti redatti per iscritto,

(162) Così Majello, *Sub art. 117 cit.*, p. 1935.

oppure prestati occasionalmente, o ancora che importino per il cliente un modesto onere economico¹⁶³.

Se a ciò si aggiunge che l'art. 126 *quinquies*, nel rinviare per i "contratti quadro" alla disciplina del comma 2 dell'art. 117, precisa che il potere di prescrivere per determinati contratti forme diverse da quella scritta è esercitato dalla Banca d'Italia, diventa arduo comprendere il motivo per il quale solo per i servizi bancari e finanziari, nonché per le operazioni di credito al consumo, sia stato conservato formalmente in capo al CICR, un potere che quest'ultimo non ha mai esercitato.

Il raffronto con la previgente disciplina è poi interessante soprattutto per segnalare che nell'art. 117 non è stata trasfusa l'ulteriore previsione del comma 2 dell'art. 3, il quale escludeva *tout court* l'obbligo della forma scritta per i contratti di minima rilevanza economica, senza tuttavia imporre forme alternative.

Da quest'ultimo rilievo possono perciò trarsi due considerazioni. La prima che non parrebbero più ipotizzabili in materia bancaria e finanziaria contratti a forma libera. Questi vanno stipulati nella forma scritta imposta dalla legge o, per particolari operazioni, in quella alternativa da determinarsi dall'Autorità amministrativa. La *ratio* della disposizione in esame è infatti quella di semplificare in taluni casi le forme delle negoziazioni, consentendo il ricorso a modalità applicative anche sofisticate sul piano tecnologico (si pensi nuovamente ai contratti conclusi per via telematica), ma non autorizza in alcun modo interpretazioni che si traducono sostanzialmente nell'ablazione di qual si voglia onere formale nella stipula dei contratti.

La forma diversa dovrà quindi in ogni caso essere idonea a consentire al cliente la conoscenza del contenuto del negozio e tale certamente non sarebbe quella orale.

La seconda considerazione è che, dovendo reputarsi a forma vincolata anche i contratti da redigersi in quella diversa prevista dall'Autorità amministrativa¹⁶⁴, tale forma alternativa avrà la stessa

(163) Fortemente critico nei confronti di tale opzione Farina, *Brevi riflessioni cit.*, p. 848, il quale ipotizza anche un eccesso di delega. La questione però deve ritenersi superata, alla luce della giurisprudenza di Cass. civ., 9 luglio 2005, n. 14770, in *Giust. civ.* 2006, I, 311, la quale ha ritenuto che le prescrizioni in tema di forma dei contratti del CICR e della Banca d'Italia "completano e integrano la norma di legge, in virtù di una facoltà espressamente prevista dalla legge, vanno pertanto considerate come atti a contenuto ed efficacia normativa...e debbono essere conosciuti d'ufficio dal giudice."

(164) L'osservazione è di Majello, *Sub art. 117 cit.*, p. 1935.

valenza della forma scritta, per cui la sua inosservanza darà comunque luogo alla sanzione di nullità.

Ciò trova conferma anche in un argomento di tipo letterale, visto che il comma 3 dell'art. 117, nel sanzionare l'inadempimento, si esprime in termini "*di inosservanza della forma prescritta*", intendendo con ciò chiaramente riferirsi non solo alla mancanza del contratto scritto, ma anche alle ipotesi in cui a non essere rispettata sia la forma alterativa "*prescritta*" dalla Autorità di vigilanza.

Alla luce di queste puntualizzazioni, può quindi apprezzarsi l'uso di tale potere da parte di quest'ultima.

Orbene, benché le Istruzioni della Banca d'Italia si esprimano in termini di vera e propria esenzione dall'obbligo della forma scritta, il che potrebbe far pensare effettivamente ad un eccesso di delega, le ipotesi considerate dimostrano che ciò non è vero.

In tali caso, infatti, comunque è prevista una qualche traccia documentale dell'operazione, che permette al cliente di avere conoscenza delle sue clausole negoziali. Tale conoscenza, infatti, è assicurata nel caso in cui la prestazione sia prestata in attuazione di un rapporto negoziale già in corso¹⁶⁵, dalle previsioni in merito alla stessa che devono essere contenute nel contratto scritto stipulato a monte¹⁶⁶; quando invece sia svolta occasionalmente e risulti di modesto importo¹⁶⁷, dall'obbligo a carico della banca di mantenere evidenza dell'operazione compiuta e di consegnare, o inviare tempestivamente al cliente conferma scritta della sua esecuzione, con specifica indicazione del costo¹⁶⁸.

(165) Così il § 2, sub lett. a) della Sezione III.

(166) L'ipotesi tipica è quella delle operazioni regolate in conto corrente. Opportunamente precisa Porzio, *La disciplina* cit., p. 54 che in tal caso occorre che nel "*contratto di conto corrente vi sia una previsione del futuro contratto sufficientemente precisa*". Il contratto di conto corrente opera quindi come un vero e proprio accordo quadro. Di qui la similitudine, sulla quale si tornerà anche oltre nel testo, non solo sul piano del contenuto, ma anche della funzione, col "*contratto quadro*" in materia di servizi di pagamento.

(167) Così il § 2, sub lett. b) della medesima Sezione.

(168) Tale previsione è peraltro in linea con la già richiamata direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento. Quando si tratta di una singola operazione di pagamento non rientrante in quelle previste nel contratto quadro, e quindi di un servizio occasionale, gli obblighi di informazione possono essere assolti anche oralmente allo sportello, o attraverso la sola pubblicità (così il § 25 dei considerando, per il quale è sufficiente rendere le informazioni "*facilmente accessibili in altro modo, per esempio esponendo*

Qualche perplessità, ma solo di primo acchito, potrebbe aversi per l'ulteriore ipotesi prevista dalle Istruzioni della Banca d'Italia¹⁶⁹, dell'emissione di prodotti di moneta elettronica non ricaricabili anonimi, o per i quali non sussiste *ex art. 25, comma 6, lett. d)*, del D.Lgs. n. 231 del 2007 l'obbligo a carico della banca di identificare il cliente¹⁷⁰.

A ben vedere, però, l'esonero dell'obbligo della forma scritta non è determinato da un'esigenza di semplificazione, ma dall'impossibilità per l'intermediario di individuare il destinatario stesso della prestazione.

Va invece visto con favore, perché risolve i dubbi che in proposito erano stati manifestati dalla dottrina¹⁷¹, l'intervento chiarificatore della Banca d'Italia¹⁷² in ordine all'idoneità, per i contratti conclusi per via telematica, del supporto informatico ad integrare il requisito della forma scritta, sempre che siano state rispettate le norme di legge¹⁷³ che disciplinano l'uso di tale tecnica.

7. Il contenuto minimo obbligatorio del contratto

L'obbligo della forma scritta non è fine a se stesso. Il legislatore,

nei locali un cartello con le condizioni"¹⁶⁹). Precisamente prima dell'esecuzione dell'operazione, è solo su richiesta dal pagatore, che il prestatore è tenuto a fornire la bozza del contratto relativo alla singola operazione o la bozza dell'ordine di pagamento contenente la specificazione delle sue condizioni (v. l'art. 36). Dopo la sua esecuzione, invece, l'informazione scritta sui costi dell'operazione diviene obbligatoria (così art. 38). Le regole comunitarie, quindi, sembrano del tutto simili a quelle interne.

La legittimità della norma secondaria in esame infatti, è confermata dall'art. 126 *quater*. Quest'ultimo, nel rimettere alla Banca d'Italia la disciplina delle informazioni relative alle operazioni di pagamento e ai contratti, consente esplicitamente di prevedere "*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*".

(169) Così il § 5.1 della Sezione VI.

(170) Si tratta dei prodotti di moneta elettronica non ricaricabili, quando l'importo massimo memorizzato sul dispositivo non è superiore a 150 euro, oppure se ricaricabili, quando sia imposto un limite di 2.500 euro sull'importo tale trattato in un anno civile.

(171) V. Porzio, *La disciplina* cit., p. 53.

(172) § 2, della Sezione III.

(173) Si tratta del D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82. Naturalmente anche nella direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento, ai fini dell'adempimento degli obblighi di informazione posti a carico del prestatore, il documento informatico è equiparato a quello cartaceo.

infatti, indica anche le clausole che devono risultare dal testo scritto. Già sotto questo primo profilo si rileva quindi una simmetria con la disciplina degli obblighi di informazione preventiva. Anche per quest'ultimi il legislatore non si limita all'imposizione dell'obbligo, ma indica gli elementi dell'informazione. La seconda similitudine è nella previsione del divieto di fare rinvio agli usi (così il comma 6 dell'art. 117) anche per l'individuazione degli elementi dell'informazione da inserire in contratto.

Le stesse considerazioni valgono per il “*contratto quadro*” che disciplina la prestazione dei servizi di pagamento, in virtù del richiamo contenuto nel primo comma dell'art. 126 *quinquies* ai commi 4 e 6 dell'art. 117, che rispettivamente individuano le informazioni che vanno fornite nel contratto e stabiliscono la nullità della clausola di rinvio agli usi. Per le operazioni di credito al consumo la situazione è solo parzialmente diversa. Vale la nullità della clausola di rinvio agli usi, stante il richiamo da parte dell'art. 125 *bis* del 6 comma dell'art. 117, ma la individuazione delle informazioni e condizioni che devono risultare dal contratto è affidata alle prescrizioni della Banca d'Italia “*in conformità alle deliberazioni del CICR*”:

Orbene, l'estensione delle analoghe cautele già previste per gli obblighi di informazione nella fase precontrattuale, rafforza la considerazione del contratto da parte del legislatore come ulteriore veicolo di trasmissione delle informazioni. È, infatti, la trasparenza del regolamento negoziale per il cliente perseguita dall'obbligo della redazione scritta del contratto, ad imporre che siano prescritti dalla legge (o dalle disposizioni dell'Autorità di vigilanza nel credito al consumo), e non lasciati invece all'arbitrio delle parti, gli elementi dell'informazione doverosa da riportare nel testo dell'accordo, senza che il contenuto di quest'ultima possa essere derogato dal rinvio agli usi.

Confermano tale opinione altri due rilievi.

Il primo è che l'informazione contrattuale, quanto al suo ambito, coincide con quello dell'informazione precontrattuale, per cui è limitata al regolamento economico del rapporto.

Per i servizi bancari e finanziari e per i servizi di pagamento (stante il rinvio alla regola contenuto nell'art. 126 *quinquies*) tale legame è esplicitato direttamente dal comma 4 dell'art. 117, a mente del quale devono essere inserite nel contratto tutte le clausole che relativamente

alla operazione o servizio concluso stabiliscono il “tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizioni praticati, inclusi per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora”.

Per le operazioni di credito al consumo tale collegamento è conseguenza delle Istruzioni della Banca d'Italia per le quali il contenuto del contratto coincide con quello della informazione precontrattuale¹⁷⁴ (art. 5.2 in relazione all'art. 4.2 della Sezione VII).

Il secondo rilievo è che l'informazione contrattuale è legata a quella precontrattuale, anche per la determinazione del contenuto economico accordato al cliente. Dal comma 6 dell'art. 117, che si applica oltre ai servizi di pagamento anche al credito al consumo, si desume che le condizioni economiche da inserire nell'accordo sono quelle che hanno formato oggetto dell'informazione precontrattuale, salvo che rispetto a quest'ultime attribuiscono al cliente un trattamento più favorevole.

Infatti, le clausole che “prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli di quelli pubblicizzati” sono “nulle e si considerano per non apposte”.

L'esame di tali regole suggeriscono poi altre due considerazioni.

Innanzitutto è palese, a nostro avviso, che si sia in presenza di una sostanziale restrizione del potere attribuito alle parti dall'art. 1322 c.c. di autodeterminare il proprio regolamento di interessi, venendo dalla legge preventivamente indicate sia le condizioni minime di determinatezza delle prestazioni contrattuali (così il comma 4), sia i limiti di contenuto dell'accordo (così il comma 6).

Tale seconda limitazione è però solo per l'intermediario. È vietata infatti la previsione negoziale di un trattamento economico peggiorativo per il cliente rispetto a quanto forma oggetto dell'informazione precontrattuale, ma non di uno più favorevole¹⁷⁵.

Il secondo aspetto da segnalare è che l'informazione preventiva, almeno in linea di principio, costituisce condizione necessaria, ma non sufficiente per l'applicazione delle condizioni economiche ai rapporti bancari e finanziari. È necessario, infatti, perché si applichino, che le condizioni pubblicizzate siano esplicitamente inserite nel testo negoziale.

La deroga al meccanismo di integrazione dei contratti previsto dall'art.1341 c.c. sembrerebbe perciò palese. È indiscutibile, infatti, che

(174) Per quest'ultima v. *supra*, sub § 4.

(175) V. Schlesinger, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 229.

l'osservanza delle regole prescritte dagli art. 116, 124 e 126 *quater* del TUB, rispettivamente per i servizi bancari, le operazioni di credito al consumo e i servizi di pagamento, integrano senz'altro quel requisito della facile conoscibilità¹⁷⁶ che, in base alla norma codicistica, avrebbe reso superfluo, ai fini della loro applicazione, l'inserimento delle condizioni economiche nell'accordo scritto.

Ciò non avverrebbe per le operazioni disciplinate dalla normativa in esame, dove la necessità della previsione scritta, esclude la possibilità per i contraenti di rinviare per la regolamentazione degli aspetti economici al contenuto delle clausole pubblicizzate, o comunque di lasciare in bianco la relativa previsione. Esplicita in tal senso, per le operazioni di credito al consumo, la prescrizione del comma 5 dell'art. 125 *bis*, per la quale “*nessuna somma può essere richiesta o addebitata al consumatore se non sulla base espressa di previsioni contrattuali*”, chiaramente estensibile a tutte le operazioni concluse nel mercato creditizio.

Se, tuttavia, si esaminano le regole di integrazione del contratto previste nel successivo comma 7 dell'art. 117, per i servizi bancari e di pagamento (per quest'ultimi sempre in virtù del richiamo contenuto nell'art. 125 *quinquies*), nonché nel comma 7 dell'art. 125 *bis* per le operazioni di credito al consumo, ci si accorge che tale conclusione non è sempre vera.

Può, e deve essere tenuta ferma solo relativamente ai tassi, nonché con riferimento al credito al consumo relativamente al TAEG. La mancata o non corretta indicazione dei tassi, nei servizi bancari e di pagamento, e del TAEG¹⁷⁷ nelle operazioni di credito al consumo, comporta l'applicazione del rendimento minimo (per le operazioni attive per l'intermediario) o massimo (per quelle passive) dei bot o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministero dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi prima la conclusione del contratto¹⁷⁸.

Tale regola esclude perciò chiaramente il meccanismo di integrazione dei contratti previsto dall'art. 1341 c.c., in quanto l'intermediario potrà applicare i tassi e il TAEG pubblicizzati solo se li abbia correttamente

(176) Così Alpa, *La trasparenza* cit., p. 714.

(177) Con riferimento a quest'ultimo perché non sono stati inclusi tutti i costi, o perché non lo siano stati in maniera corretta (così la previsione del comma 6 dell'art. 125 *bis*).

(178) Ovvero nelle operazioni diverse dal credito al consumo nei dodici mesi precedenti al loro svolgimento, se più favorevoli per il cliente (così la lett. b, del comma 7 dell'art. 117).

indicati nell'accordo sottoscritto dal cliente.

Il discorso, invece, cambia per le condizioni economiche diverse dai tassi, con la sola eccezione delle operazioni di credito al consumo¹⁷⁹. Per i servizi bancari e finanziari, nonché quelli di pagamento, la divulgazione dei costi diversi dai tassi diventa condizione non solo necessaria, ma anche sufficiente per la loro applicazione ai rapporti. Infatti, laddove non siano stati determinati in contratto, si applicheranno “*gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati nel corso della durata del rapporto per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi*”. Quando poi tali condizioni non sono state nemmeno pubblicizzate e quindi non sono oggettivamente conoscibili dal cliente, null'altro sarà da questo dovuto, al di fuori del tasso di interesse pubblicizzato e previsto in contratto.

La questione si pone in termini diversi per il credito al consumo. Incidendo la mancata indicazione dei predetti costi sul corretto calcolo del TAEG, che deve avvenire anche sulla loro base (art. 121, comma 1, lett. e), ciò comporterà nuovamente l'applicazione della regola che, oltre al rendimento minimo dei bot (ed eventualmente di altri titoli simili), nessuna altra somma sarà dovuta dal consumatore. L'integrazione con i costi pubblicizzati prevista dalla lett. b) del comma 7, dell'art. 117 del TUB non può pertanto operare¹⁸⁰.

Va a questo punto segnalata l'altra potenziale deroga alle regole di civilistiche di integrazione dei contratti, costituita da ricorso alle clausole d'uso previsto all'art. 1340 c.c., che da alcuni autori è stata individuata nel divieto di far rinvio agli usi¹⁸¹.

La prima parte del comma 6 stabilisce, infatti, che “*sono nulle e si considerano non apposte le clausole di rinvio agli usi per la terminazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizioni praticati*”.

La regola ha portata generale, essendo estesa la sua applicazione non solo a tutte le operazioni del mercato creditizio, ma anche al contratto di investimento nel mercato mobiliare¹⁸².

(179) V. in proposito Antonucci, *Commento all'art.125*, in *Commentario al testo unico delle leggi* cit., p. 1885, la quale evidenzia che nel credito al consumo, sono numerosi i casi di contratti, privo delle informazioni essenziali.

(180) Non condividiamo, perciò, l'opinione di chi – così invece Maugeri, *Commento all'art. 125 bis*, in *Commento al Testo unico* cit., p. 1452 - considera la norma un inutile doppione della previsione contenuta nell'art.117.

(181) Dolmetta, *Per l'equilibrio* cit., p. 388.

(182) Così il comma 2 dell'art. 23 del TUF.

La deroga al meccanismo di integrazione dei contratti attraverso le clausole d'uso riguarderebbe perciò tutti contratti finanziari.

Ciò precisato, può subito dirsi che la norma dell'art. 117 è più precisa rispetto alla suo antecedente storico, l'art. 4, comma 3, della legge n. 154 del 1992, il quale invece si limitava a stabilire la nullità della clausola di rinvio agli usi, senza alcuna specificazione in merito al contenuto delle previsioni negoziali cui si riferiva il divieto. Esplicito è, infatti, ora il riferimento nel divieto del rinvio agli usi, solo alle clausole che hanno ad oggetto il contenuto economico del rapporto. E tale specificazione si rinviene anche nel comma 2 dell'art. 23 del TUF per i contratti di investimento.

Ne segue perciò che per le clausole di contenuto diverso continuerà ad operare, almeno in linea di principio, il meccanismo di integrazione previsto dall'art. 1340 c.c.¹⁸³.

Ma anche per le clausole a contenuto economico la sussistenza di una deroga alle regole dell'art. 1340 c.c. può essere messa fondatamente in discussione.

Altro infatti è il divieto delle parti di affidare per patto la determinazione del contenuto negoziale agli usi, altro è l'inserimento nel contratto delle clausole d'uso che è invece operata direttamente dalla legge, cosicché ha luogo indipendentemente dalla validità del richiamo ad esse da parte dei contraenti¹⁸⁴. Il che ovviamente non significa che il contenuto economico del rapporto finanziario continui ad essere affidato, per gli aspetti non

(183) A tale soluzione si sarebbe potuti pervenire con ogni probabilità anche con riferimento alla precedente disposizione, considerata la ragione ispiratrice di dirimere le note problematiche della validità o meno della clausola "*interessi uso piazza*", originariamente contenuta nei moduli predisposti dalla banca. Per un efficace riepilogo delle predette questioni si rinvia a Porzio, *La disciplina* cit., p. 57, dove anche ampi riferimenti giurisprudenziali. Lo stesso A. sottolinea inoltre che essendo divenuta pacifica la sua nullità, la clausola è stata eliminata dalle nub. Resterebbe, però, aperta la questione relativamente alle convenzioni stipulate prima dell'entrata in vigore della legge n. 154, posta la irretroattività della norma. Ma dopo l'entrata in vigore del TUB, anche la giurisprudenza della Cassazione, sulla scorta di quella delle Corti di merito, si è sempre più decisamente orientata nel senso della invalidità anche della clausola contenuta nei contratti stipulati anteriormente, per l'assenza di parametri nazionali omogenei, idonei a consentire una concreta determinazione del tasso di riferimento (v. Cass. civ., 1 febbraio 2002, n. 1287, in *Foro it.*, 2002, I, 1411 e Cass. civ., 19 luglio 2000, n. 9465, in *Foro it.*, 2001, I, 155).

(184) V. per tutti Sacco, *Obbligazioni e Contratti*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. X, tomo 2, Utet, Torino, 2013.

espressamente disciplinati, agli usi negoziali.

Se è vero, infatti, che l'uso può inserirsi nel contratto senza che via sia una conforme manifestazione di volontà delle parti¹⁸⁵, è altrettanto vero che la sua applicazione postula che vi sia una lacuna nel regolamento, per cui quando la volontà delle parti è stata espressa in modo completo o comunque la lacuna possa essere colmata da una clausola legale, non ha luogo l'integrazione attraverso gli usi. Orbene, la possibilità di una lacuna nel regolamento negoziale di un'operazione finanziaria (sia essa tipica del mercato creditizio o del mercato mobiliare) va esclusa proprio con riferimento ai suoi aspetti economici. Quest'ultimi devono essere esplicitati per intero nel testo scritto e quando ciò non accade, operano i meccanismi di integrazione del contratto con le clausole legali previste dai comma 7 dell'art. 117 e dell'art. 125 *bis*, e per le operazioni di investimento la trasformazione della causa del rapporto da onerosa a gratuita¹⁸⁶.

La possibilità quindi di ricorrere al meccanismo di integrazione previsto dall'art. 1340 c.c. non è quindi conseguenza del divieto imposto alle parti di far riferimento agli usi per la definizione del regolamento economico del rapporto, ma dalla necessaria completezza dello stesso, che dipende non soltanto dal predetto divieto, ma anche dalle clausole legali che intervengono a colmare eventuali lacune del contratto.

Esclusa quindi la sua integrazione attraverso gli usi, in definitiva l'unica ipotesi in cui il contratto potrebbe avere un contenuto diverso da quello imposto dalla legge sembrerebbe legato all'esercizio del potere affidato dall'art. 117 (il comma 8) alla Banca d'Italia¹⁸⁷,

(185) “*Si che si supplisce a quanto in esso non c'è*”: così Mirabelli, *Dei contratti* cit. 1984, p. 122.

(186) In tal caso stabilisce il comma 2 dell'art. 23 che “nulla è dovuto” dall'investitore.

(187) Nella formulazione della norma conseguente alla modifica introdotta dall'art. 25, comma 1, della legge n. 262 del 2005, la Banca d'Italia doveva agire di intesa con la Consob, il che avrebbe potuto dar luogo a una sovrapposizione delle competenze, estendendo i controlli di trasparenza di quest'ultima alle condizioni contrattuali delle operazioni bancarie e finanziarie, in controtendenza rispetto alla finalità perseguita dal legislatore del TUB di evitare tali sovrapposizioni, attraverso una rigida delimitazione del campo di applicazione delle regole del Titolo VI del TUB e l'attribuzione dei controlli in tale materia esclusivamente alla Banca d'Italia (v. *supra*, cap. I, § 6). Tale ipotetico conflitto è stato eliminato dalla modifica della norma introdotta dal D.Lgs. n. 218 del 2010, con cui si è tornata alla competenza esclusiva della Banca d'Italia, già prevista dalla legge prima della modifica del 2005.

ma riferito ai soli servizi bancari¹⁸⁸, di prescrivere che determinati contratti o titoli, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato.

La formulazione non proprio felice della norma potrebbe, infatti, far pensare che essa introduca una sorta di tipizzazione amministrativa dei contratti bancari, i cui contenuti tipici sarebbero sottratti all'autonomia delle parti, per essere affidati alla Autorità di vigilanza¹⁸⁹.

Tuttavia, non è così.

L'orientamento prevalente in dottrina è che l'esercizio del potere da parte dell'Autorità amministrativa abbia la sola funzione di impedire che denominazioni comunemente utilizzate per offrire sul mercato prodotti che hanno "*un contenuto costante e in questo senso tipico*"¹⁹⁰, vengano invece impiegate per contrassegnare altri, aventi caratteristiche differenti¹⁹¹.

È evidente infatti, che non solo la mancanza di informazioni, ma anche la trasmissioni di informazioni fuorvianti, come avverrebbe nel caso di un utilizzo improprio delle denominazioni, impedirebbe al cliente di comprendere le caratteristiche effettive di una determinato prodotto, inducendolo in errore¹⁹².

(188) Sono perciò esclusi quelli di pagamento e le operazioni di credito al consumo, stante il mancato richiamo della norma, che anche in ciò rileva la sua eccezionalità.

(189) Tidu, *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari (postilla di aggiornamento - 1999)*, in *Encicl. giur. Treccani*, Roma, vol. XXXI, p. 6; Tucci, *Verso la tipizzazione dei contratti bancari*, in *Contratti*, 1995, p. 325 ss. In senso analogo anche Majello, *Sub. art. 117 cit.*, p. 1943 per il quale la norma attribuirebbe alla Banca d'Italia, il potere di determinare il contenuto normativo di nuovi contratti e di individuarli attraverso una particolare denominazione.

(190) L'espressione è di Costi, *L'ordinamento bancario*, Quinta Edizione, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 630 che parla di tutela dell'"*uniformità dei linguaggi informativi*".

(191) Così, Porzio, *La disciplina cit.*, p.64 per il quale la Banca d'Italia avrebbe una "*funzione semantica*". Vedi più recentemente Mirone, *Commento all'art. 117 cit.*, p.1321 ss. Per una lucida ricostruzione dei termini della questione Dolmetta, *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 1998, I, p. 29 ss. ed ivi altri riferimenti.

(192) Per comprendere quanto l'uso di una denominazione impropria possa disorientare il risparmiatore si ricordino i casi dei "BTP tel" e "BTP index" negoziati dall'allora Banca 121.

L'indicata opinione è anche quella più condivisibile e consente di individuare il fondamento delle sanzioni di nullità (invocabile solo dal cliente) e responsabilità dell'intermediario previste dalla norma, che sarebbe invece difficile da capire se il potere dell'Autorità di vigilanza si traducesse nella creazione di nuove figure contrattuali tipiche. Infatti, la stessa dottrina¹⁹³ che connota in tali ampi termini il predetto potere, deve poi rilevare l'anomalia della sanzione di nullità, in quanto la difformità del negozio da un dato tipo non costituisce per il diritto comune ragione di nullità. Il giudice, non vincolato al *nomen juris* adoperato dalle parti, potrebbe, infatti, correggere la loro autoqualificazione, applicando le norme del tipo diverso individuato, o qualificando il contratto come atipico. Ancora più arduo risulterebbe poi configurare un'ipotesi di responsabilità di uno dei contraenti nei confronti dell'altro per avergli proposto un contratto atipico.

Le due sanzioni, invece, risultano perfettamente coerenti alla più circoscritta finalità del potere attribuito all'Autorità amministrativa di impedire attraverso il contratto la trasmissione di informazioni fuorvianti.

L'aver indotto in inganno il cliente sulle caratteristiche effettive dell'operazione attraverso l'uso di una denominazione impropria, si sostanzia nella violazione degli obblighi di rendere le informazioni in modo "corretto" e "chiaro"¹⁹⁴ e quindi, al pari delle altre ipotesi di inadempienza dei predetti obblighi, espone l'imprenditore bancario (o finanziario) a conseguenze di tipo non solo restitutorio (stante la nullità dell'operazione), ma anche risarcitorie (rimanendo ferma *ex lege* la sua responsabilità).

Conferma tale opzione anche la concreta applicazione della norma. Stabiliscono, infatti, le Istruzioni che "*i contratti denominati conto di base*" ma che presentano caratteristiche differenti da quelle tassativamente indicate dalle medesime Istruzioni¹⁹⁵ "*sono nulli, ai sensi dell'articolo 117, comma 8, del T.U.*" (così il § 4.3 della Sezione III).

(193) Majello, *Sub. art. 117 cit.*, p. 1943.

(194) Così esplicitamente il § 1.2 della Sezione I delle Istruzioni.

(195) Queste sono individuate nella previsione di un canone annuale onnicomprensivo, a fronte un numero determinato di operazioni di scritturazione contabile e di servizi, che è stabilito insieme alla tipologia di servizi inclusi da una "*convenzione tra il Ministero dell'economia e delle finanze, la Banca d'Italia, sulla base di un accordo tra l'Associazione Bancaria Italiana, Poste italiane S.p.A. e l'Associazione italiana istituti di pagamento e di moneta elettronica*" (così il § 4.2 della Sezione III).

8. L'obbligo di informazione nelle operazioni di finanziamento diverse dal credito al consumo

Per le operazioni di finanziamento diverse dal credito al consumo, l'intermediario è tenuto a fornire l'ulteriore informazione relativa al *“tasso effettivo globale medio previsto dall' articolo 2, commi 1 e 2, della legge 7 marzo 1996, n. 108”*. Tale informazione complementare è stata introdotta dalla modifica apportata al primo comma dell'art. 116 dalla legge n. 303 del 2006.

Un'informazione supplementare per le predette operazioni era stata tuttavia già prevista dal CICR con la delibera del 2003¹⁹⁶, che estendeva l'obbligo degli intermediari di evidenziare anche l' *“indicatore sintetico di costo”* (in acronimo ISC) *“comprensivo degli interessi e degli oneri che concorrono a determinare il costo effettivo dell'operazione per il cliente”*, affidando alla Banca d'Italia il compito di individuare le operazioni e servizi per i quali in ragione delle loro caratteristiche tecniche, andava comunicato tale ulteriore elemento (così l'art. 9).

La Banca d'Italia, in attuazione della predetta delega, ha circoscritto il campo di applicazione ai conti correnti coi consumatori, mutui, anticipazioni bancarie, altri finanziamenti, aperture di credito in conto corrente offerti ai clienti al dettaglio (così il § 8.1. e 8.2. della Sezione II).

Ha inoltre stabilito che di tale indicatore vada data separata indicazione nei fogli informativi (§ 8.1 della medesima Sezione) e per le operazioni diverse dai conti correnti¹⁹⁷ anche nel documento di sintesi, dove viene denominato *“Tasso Annuo Effettivo Globale (TAEG)”* (§ 8.2).

Come rilevano, perciò, sia il contenuto dell'informazione fornita, sia le Istruzioni della Banca d'Italia si tratta di un indicatore del tutto omologo al TAEG nel credito al consumo e che adempie alla medesima funzione di fornire al cliente, sin dalla fase delle trattative, una cognizione

(196) Anche nel testo precedente alle modifiche di cui al D.M. 3 febbraio 2011.

(197) Per quest'ultimi, infatti, in luogo del documento di sintesi, l'informazione va fornita nell'estratto conto. Con riferimento al rapporto di conto corrente va aggiunto che ai fini delle modalità di calcolo dell'ISC, le Istruzioni individuano tre tipologie di conto: *“i conti correnti con un sistema di tariffazione forfetario (c.d. “a pacchetto”)*”, nel quale rientra il *“conto base”* di cui si è già detto; *“conti con un sistema di tariffazione a consumo (c.d. “ordinari”)*” e conti c.d. *“in convenzione”, per i quali è previsto un regime particolare che tiene conto delle loro specificità”* (§ 8.1 della sezione II).

non limitata al mero tasso nominale applicato, ma estesa all'effettivo costo del finanziamento e comprendente tutti gli elementi che concorrono a formarlo.

Il primo problema che si pone è quello della compatibilità di tale indicatore supplementare previsto dalle norme regolamentari, con l'altro previsto dalla legge e va risolto verificando se il primo, l'ISC/TAEG, coincida con il secondo, TEGM o comunque adempia alla medesima funzione.

In proposito non può essere trascurato che l'indicatore di costo previsto dalla norma regolamentare sembrava essere stato in un primo momento recepito anche dal legislatore.

Nell'originario testo del comma primo dell'art. 116, risultante dalla modifica introdotta dall'art. 13 della legge n. 262 del 2005, l'obbligo di informazione per *“le operazioni di finanziamento comunque denominate”* era esteso, infatti, anche all'indicazione del *“tasso effettivo globale medio calcolato secondo le modalità previste dall' art. 122”*. L'informazione così fornita, almeno nell'intenzione dell'originario compilatore della norma, avrebbe dovuto avere funzione analoga all'indicatore sintetico di costo già previsto dalla norma secondaria, rendendo edotto il potenziale cliente sin dalla fase precontrattuale, del costo complessivo di ciascuna operazione di finanziamento, anche se non di credito al consumo. Tale collegamento, infatti, era esplicitato dal riferimento alle stesse modalità di calcolo previste per il TAEG dall'allora art. 122.

Sta di fatto, però, che l'art. 1 della legge n. 303 del 2006, nell'intervenire nuovamente sulla norma, ha soppresso il riferimento all'art. 122, stabilendo che l'ulteriore dato da pubblicizzare per le operazioni di finanziamento è il *“tasso effettivo globale medio previsto dall'art. 2 commi 1 e 2, della legge 7 marzo 1996, n.108”* in tema di usura, il quale però è la risultante di una formula di calcolo diversa dal TAEG e dallo stesso ISC.

Il tasso effettivo globale medio disciplinato dalla predetta legge, infatti, è quello rilevato su base annua, ogni trimestre, dal Ministro dell'Economia e delle Finanze per categorie omogenee di operazioni e servizi *“sentita la Banca d'Italia”* ed è costituito *“dalla media aritmetica semplice dei tassi annui effettivi applicati a ogni singolo rapporto dalle banche e dagli intermediari”*, i quali a loro volta sono tenuti a trasmettere

periodicamente le relative informazioni alla Autorità di vigilanza¹⁹⁸.

La conseguenza di quanto sopra è che, essendo diversi i contenuti, l'informazione fornita dal TEGM nella fase precedente la conclusione del contratto, non è destinata a sostituire quella offerta dall'ISC/TAEG introdotto dalla normativa secondaria.

Infatti, i dati sulla cui base è rilevato il TEGM sono costituiti dalla media delle condizioni economiche in concreto applicate a ciascun rapporto dalle banche e/o dagli intermediari; quelli che concorrono alla determinazione dell'ISC/TAEG in sede di informazione precontrattuale sono costituiti, invece, dalle condizioni economiche massime che l'intermediario applica a ciascuna operazione finanziaria. Pertanto la forbice tra le due indicazioni sarà tanto più ampia, quanto più le condizioni in concreto applicate divergeranno in senso favorevole al cliente, da quelle pubblicizzate e quanto più numerosi saranno i rapporti diversamente disciplinati, perché in tal caso il valore espresso dalla media dei tassi effettivi si collocherà, per il divieto di *reformatio in pejus* (ex art. 117, comma 6), a un livello sensibilmente inferiore a quello dell'indicatore sintetico pubblicizzato¹⁹⁹.

(198) V. le Istruzioni in materia della Banca d'Italia. I dati da trasmettere concernono "il tasso effettivo globale, espresso su base annua, praticato in media dall'intermediario"; "il numero dei rapporti che hanno concorso" alla sua determinazione; "la media aritmetica semplice della percentuale della commissione di massimo scoperto"; "il numero di rapporti" sui quali è stata determinata. Tali dati vanno segnalati per ciascuna categoria di operazioni, indicata nelle medesime Istruzioni, in modo naturalmente coincidente con le categorie individuate di anno in anno dal Ministro. I D.M. hanno individuato le seguenti categorie omogenee: "aperture di credito in conto corrente, finanziamenti per anticipi su crediti e documenti e sconto di portafoglio commerciale, crediti personali, crediti finalizzati all'acquisto rateale, credito revolving e con utilizzo di carte di credito, operazioni di factoring, operazioni di leasing, mutui, prestiti contro cessione del quinto dello stipendio, altri finanziamenti a breve e medio/lungo termine". Per alcune delle predette categorie (così per le "aperture di credito in conto corrente", "anticipi, sconti commerciali e altri finanziamenti alle imprese effettuati dalle banche" e "dagli intermediari non bancari", "factoring", "prestiti contro cessione del quinto dello stipendio", "leasing", "crediti finalizzati all'acquisto rateale e credito revolving"), la rilevazione trimestrale dei tassi è differenziata per classi di importo.

(199) Per un ulteriore approfondimento della questione ci permettiamo di rinviare al Nostro, *Sub art. 13*, in *La tutela del risparmio (Commentario della legge 28 dicembre 2005 n. 262 e del d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303)*, a cura di A. Nigro e V. Santoro, Giappichelli, Torino, 2007, p. 187 ss.

Orbene, la conclusione che l'introduzione a livello di norma primaria dell'informazione obbligatoria del TEGM, non comporta la soppressione dell'ISC, è stata confermata dal comma 1 *bis*, dell'art. 116, inserito dal recente D.L. n. 3 del 2015.

Come si è visto sopra, l'indicatore sintetico di costo, quale elemento supplementare dell'informazione per le operazioni di finanziamento, è stato recepito anche dalla norma primaria, prevedendosi a conferma della sua rilevanza gli ulteriori canali di trasmissione degli sportelli automatici e degli strumenti di accesso tramite internet ai servizi bancari.

Ciò posto, l'ulteriore problema è individuare le conseguenze che sortiscono dalla mancata o errata indicazione dell'ISC nel contratto di finanziamento.

La legge non affronta la questione; altrettanto silenti sono le Istruzioni. Queste si limitano a prevedere l'inserimento dell'indicatore solo nel contratto di conto corrente denominato "*conto base*" (così il § 4 della Sezione III). Il quesito si articola quindi in due sottoquesiti. Il primo se sia obbligatorio l'inserimento dell'indicatore sintetico di costo nel testo del contratto nelle altre ipotesi in cui le norme impongono la sua evidenziazione in sede di informativa precontrattuale.

Risponderei affermativamente, sulla base di una lettura coordinata delle disposizioni regolamentari.

L'apparente limitazione al solo "*conto base*" ha una sua spiegazione, e comunque non è decisiva per risolvere la questione. Per le operazioni diverse da quest'ultimo non è necessario l'esplicita previsione di tale obbligo. Tale indicatore, infatti, diversamente da quanto stabilito per il conto corrente, deve senz'altro essere inserito nel documento di sintesi, che costituisce il frontespizio del contratto e quindi ne costituisce sua parte integrante.

D'altronde altre regole in tema di contenuto del contratto chiaramente suppongono tale indicatore. Alludiamo alla previsione per la quale "*se alcuni degli elementi che concorrono a determinare il costo complessivo dell'operazione dipendono dalla quotazione di titoli o dall'andamento di valute ad una data futura ovvero non sono comunque individuati al momento della redazione del contratto, il contratto stesso deve indicare in ogni caso gli elementi per determinare le suddette componenti di costo*" (così il § 3 della Sezione III). L'obbligo di inserire anche gli indici ai quali è eventualmente legata la determinazione delle voci che rilevano

ai fini del calcolo del costo complessivo dell'operazione, presuppone quindi che anche quest'ultimo elemento sia indicato nel contratto. Diversamente l'imposizione dell'obbligo di menzionare tali indici avrebbe scarso significato ai fini della visibilità per il cliente dell'ISC.

Ma a queste considerazioni di tipo sistematico, se ne aggiunge un'altra fondata sulla *ratio* delle regole in esame. Sarebbe difficile giustificare su tale piano, una scelta del legislatore che solo l'ISC, tra i vari elementi oggetto dell'informazione preventiva, non debba essere inserito nel testo del documento negoziale, contrariamente a quanto sembrerebbe desumersi dal comma 4 dell'art. 117 che, nell'interpretazione prima proposta, va letto in coordinamento con l'art. 116.

Risolta la prima questione, si può perciò scrutinare l'altra delle conseguenze che sortiscono dalla mancata indicazione nel contratto dell'ISC o del suo calcolo non corretto. Il silenzio delle norme non autorizza l'interprete a ritenere che l'omissione sia priva di conseguenze sul piano del regolamento negoziale, ma gli impone di verificare se una sanzione possa essere rintracciata nel sistema.

Orbene, gli elementi da prendere in considerazione in tali analisi sono essenzialmente tre. Il primo che l'ISC adempie alla medesima funzione che ha il TAEG nelle operazioni di credito con il consumatore; il secondo che le voci di costo che contribuiscono al suo calcolo nelle diverse ipotesi considerate dalle Istruzioni, coincidono con quelle del TAEG; il terzo, più suggestivo, ma anche meno rilevante, che per le predette ipotesi l'indicatore assume la denominazione di TAEG.

Sulla scorta di tali elementi, ci sembra plausibile ritenere che in tal caso debba trovare applicazione la stessa sanzione prevista dal comma 7 dell'art. 125 *bis* per le operazioni di credito al consumo.

La *ratio* è, infatti, la medesima. Anche per le operazioni di finanziamento concluse con il cliente al dettaglio, la mancata indicazione di tutti gli elementi di costo che contribuiscono alla determinazione del TAEG, così come la sua mancata indicazione o l'errato calcolo, impediscono al cliente di avere piena visibilità dello stesso o degli elementi che hanno contribuito a determinarlo. La sanzione perciò non potrà che essere identica.

L'unico importo dovuto dal cliente, anche per le voci di costo diverse dai tassi, sarà il rendimento minimo dei bot o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministero dell'economia e delle finanze,

emessi nei dodici mesi prima la conclusione del contratto.

Tale soluzione sarà applicabile anche all'apertura di credito in conto corrente, che rientra tra le operazioni di finanziamento prese in considerazione dalle norme regolamentari, ma limitatamente ai costi di quest'ultima. Non quindi ai costi di gestione del conto corrente che, quando non è accompagnato da un apertura di credito, non crea posizioni a debito, e che per taluni aspetti a una struttura simile al conto di pagamento.

9. L'informazione eventuale. Lo jus variandi e la difficile convivenza con la disciplina prevista in tema di servizi di pagamento

Si è rilevato nei precedenti paragrafi come attraverso la rigida determinazione del contenuto minimo essenziale del contratto il legislatore abbia inteso limitare fortemente l'autonomia delle parti, soprattutto dell'intermediario, tradizionalmente considerato contraente forte.

E si è altresì rimarcata la *ratio* di tale opzione nella funzione del contratto di strumento di informazione, volto a garantire il cliente da eventuali "sorprese negoziali", costituite dall'applicazione di condizioni peggiorative, rispetto a quelle oggetto dell'informazione preventiva, in sede di costituzione del rapporto, ovvero difformi da quelle concordate durante il suo svolgimento.

È però evidente che tale funzione di strumento di controllo delle informazioni anche nella fase inerente all'esecuzione del rapporto, sarebbe più efficacemente assolta dal contratto, se ne fosse prevista la sua immodificabilità. In tal caso il contratto vincolerebbe automaticamente l'intermediario al rispetto delle condizioni ivi pattuite per tutti i negozi conclusi in attuazione dello stesso (si pensi così alle numerose operazioni che vengono poste in essere nell'ambito in un rapporto di conto corrente).

Più agevole sarebbe quindi la verifica dell'utente del rispetto da parte dell'intermediario delle predette condizioni. Tale è stata, infatti, la scelta del legislatore per i servizi di investimento; il contenuto dell'"*accordo quadro*" disciplinato dall'art. 23 del TUF non solo vincola l'intermediario a rispettarlo, quando conclude con il cliente le singole operazioni di

investimento, ma neppure può essere unilateralmente modificato²⁰⁰.

Diversamente accade per il contratto concluso nel mercato creditizio.

L'intermediario è sì tenuto ad ottemperarvi, quando vengono poste in essere le singole operazioni previste nel medesimo, ma il contenuto del contratto non è necessariamente immodificabile. In un'apposita clausola²⁰¹ può essere attribuito all'intermediario il potere di modifica unilaterale dello stesso, e ciò indipendentemente dal fatto che la prestazione regolamentata si riferisca a un servizio bancario, a un'operazione di credito al consumo²⁰², ovvero a un servizio di pagamento²⁰³. Di talché il contratto vede attenuata la funzione di garantire il cliente da eventuali sorprese negoziali nella fase esecutiva del rapporto, che invece il legislatore ha perseguito nel suo momento costitutivo, attraverso i limiti imposti alla libertà di autodeterminazione dell'intermediario.

Naturalmente non compensa tale abbassamento del livello di protezione del cliente il condizionamento da parte del legislatore del potere dell'intermediario di modificare le condizioni negoziali al rispetto di un determinato *iter* procedimentale e l'attribuzione al cliente della facoltà di sciogliersi dal contratto, ove non intenda accettare il nuovo regolamento.

Le condizioni dell'esercizio dello *jus variandi*, come si dirà a breve, divergono a secondo del servizio prestato e non sempre limitano efficacemente il potere dell'intermediario. Il riconoscimento, poi, del diritto di recesso al cliente, quando è previsto, e che si traduce nel classico "*prendere o lasciare*", non può certamente rappresentare una soddisfacente forma di protezione.

Altrettanto non rileva che tale potere sia stato limitato anche nel settore dei servizi bancari e finanziari ai soli contratti di durata²⁰⁴. Non

(200) In proposito v. Rispoli Farina – Spena, *La trasparenza delle condizioni* cit., p. 81.

(201) Sull'esercizio dello *jus variandi* da parte della banca si veda Morera, *Sub art. 118 in Testo Unico Bancario*, a cura di M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina, V. Santoro, Giuffrè, Milano, 2010, p. 984 ss. Vedi anche Farina, *Principio di continuità dei contratti e jus variandi nei contratti bancari e finanziari*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 180 ss. e Gaggero, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Cedam, Padova, 1999, p. 394.

(202) Il potere di variazione unilaterale della banca in tal caso è assicurato dal richiamo alla regola dell'art. 118 contenuto nel comma 2 dell'art. 125 *bis*.

(203) Per i servizi di pagamento la norma che regola lo *jus variandi* è l'art. 126 *sexies* del TUB.

(204) I dubbi posti in dottrina sull'estensione dello *jus variandi* dell'intermediario ai

solo la categoria è ampia, dovendosi abbracciare nella stessa tutti i rapporti, sia a tempo determinato che indeterminato, sia a prestazione periodica che continuata, ma è soprattutto per tale tipo di rapporti, nei quali il contratto assume la funzione tipica dell'“*accordo quadro*”²⁰⁵ di strumento di programmazione della futura attività negoziale, che diventa rilevante il problema della incidenza della modifica del suo regolamento sulle operazioni e sugli atti successivamente posti in essere.

Venendo così allo specifico contenuto dello *jus variandi* dell'intermediario, l'art. 118, nell'ultima formulazione conseguente alla riscrittura della norma da parte dell'art. 4, comma 2, del D.Lgs. n. 141 del 2010²⁰⁶, sembra aver risolto il problema dell'abbassamento del livello di protezione del cliente non consumatore, rispetto alla disciplina contenuta nei commi 3 e 4 dell'art. 33, del codice del consumo (D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206), che si applicano senz'altro alle le operazione bancarie e finanziarie in cui sia parte un consumatore.

Non ha eliminato tali disparità con l'omologo potere riconosciuto al prestatore dei servizi di pagamento dall'art. 126 *sexies*, che per il cliente,

contratti ad esecuzione differita non hanno in realtà più ragione di esistere. Tali dubbi infatti erano fondati sulla previsione contenuta nel comma 5 dell'art. 117, che sembrava attribuire alla Banca un potere pressoché generalizzato, ossia valevole per tutti i tipi di rapporto, di modificare il contratto (per una critica a tale opinione ci permettiamo di rinviare al Nostro *Sub art. 117 in Testo Unico Bancario* cit., p. 979).

Abolito il comma 5 dell'art. 117 dall'art. 3 del D.Lgs n. 218 del 2010, la disciplina dello *jus variandi* resta ora affidata esclusivamente all'art. 118 del TUB, che limita espressamente siffatto potere ai contratti di durata. V. In proposito il Nostro, *Sub art. 115-118, in Testo Unico Bancario* cit., *Addenda di aggiornamento ai D.Lgs. 141/2010 e 218/2010*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 43.

(205) Non deve peraltro sospendere che in termini di “*contratto quadro*” si esprima solo l'art. 126 *quinquies* in tema di servizi di pagamento, non invece l'art. 117 relativo ai “*contratti*” dei servizi bancari e finanziari e l'art. 125 *bis* riferito ai “*contratti*” di credito al consumo. A differenza dei servizi di pagamento, la prestazione dei servizi bancari e finanziari non sempre da luogo a rapporti di durata, nei quali il tratto tipizzante della disciplina pattizia sia costituito dalla predeterminazione delle regole delle future operazioni. Avranno così tale funzione il contratto di conto corrente o di apertura di credito, non invece quello di mutuo.

(206) V. Tavormina, *Ius variandi e contratti bancari*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 309 ss.; Pagliantini, *L'incerta disciplina del nuovo ius variandi bancario: tracce per una lettura sistematica*, in *Nuove leggi civ.*, 2012, p. 119 ss.; Scarpello, *Il «nuovo» ius variandi della banca dopo la conversione del c.d. «decreto sviluppo»*, in *Contratto e impr.*, 2012, p. 575 ss.; Mirone, *La nuova disciplina dello ius variandi nei contratti bancari e finanziari*, in *Vita not.*, 2011, p. 651 ss.

anche quando sia consumatore, risulta più penalizzante rispetto a quello previsto per gli altri servizi bancari, ivi incluse le operazioni di credito al consumo, stante il richiamo alla regola dell'art. 118 contenuto invece nel comma 2 dell'art. 125 *bis*²⁰⁷.

Precisamente l'avvicinamento alla disciplina del codice del consumo per i servizi bancari e finanziari, diversi da quelli di pagamento, è stata realizzata, introducendo anche nel primo comma dell'art. 118 la distinzione tra i contratti di durata a tempo indeterminato e a tempo determinato. A tale distinzione consegue una significativa limitazione dello *jus variandi* dell'intermediario. Soltanto per i primi, infatti, può essere *“convenuta, con clausola approvata specificamente dal cliente, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo”*. Per quelli a tempo determinato, invece, *“la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse, sempre che sussista un giustificato motivo”*. L'unica eccezione alla regola è quella contenuta nel comma 2 *bis* dell'art. 118, per il quale se il cliente *“non è un consumatore né una microimpresa”*²⁰⁸, anche nei contratti di durata a tempo determinato *“possono essere inserite clausole, espressamente approvate dal cliente, che prevedano la possibilità di modificare i tassi di interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto”*.

Orbene, pure nel codice del consumo, lo *jus variandi* dell'intermediario è soggetto ad una serie di restrizioni. I commi 3 e 4

(207) Per le quali si rimanda a Viglianisi Ferraro, *Lo ius variandi nella nuova disciplina del credito ai consumatori*, in *Nuove leggi civ.*, 2012, p. 1193.

(208) Per la individuazione di quest'ultima la norma rimanda alla definizione datatane dall'art. 1, comma 1, lett. t) del D.Lgs. 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*), per il quale microimpresa è *“l'impresa che, al momento della conclusione del contratto ... possiede i requisiti previsti dalla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003, 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 definitiva microimpresa è l'impresa che ha: a) meno di 10 occupati e, b) un fatturato annuo (corrispondente alla voce A.1 del conto economico redatto secondo la vigente norma del codice civile) oppure, un totale di bilancio annuo (corrispondente al totale dell'attivo patrimoniale) non superiore a 2 milioni di euro.

dell'art. 33, infatti, seppure riconoscano al professionista la facoltà di modificare il contenuto dei contratti aventi ad oggetto la prestazione dei servizi finanziari, ne circoscrivono fortemente le possibilità di esercizio proprio con riferimento alla differenziazione tra rapporti a tempo determinato e indeterminato.

La variazione può essere disposta dal professionista solo in presenza di un giustificato motivo. Può avere, però, ad oggetto ogni clausola del rapporto, anche non a contenuto economico, esclusivamente per i contratti a tempo indeterminato (così il comma 3).

Diversamente possono essere unilateralmente modificati soltanto “*il tasso di interesse o l'importo di qualunque altro onere relativo alla prestazione finanziaria originariamente convenuti*” (così il comma 4).

Confrontando le due discipline, quelle dell'art. 118 e dell'art. 33, tra loro, emerge quindi che la regolamentazione dello *jus variandi* della banca nei contratti di durata a tempo indeterminato contenuta nel primo comma dell'art. 118, è sostanzialmente conforme a quanto previsto nel comma 3 dell'art. 33 per gli analoghi contratti conclusi coi consumatori, essendo la relativa facoltà esercitabile per tutte “*le condizioni previste nel contratto*”, quindi anche per le clausole non a contenuto economico²⁰⁹, e per i tassi di interesse.

Per i contratti a tempo determinato, è invece addirittura più protettiva rispetto a quella prevista dal codice del consumo.

Quando parte del contratto è un consumatore o una microimpresa, le clausole relative ai tassi di interesse non saranno infatti suscettibili di alcuna modifica.

Le uniche variazioni consentite riguardo ai tassi saranno quelle generalizzate previste dal quarto comma dell'art. 118, ossia quelle adottate “*in previsione o in conseguenza di decisioni di politica monetaria*”.

Ma anche quando il cliente non sia un consumatore o una microimpresa, la possibilità di modificare i tassi di interesse nei contratti di durata a tempo determinato è regolata in termini più ristretti di quelli previsti dal codice del consumo. Non è infatti sufficiente il “*giustificato*

(209) Importante è la specificazione contenuta nelle Istruzioni della Banca d'Italia, da intendersi riferita alle clausole non a contenuto economico, che le variazioni non possono comportare “*l'introduzione di nuove clausole*” (così il § 2, della Sezione IV). Se quindi l'intermediario vuole modificare una clausola negoziale deve averla prevista nel contratto. Lo *jus variandi* in altri termini è uno strumento di modifica, non di integrazione del contratto.

motivo” come previsto dall’art. 33, comma 4, ma occorre che gli “*eventi e condizioni*”, che consentono l’esercizio del potere di modificare i tassi di interesse, siano “*predeterminati nel contratto*” in una clausola espressamente approvata dal cliente²¹⁰.

La situazione, invece, cambia radicalmente, quando si passa al confronto con la disciplina dello *jus variandi* attribuito al prestatore dei servizi di pagamento. A quest’ultimo è riconosciuto, infatti, un potere più ampio, rispetto a quello dell’intermediario nei servizi bancari e finanziari, anche quando la sua controparte sia un consumatore.

All’iniziativa del prestatore è rimessa la modifica di tutte le clausole negoziali e tale potere di variazione riguarda anche i tassi di interesse, senza alcuna distinzione tra contratti a tempo determinato e a tempo indeterminato²¹¹. Inoltre, può essere esercitato anche in assenza del “*giustificato motivo*” (art. 126 *sexies*, commi 1 e 2). Le uniche cautele per il cliente sono rappresentate dalla esplicitazione di siffatto potere nel contratto quadro, senza che tuttavia sia necessaria l’espressa approvazione della clausola da parte di quest’ultimo, nonché ancora dalla possibilità di recedere dal contratto entro la scadenza del preavviso previsto per l’applicazione della modifica.

Neanche tale cautela opera, però, in termini assoluti. Sono, infatti, suscettibili di applicazione immediata e a fronte delle stesse non compete al cliente il diritto di recesso, le modifiche sfavorevoli dei tassi di interesse o di cambio che siano conseguenza degli indici “*di riferimento convenuti nel contratto*” (così il comma 3)²¹². Anche tale deroga al diritto

(210) Così il comma 2 *bis* inserito dall’art. 8, comma 5, lett. f) del D.L. 13 maggio 2011 n.70, convertito con modifiche dalla legge 12 luglio 2011, n.106.

(211) In proposito ci permettiamo di rinviare al Nostro, *Sub art. 126 sexies*, in *Testo Unico Bancario* cit., p. 1110 ss.

(212) Si tratta di un notevole abbassamento del livello di protezione del cliente, non compensata dal diritto di recedere *ad nutum* dal contratto riconosciuto al medesimo dal primo comma dell’art. 126 *septies*. Tale recesso, infatti, opera *ex nunc* e quindi solo per l’avvenire, per cui non salvaguarderebbe l’utente dagli effetti negativi che si sono già prodotti sul suo patrimonio in conseguenza dell’applicazione immediata dell’innalzamento dei tassi dovuto all’imprevisto aumento dei parametri di riferimento indicati in contratto.

Che si tratti di un rischio di non poco conto per l’utilizzatore è dimostrato dal rilievo che la clausola di adeguamento automatico può essere prevista anche per gli indici di cambio, i quali sono soggetti a oscillazioni più ampie rispetto ai tassi di interesse. Accresce le ragioni di perplessità la considerazione che le variazioni sono suscettibili di immediata applicazione e pur essendo previsto un obbligo di informazione del

di preavviso deve essere espressamente prevista in contratto, e ancora una volta non occorre l'approvazione della clausola da parte del cliente.

La diversa ampiezza del potere di variazione attribuito all'intermediario, a seconda del servizio prestato, è quindi evidente e solo parzialmente attenuata dall'ipotetica applicazione del codice del consumo ai servizi di pagamento in cui sia parte il consumatore.

Il comma 5 dell'art. 126 *sexies* fa, infatti, salva l'applicazione dei commi 3 e 4 dell'art. 33 del D.Lgs. n.206 del 2005²¹³, ma solo “*in quanto compatibili*”. Nel contrasto tra le due discipline prevale dunque quella del TUB, che assume valenza di norma speciale. E ciò induce a dubitare se nei servizi in cui il pagatore sia un consumatore l'esercizio dello *jus variandi* anche quando riguarda i tassi di interesse, sia subordinato all'esistenza di “*un giustificato motivo*”, visto che tale ulteriore condizione non è richiesta dalla norma speciale.

Altrettanto deve dirsi per la ipotetica limitazione della variabilità dei tassi ai soli servizi di pagamento a tempo indeterminato, o per l'eventuale diritto di recesso spettante al consumatore nelle ipotesi in cui tale modifica sia conseguenza di una variazione degli indici di riferimento menzionati nel contratto. La possibilità per il prestatore di modificare i tassi non è infatti limitata dalla norma speciale ai soli rapporti a tempo indeterminato, mentre il diritto di recesso, in ipotesi di variazione automatica dei tassi, è addirittura esclusa da quest'ultima.

Orbene, a parte l'evidente disparità di trattamento del cliente, soprattutto se un consumatore, a secondo che sia utente di un servizio di pagamento, ovvero di un altro servizio bancario e finanziario, tale diversa regolamentazione del potere di modifica unilaterale del contratto da parte dell'intermediario nei due settori, pone all'interprete il problema di individuare quando si applichi l'una o l'altra disciplina. E ciò non sempre è operazione agevole, considerato che talune operazioni - si pensi a quelle compiute nell'ambito di un conto corrente corrispondenza - sono suscettibili di rientrare nella categoria dei servizi di pagamento e

cliente, questa non deve essere necessariamente preventiva rispetto alla operatività della modifica. La norma, infatti, si limita semplicemente a rimettere alla Banca d'Italia la determinazione delle modalità e dei casi nei quali l'utilizzatore dovrà essere informato. Donde la conseguenza che il prestatore potrebbe essere in grado di spiegare il recesso, a distanza di tempo dall'applicazione al rapporto della modifica. Per tutto ciò ci permettiamo di rinviare al Nostro, *Sub art. 126 sexies* cit., p.1114.

(213) Si veda in proposito Blandini, *Il codice del consumo e i servizi finanziari: riflessioni sulla posizione del consumatore*, in *Riv. dir. privato*, 2007, p. 19 ss.

quindi essere assoggettate alla disciplina prevista per quest'ultimi.

Ne valgono a superare le evidenti discrasie della regolamentazione dello *jus variandi*, le Istruzioni della Banca d'Italia. Quest'ultima, nonostante l'ampia delega attribuitagli dall'art. 126 *sexies*, si è limitata a ripetere il testo della disposizione di legge²¹⁴.

Solo due sono gli elementi di novità. Il primo, che la clausola attributiva del potere di modificare automaticamente i tassi di interesse, in dipendenza della variazione degli indici di riferimento previsti in contratto, deve essere specificamente approvata dal cliente. Il secondo, volto a risolvere proprio i casi di dubbia applicazione dell'una o dell'altra disciplina, è che *“nel caso di contratti quadro relativi a servizi di pagamento conclusi unitamente al contratto di conto corrente”*, le predette regole si applicano alle sole modifiche aventi ad oggetto le condizioni relative al servizio di pagamento. È quindi l'oggetto della modifica, non il tipo di contratto stipulato tra intermediario e cliente, ad individuare la disciplina che si applica.

Oltre alla limitazione, introdotta per via regolamentare, dell'ambito di applicazione dell'art. 126 *sexies*, rileva soprattutto la successiva specificazione che *“se la struttura di prezzo non consente di identificare le componenti di costo riguardanti in modo specifico i servizi di pagamento (ad esempio, nel caso di conti correnti c.d. “a pacchetto”), a tutte le modifiche si applicano l'articolo 118 del T.U. e il paragrafo 2 della sezione IV.”*

Tale regola si traduce, infatti, nel riconoscimento della sostanziale prevalenza della disciplina dell'art. 118 rispetto a quella dell'art. 126 *sexies*, in contrasto con la scelta operata a livello di norma primaria (art. 115) di attribuire alla disciplina del capo I una valenza residuale.

In definitiva dalla comparazione delle due distinte discipline dello *jus variandi*, nei servizi bancari e finanziari da un lato e in quelli di pagamento dall'altro, emerge che gli unici elementi di contatto riguardano da un lato le variazioni generalizzate, che si applicano cioè a tutti i clienti della banca, dall'altro i termini per l'esercizio del diritto di recesso da parte di quest'ultimo.

L'applicazione delle variazioni generalizzate, che può essere adottata dalla banca in previsione o conseguenza di decisioni di politica monetaria, deve riguardare, per il disposto del comma 4 dell'art. 118,

(214) Vedi il § 5.2 della Sezione IV.

contestualmente sia i tassi debitori, che quelli creditori, e deve applicarsi con modalità tali da non creare pregiudizio al cliente.

Di significato analogo è la previsione contenuta nel comma 4 dell'art. 126 *sexies*, secondo il quale le modifiche dei tassi di interesse utilizzati nelle operazioni di pagamento, vanno “*applicate e calcolate in una forma neutra, tale da non creare discriminazioni tra utilizzatori*”. Anche tale norma si riferisce a tutte le variazioni, sia favorevoli che sfavorevoli per l'utilizzatore, e benché non esplicitato nella norma, alle variazioni generalizzate, ossia quelle determinate da una modifica della struttura dei tassi e quindi potenzialmente destinate a tutti i clienti.

La *ratio* delle due disposizioni è la medesima, ossia quella di scoraggiare la prassi delle banche, quando viene innalzato il costo del denaro, di aumentare solo i tassi debitori, non quelli creditori per il cliente, o viceversa di abbassare soli i secondi, quando il costo del denaro diminuisce.

L'altro elemento di contatto tra le due discipline riguarda - come si diceva - il termine del preavviso e dell'esercizio del diritto di recesso da parte del cliente.

Nella versione dell'art. 118, precedente alla modifica di cui all'art. 4 comma 2, del D.Lgs. n. 141 del 2010, il termine di preavviso per applicazione della variazione era di trenta giorni, mentre quello per l'esercizio del diritto recesso da parte del cliente di sessanta. Pertanto, la modifica era applicabile, prima che scadesse il termine previsto per l'esercizio del recesso. Evidente, quindi, la diversa regolamentazione del preavviso e del recesso rispetto ai servizi di pagamento, per i quali l'art. 126 *sexies* stabilisce il medesimo termine di due mesi

Tale discrepanza è stata eliminata dalla formulazione attuale dell'art. 118. Il termine di preavviso è stato portato dai 30 giorni previsti nel testo originario della disposizione a due mesi²¹⁵. Per effetto di ciò il termine minimo di applicazione della variazione, due mesi dalla comunicazione, coincide con il termine finale concesso al cliente per esercitare il recesso, che viene, infatti, indicato nella “*data prevista per la sua applicazione*”, analogamente a quanto previsto per i servizi di pagamento.

Considerato che la disciplina dell'art. 118, in virtù del rinvio operato

(215) Vedi in proposito Sciarrone Alibrandi - Mucciarone, *Il recesso del cliente dai contratti bancari dopo il d.leg. n. 141/2010: questioni di coordinamento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, p. 37.

nel comma 2 dell'art. 125 *bis*, si applica pure ai contratti di credito al consumo, è auspicabile *de jure condendo* che anche la disciplina dello *jus variandi* nei servizi di pagamento venga rivista dal legislatore, per eliminare quelle diversità che per profili rilevanti ancora sussistono rispetto alla disciplina dello *jus variandi* negli altri servizi bancari e finanziari.

In tal modo si eviterebbero evidenti discrasie in ordine all'ampiezza del potere dell'intermediario e agli strumenti di tutela del cliente, dipendenti esclusivamente dalla natura del servizio prestato, non sempre di facile identificazione, e che peraltro sono in chiara controtendenza rispetto al processo di uniformazione della disciplina degli atti che per molteplici aspetti è dato riscontrare nel mercato finanziario.

10. La portata degli obblighi di informazione in funzione della competenza e della preparazione dei clienti

Il capo I del Titolo VI del TUB, non contiene disposizioni che consentano di ritenere graduabili gli obblighi di informazione e in genere le regole di comportamento imposte all'intermediario, in funzione del grado di preparazione, dell'esperienza, o di altri fattori, del cliente.

Le uniche eccezioni sono rappresentate dalla regola prevista dal comma 2 *bis* dell'art. 118 che, quando il cliente non sia un consumatore o una microimpresa, consente all'intermediario, in presenza di determinati eventi già indicati in contratto, di modificare i tassi di interesse anche nei rapporti di durata a tempo determinato, nonché dall'ulteriore regola del comma 9 dell'art. 120 *quater*, che limita la portabilità dei contratti di finanziamento ai soli rapporti di cui è parte una persona fisica o una microimpresa. Diverse le scelte operate dal legislatore per le operazioni di credito al consumo e per i servizi di pagamento. Per le prime la graduazione delle regole di condotta, in funzione della qualifica del cliente, è fatta direttamente dalla norma primaria e costituisce il nucleo centrale dell'intera disciplina prevista nel capo II, visto che quest'ultima si applica solo al consumatore²¹⁶.

(216) L'art. 122, infatti, nell'individuare l'ambito oggettivo di applicazione delle norme del "credito ai consumatori" fa riferimento "ai contratti di credito comunque denominati", a sua volta definito nell'art. 121, lett. c) come "il contratto con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma

Per i servizi di pagamento l'esclusione in tutto o in parte dell'applicazione delle norme del capo II *bis*, al cliente che non rivesta la qualità di consumatore o microimpresa, non è automatica, ma può essere frutto di un accordo tra quest'ultimo e l'intermediario (così il comma 3 dell'art. 126 *bis*).

Ancora diversa è la situazione con riferimento ai servizi di investimento. Per quest'ultimi l'art. 6 del TUF rimette al regolamento della Consob la individuazione della “*disciplina specifica di condotta*” che si applica ai rapporti posti in essere dagli intermediari con investitori dotati di una specifica qualità ed esperienza professionale, cd. “*clienti professionali*”²¹⁷, nonché la possibilità di escludere l'applicazione di tale disciplina ai rapporti con soggetti che, in ragione dell'attività svolta, abbiano una specifica competenza nel settore finanziario, cd. “*controparti qualificate*” (così la lett. d del medesimo comma)²¹⁸.

Nel solco di questa delega si sono inserite le disposizioni attuative della Consob contenute nel Regolamento mercati, che hanno escluso, o graduato, la applicazione delle regole di comportamento degli intermediari nella prestazione dei servizi di investimento, a seconda che quest'ultimi siano rivolti a “*controparti qualificate*”, a “*clienti professionali*”²¹⁹, o a

di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria”.

È dunque la categoria dei consumatori - individuata nella precedente lett. b) nella persona fisica che, indipendentemente dall'essere un imprenditore o un professionista, agisca per “*scopi estranei*” alla sua attività - a determinare il perimetro di applicazione delle norme.

(217) Così l'art. 6, comma *quater*, lett c).

(218) Così la successiva lett. d) del medesimo comma. Delle “*controparti qualificate*”, la norma fornisce un ampio elenco nei numeri da 1 a 5 (imprese di investimento, banche, imprese di assicurazioni, imprese la cui attività principale consista nel negoziare per conto proprio merci e strumenti finanziari derivati su merci; le imprese la cui attività esclusiva consista nel negoziare per conto proprio nei mercati di strumenti finanziari derivati) il quale tuttavia non ha la pretesa di essere esaustivo, perché viene attribuito al medesimo Regolamento Consob, la possibilità di individuare altre categorie di soggetti privati suscettibili di rientrare nella categoria.

(219) I “*clienti professionali*”, secondo l'art. 26, comma 1, lett. d), del Regolamento, possono essere sia privati e in tal caso per essere considerati tali devono soddisfare i requisiti di cui all'Allegato 3 di quest'ultimo, sia pubblici, e in tale ipotesi devono avere “*i requisiti di cui al regolamento emanato dal Ministro dell'Economia e delle Finanze ai sensi dell'articolo 6, comma 2-sexies del Testo Unico*”.

L'Allegato 3 del Regolamento, a sua volta, distingue la categoria in “*clienti professionali di diritto*” e “*clienti professionali su richiesta*”. I primi sono individuati

“*clienti al dettaglio*”²²⁰.

Senonché, pur in assenza nel capo I del titolo VI del TUB di una norma di contenuto analogo a quella dell’art. 6 del TUF, nella medesima direzione sembrerebbero essersi mosse le Istruzioni applicative della Banca d’Italia. Precisa, infatti, l’art. 1.2 della Sezione I, che alcune regole contenute nelle Istruzioni si “*applicano esclusivamente nei rapporti con i consumatori*”²²¹ o con i *clienti al dettaglio*”²²². Il che chiaramente potrebbe indurre a nutrire dei dubbi sulla legittimità della norma secondaria sotto il profilo dell’eccesso di delega, visto che all’Autorità amministrativa, relativamente agli obblighi informativi a carico degli intermediari nella prestazione dei servizi bancari e finanziari, è affidato il potere di dettare regole in merito (a) alle operazioni e servizi da sottoporre a “*pubblicità*”, (b) alla forme, contenuto e modalità della stessa e delle comunicazione periodiche (così rispettivamente il comma 3 dell’art. 116, e il comma 1 dell’art. 119), ovvero ancora (c) alla forma e contenuto di determinati contratti (così rispettivamente i commi 2 e 8 dell’art. 117). Non invece la possibilità di escludere o limitare l’applicazione di determinate regole di

in ragione della appartenenza al medesimo settore dei servizi di investimento, delle loro dimensioni (nell’uno e nell’altro caso per determinati servizi sono considerati anche controparti qualificate: così il comma 2 dell’art. 58, che rinvia ai n.1 e 2 dell’Allegato) e dell’attività caratterizzante l’impresa svolta. Sono, invece, “*clienti professionali su richiesta*”, gli investitori per i quali “*l’intermediario possa ragionevolmente ritenere, tenuto conto della natura delle operazioni o dei servizi previsti*”, che gli stessi siano “*in grado di adottare consapevolmente le proprie decisioni in materia di investimenti e di comprendere i rischi*” che assumono. La valutazione dell’intermediario, tuttavia, non è meramente discrezionale. Essa è legata alla ricorrenza di almeno due dei tre parametri indicati nel medesimo Allegato, relativi alla frequenza delle operazioni significative concluse dal cliente (almeno dieci al trimestre nei quattro precedenti alla richiesta), alla dimensione del suo portafoglio (superiore, incluso il deposito in contante, ad € 500.000), alla conoscenza da parte di quest’ultimo del mercato, in funzione dell’attività professionale svolta da almeno un anno.

(220) Quest’ultima categoria individuata dalla lett. e) del medesimo comma, ha una valenza residuale, perché vi rientrano tutti gli investitori, che non sono “*clienti professionali*” o “*controparti qualificate*”.

(221) Individuati nell’art. 3, quarta alinea, della Sezione I, in coerenza alla definizione dell’art. 121 comma 1, lett. b) del TUB, nella “*persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*”.

(222) Tale categoria, seconda la definizione datane dalla quinta alinea del medesimo articolo, comprende oltre i medesimi consumatori “*le persone fisiche che svolgono attività professionale o artigianale; gli enti senza finalità di lucro; le micro-imprese*”.

comportamento previste dalla norma primaria, in funzione della qualifica della controparte.

In realtà, se si esamina il successivo contenuto delle Istruzioni della Banca d'Italia, il problema non sussiste. La qualifica della controparte, come consumatore o cliente al dettaglio, viene, infatti, in rilievo non per escludere l'applicazione degli obblighi informativi previsti dalle norme primarie, ma per attribuire a tale controparte un trattamento di maggior tutela rispetto a quello accordatogli dalla legge. Nel concreto tale maggiore tutela si traduce: - nella possibilità di ottenere senza spese prima della sua conclusione la copia del contratto completa delle condizioni economiche che abbia ad oggetto un mutuo ipotecario (così l'art. 6, comma 3 della Sezione I); - nell'obbligatoria indicazione nei fogli informativi e negli estratti, relativi al conto corrente e all'apertura di credito sullo stesso, dell'indicatore sintetico di costo (così gli art. 8.1 e 8.2. della medesima Sezione); - nell'obbligatoria indicazione negli estratti conti di chiusura dell'anno solare del riepilogo delle spese complessivamente sostenute nel medesimo per la tenuta del conto corrente e per i servizi di gestione della liquidità e di pagamento, con separata evidenza dei costi sostenuti in relazione a eventuali affidamenti e sconfinamenti (così l'art. 3.2 della sezione IV).

La circostanza, tuttavia, che con riferimento alle attuali regole di comportamento dell'intermediario nella prestazione dei servizi bancari e finanziari, il problema non esiste, non esime l'interprete dal domandarsi se il medesimo non abbia ragione di porsi.

I precedenti richiami normativi rilevano, infatti, la tendenza del legislatore per gli altri settori dell'intermediazione finanziaria (servizi di investimento, di pagamento, operazioni di credito al consumo) a discriminare la applicazione delle regole di comportamento imposte all'intermediario, secondo la qualità, esperienza, professionalità della controparte. E a tale tendenza, come si è visto, non si è manifestata insensibile neppure la Banca d'Italia, se è vero che la qualifica dell'utente come consumatore o cliente al dettaglio è causa dell'introduzione di una maggiore trasparenza dei rapporti di cui il medesimo sia parte.

Alla problematica si è già dato una prima risposta, nel senso di ritenere lecita l'attribuzione per via amministrativa di una maggiore protezione rispetto a quella prevista dalle norme, per le fasce di utenti meno esperte o dotate di minor competenza.

L'altra faccia della medaglia è però costituita dalla possibilità di escludere o diminuire il livello di protezione, quando l'altra parte sia invece un cliente "*qualificato*". Si è accennato sopra che la Consob nel suo regolamento ha ritenuto opportuno differenziare nell'ambito di tale categoria tra "*controparti qualificate*" e "*clienti professionali*", escludendo per i primi l'applicazione di una serie di regole di condotta, graduandola per i secondi. Così ai servizi di investimento posti in essere con le "*controparti qualificate*" (art. 58, comma 3) è esclusa l'applicazione delle regole di comportamento in tema: di obblighi, contenuti, modalità e termini dell'informazione, prima e dopo la conclusione dell'operazione (art. 27-36, art. 46, 53-57); di conflitti di interesse (art. 29, 43, 49); di forma e contenuto dei contratti (art. 37-38); di valutazione dell'adeguatezza (art. 40), appropriatezza (art. 41-42) delle operazioni ed ottenimento del miglior risultato possibile, cd. *best execution* (art. 43-52)²²³.

Per i "*clienti professionali*" la scelta, come si diceva, è diversa.

La categoria non è in ragione dell'esclusione dell'applicazione all'intermediario delle regole di comportamento previste dalla legge, ma costituisce a ben guardare il parametro per valutare la misura dell'adempimento imposto allo stesso nella prestazione del servizio.

Relativamente, infatti, agli obblighi di informazione preventiva, l'intermediario nel fornirla dovrà tener conto della "*classificazione del cliente come cliente al dettaglio o cliente professionale*" (così l'art. 31).

Quando detiene "*strumenti finanziari e somme di denaro appartenenti*" ai clienti professionali, l'intermediario sarà comunque tenuto a fornire le informazioni previste dalla legge, ma potrà limitare tale informazione solo all'eventuale soggezione di tali strumenti e somme di denaro "*ad un ordinamento giuridico extracomunitario*", o all'esistenza sui medesimi di garanzie vantate da esso intermediario o dal suo sub depositario (così l'art. 30, commi 4 e 5).

Per finire, quanto alla valutazione dell'adeguatezza e appropriatezza delle operazioni, l'intermediario sarà tenuto a svolgerla, ma potrà presumere che il cliente professionale abbia la necessaria esperienza e conoscenza per comprendere i rischi inerenti servizio di investimento prestato (così i commi 2 dell'art. 40 e dell'art. 42), nonché che il medesimo

(223) A seconda che si tratti di consulenza e gestione portafogli, di un servizio diverso, o della mera esecuzione di ordini ricevuti dal cliente.

abbia la capacità di sopportare finanziariamente “*qualsiasi rischio di investimento compatibile con i propri obiettivi di investimento*” (così, il comma 3 dell'art. 40).

Non si tratta quindi di un'esclusione dell'applicazione delle regole di comportamento, ma di una riduzione della misura dell'adempimento imposto all'intermediario, quando la controparte sia un “*cliente professionale*”, che sul versante del “*cliente al dettaglio*” si traduce in un rafforzamento della sua tutela.

In definitiva, la situazione non è così diversa, come a primo acchito potrebbe sembrare, da quella delineata dalle Istruzioni della Banca d'Italia, che al predetto “*cliente al dettaglio*” accordano senz'altro una protezione maggiore, beninteso senza scendere per il cliente professionale al di sotto della soglia minima prevista dalle norme primarie.

Il vero problema è quindi se, come avviene per i servizi di investimento, anche nei servizi bancari e finanziari sia possibile pervenire ad un'esclusione dell'applicazione di tutte, o alcune delle regole di comportamento previste dal capo I, quando l'utente non sia solo un “*cliente professionale*”, ma una “*controparte qualificata*”.

La questione non è di semplice soluzione, poiché si tratta di esonerare dalla protezione accordata dalle norme di legge una categoria di soggetti, in assenza, nel settore specifico, di un'esplicita volontà del legislatore in tal senso.

Orbene, nelle operazioni tra soggetti, entrambi abilitati alla prestazione dei servizi bancari e finanziari²²⁴, non vi dovrebbero essere difficoltà ad escludere l'applicazione delle regole di trasparenza.

Essendo entrambi i soggetti del rapporto destinatari degli obblighi di informazione inerenti alla operazione o al servizio prestato, mancherebbe la possibilità di individuare il lato attivo e passivo dell'obbligazione, ossia l'intermediario tenuto a dare l'informazione e quello che ha diritto a riceverla. Mancherebbe, in altri termini, il “*cliente*”, ossia il titolare del diritto all'informazione.

Più complessa la soluzione nell'ipotesi in cui l'altra parte del rapporto, pur essendo un operatore qualificato, perché comunque opera nel settore

(224) Ossia le “*Banche autorizzate in Italia, le banche comunitarie e le banche extracomunitarie che operano in Italia in regime di libera prestazione di servizi*”, nonché gli intermediari finanziari “*iscritti nell'albo previsto dall'articolo 106 T.U.*” (così l'art. 4 della Sezione I delle Istruzioni della Banca d'Italia).

finanziario²²⁵, sia soggetto diverso dagli intermediari autorizzati alla prestazione dei servizi bancari e finanziari. In tale caso l'individuazione del titolare dell'obbligo di informazione sarebbe possibile, perché lo stesso ricadrebbe sul soggetto che, in quanto banca e/o intermediario, è il solo tenuto ad osservare le regole di condotta previste dal TUB per la prestazione di quello specifico servizio.

Vi sarebbe perciò anche "il cliente", ma quest'ultimo sarebbe dotato di una specifica esperienza e professionalità, in ragione della natura finanziaria dell'attività tipica della sua impresa, sia pure relativa a un settore diverso dell'intermediazione.

L'unica possibilità che è lasciata all'interprete è, dunque, di individuare se vi siano principi o regole comuni che, seppure non esplicitati, ispirino le discipline delle operazioni concluse nel mercato creditizio e in quello mobiliare, al fine di riferirsi agli stessi per colmare il vuoto normativo.

Orbene, il primo elemento che assume rilievo è che nei due mercati le norme di comportamento degli intermediari e gli obblighi di informazione in particolare, sono strutturati in funzione della protezione dei soggetti reputati contrattualmente deboli. Il principio che se ne deve trarre è che ove tali esigenze non esistano, anche le norme di legge possono subire una correlativa compressione della loro portata.

L'altra regola che si può desumere è che la possibilità di considerare inesistente l'esigenza di protezione può derivare dall'essere la controparte un soggetto già aduso alla valutazione critica dei rischi delle operazioni finanziarie. Esplicita in tale senso la disciplina dei servizi di investimento, e, sia pur in minor misura, quella dei servizi di pagamento, dove come si è visto l'esclusione delle norme, sia pure dipendente da un accordo delle parti, si basa sul fatto che la controparte dell'intermediario sia un operatore qualificato.

La giustificazione di siffatta ricostruzione del sistema appare essenzialmente essere quella di non estendere la portata delle regole di trasparenza al di là della loro effettiva utilità e necessità.

La deroga all'applicazione delle regole di trasparenza alla prestazione dei servizi bancari e finanziari, potrebbe allora essere determinata dall'applicazione anche in tale settore del criterio del cd. *need of*

(225) Si pensi ad esempio a un'impresa di investimento diversa dalla banca o da un intermediario finanziario iscritto nell'albo dell'art. 106 TUB.

protection, che in passato notevole fortuna ha avuto in relazione ad una tipica disciplina tesa alla tutela di soggetti tradizionalmente considerati in posizione di inferiorità, quella della sollecitazione del pubblico risparmio. Gli sforzi interpretativi della dottrina, in relazione alla nozione di “*sollecitazione del pubblico*” contenuta negli art. 18 e ss. della legge 216 del 1974, poi sostituiti dal capo I del Titolo II del TUF (art. 93 *bis* – 101 *ter*)²²⁶ sono noti, ed è altresì noto il peso che, in tale ambito ha avuto l'esigenza di escludere l'applicazione di una rigorosa disciplina di “protezione” quando la stessa sarebbe stata sovrabbondante²²⁷. Ma rileva soprattutto che all'esigenza di protezione dell'investitore faccia esplicito riferimento l'art. 6, comma 2, del TUF, indicandolo come criterio guida della Consob nella individuazione degli obblighi di comportamento a carico dell'intermediari nella prestazione dei servizi di investimento.

La fortuna che tale criterio ha avuto in passato ed ancor più la circostanza che il medesimo costituisca il fondamento della differenziazione contenuta nel Regolamento Consob tra “*controparti qualificate*”, “*clienti professionali*” e “*clienti al dettaglio*” e dell'esclusione delle regole di comportamento in tema di trasparenza e obblighi di informazione ai servizi di investimento prestati ai primi, ne dimostra la validità e, nel contempo, rappresenta un buon presupposto per una sua estensione «*mutatis mutandis*» ai servizi bancari e finanziari.

Milita, in tal senso, la forte affinità, quanto alla finalità di protezione della controparte debole e agli strumenti per realizzarla, che sussiste

(226) Il capo I regola al suo interno la fattispecie dell’“*offerta al pubblico*” di strumenti e prodotti finanziari, individuata prima della modifica introdotta dall’art. 3 comma 1, D.Lgs. 28 marzo 2007, n. 51, come “*sollecitazione all’investimento*”. Per un approfondito esame della disciplina v. Costi, il *Mercato* cit., p. 48 ss.

(227) Identificata sulla scorta della giurisprudenza nord americana (un esauriente rassegna della stessa è in Preite, *In tema di sollecitazione del pubblico risparmio*, in *Giur. comm.*, 1986, II, p. 232 ss.) nel *need of protection* dell’investitore-risparmiatore, la *ratio* della disciplina ex art. 18 legge n. 216/74, veniva ritenuto che sussistesse la sollecitazione del pubblico risparmio, ogni qualvolta il destinatario dell’offerta dei valori mobiliari non potesse essere considerato investitore sofisticato (*accredited investor*), cioè dotato per un verso della disponibilità dell’informazione rilevante (capace di consentire una consapevole e ragionevole scelta di investimento) sulla operazione proposta (Rossi, *Offerta al pubblico di titoli, controlli e strutture di mercato*, in *Riv. soc.*, 1985, p. 3 ss.; D’Alessandro, *L’attività di sollecitazione al pubblico risparmio*, in *Sistema finanziario e controlli: dall’impresa al mercato*, in *Quaderni di giur. comm.*, fasc. n. 85, 1986, p.100) per altro verso, anche della capacità di valutare tale informazione (Preite, *In tema di sollecitazione* cit., p. 232-233).

tra obblighi di informazione nei servizi di investimento e regole di trasparenza nei servizi bancari finanziari, essendo entrambe le discipline caratterizzate da un insieme di regole, volte a tutelare soggetto in posizione di (presunta) inferiorità rispetto ad un altro soggetto.

In entrambi i casi detta inferiorità deriva essenzialmente dall'asimmetria informativa che distingue l'intermediario dall'investitore e/o cliente, alla quale si aggiunge la professionalità di cui dispone il primo e di cui i secondi sono normalmente privi, nonché ancora gli ampi margini di discrezionalità che possono caratterizzare l'operatività dell'intermediario.

Vero è che, nella più ampia tematica della tutela del cliente in generale nei servizi bancari, si è da tempo messo in evidenza la difficoltà di individuare quello effettivamente bisognoso di protezione, proprio per l'ampiezza della categoria, suscettibile di abbracciare tutte le controparti del prestatore²²⁸. Ma ciò non esclude l'opportunità di una graduazione delle regole in virtù dell'effettivo bisogno di protezione del cliente, ma può semmai determinare la scelta, come avvenuto nel settore dei servizi di investimento, di affidare tale differenziazione a una disciplina amministrativa, più idonea e pronta rispetto a una norma di legge, a cogliere le diversità dei casi concreti. Così come con le medesime difficoltà e con le peculiarità che può presentare ciascun caso concreto, si deve giustificare la ulteriore scelta operata dalla Consob nel suo Regolamento di non ancorare rigidamente l'applicazione delle norme alla classificazione dell'investitore come "*controparte qualificata*", "*cliente professionale*" o "*cliente al dettaglio*". È, infatti, espressamente prevista la possibilità su iniziativa dell'intermediario, o su richiesta dell'investitore, di trattare una "*controparte qualificata*" come "*cliente professionale*", o "*cliente al dettaglio*" (così l'art. 35, comma 3, lett. a) e 58, comma 4, del Regolamento Consob), o un "*cliente professionale di diritto*" come "*cliente al dettaglio*" (art. 38, lett. c del medesimo regolamento).

Tali difficoltà di identificare quali siano i clienti effettivamente bisognosi di protezione non può escludere, quindi, che l'applicazione delle regole di trasparenza, anche nel settore dei servizi bancari e finanziari, sia limitata a quest'ultimi, ma deve indurre a una particolare cautela nella individuazione della categoria.

(228) Così Porzio, *Note introduttive*. cit., p. 1127 e ivi altri riferimenti di dottrina.

D'altra parte non può ignorarsi che, non solo sul piano della normativa interna, ma anche a livello di quella comunitaria si rinviene la scelta del legislatore di articolare l'applicazione di determinate norme in relazione alle caratteristiche dei contraenti²²⁹.

In linea di principio potrebbe dunque ritenersi compatibile con il sistema la previsione di una graduazione raggiunta anche solo in via interpretativa della portata degli obblighi di informazione, in funzione della specifica preparazione e/o esperienza del cliente. E sempre in linea di principio potrebbe ammettersi che tale graduazione in relazione all'identità degli interessi protetti, possa essere estesa in taluni casi a tutte le norme che regolano gli obblighi di informazione, in altri solo ad alcune.

Ma diversissime, come si è visto, sono state le strade seguite per i settori dell'intermediazione finanziaria in cui ciò è avvenuto, ossia i servizi di investimento, le operazioni di credito al consumo, i servizi di pagamento.

Tale diversità di approccio, pur di fronte ad un obiettivo che appare comune ai diversi settori, è ulteriore ragione per procedere con cautela e al riparo da acritiche generalizzazioni. È, infatti, evidente, come un'indiscriminata applicazione delle scelte operate per un settore agli altri, correrebbe il rischio di escludere dall'area di protezione accordata dalle norme di comportamento degli intermediari, ipotesi che invece sarebbero meritevoli di tutela.

In sostanza, è pur vero che l'utilizzazione del criterio in parola reca con sé la possibilità di addivenire alla classificazione dei soggetti in categorie predeterminate, ma richiede altresì che si tengano in giusto conto sia le norme che di volta in volta vengono in gioco, sia lo specifico settore di incidenza delle stesse.

Se, infatti, per i servizi di investimento l'appartenenza dell'investitore alla categoria della "*controparte qualificata*" conduce all'esclusione di tutte le regole di condotta imposte al loro prestatore, così come per le operazioni di credito al consumo lo stesso risultato determina la circostanza che la controparte dell'intermediario non sia una "*persona fisica*", ciò non è altrettanto vero per i servizi di pagamento dove l'esclusione delle norme è conseguenza invece di un accordo tra

(229) Alludiamo alle direttive Cee n. 87/102 sul credito al consumo, n. 93/13 sulle clausole abusive e n. 2007/64 sui servizi di pagamento, anche nota come Psd.

prestatore ed utilizzatore. Di qui il problema di individuare se e quali delle diverse soluzioni previste dal legislatore sia possibile adottare, con riferimento alla prestazione degli servizi bancari e finanziari, diversi da quelli di investimento e di pagamento, nonché ancora dalle operazioni di credito al consumo.

Scarteremmo la soluzione adoperata per i servizi di pagamento, perché l'esclusione dell'applicazione delle norme affidata ad un accordo delle parti, viene considerata nella relativa disciplina come un'eccezione alla regola generale contenuta nell'art. 127 comma 1, il quale stabilisce che tutte le regole di trasparenza sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente. Non essendo prevista tale eccezione per i servizi bancari e finanziari, è evidente che, se anche nella loro prestazione si consentisse alle parti di escludere consensualmente l'applicazione delle regole di trasparenza, si infrangerebbe la norma generale, perché privando il cliente della protezione accordatagli dalla legge, gli si accorderebbe rispetto a quest'ultima un trattamento peggiore.

Per intuibili ragioni escluderei la soluzione adottata per le operazioni di credito al consumo. Questa è conseguenza del fatto che la nozione di consumatore ha rilevanza non solo per individuare la parte bisognosa di protezione, ma anche per determinare il tipo specifico di operazione disciplinata e quindi il campo di applicazione delle regole di comportamento. La circostanza poi che il cliente non sia un consumatore, perché persona giuridica o persona fisica che agisce per scopi inerenti all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale svolta, non lo rende privo di tutela nel sistema delineato dall'intero Titolo VI del TUB.

Alle operazioni di finanziamento concluse dal cliente non consumatore si applicheranno, infatti, le regole di trasparenza previste per i servizi bancari e finanziari.

In definitiva l'unico criterio adottabile, è quello previsto per i servizi di investimento, per i quali l'esclusione delle regole di condotta è conseguenza del fatto che l'investitore sia una "*controparte qualificata*".

Diventa quindi assorbente stabilire quali siano gli elementi presi in considerazione dalla norma ai fini dell'individuazione della categoria.

Orbene, se si fa riferimento all'elenco contenuto nella lett. d) del comma 2 *quater* dell'art. 6 del TUF, nella categoria rientrano sia i soggetti già abilitati alla prestazione dei servizi di investimento, ossia le

imprese di investimento, le società di gestione del risparmio, le banche, gli intermediari finanziari iscritti nell'albo dell'art. 106 del TUB, sia i soggetti dotati di una specifica competenza in materia finanziaria, anche se non necessariamente nel settore specifico dei servizi di investimento, quali ad esempio le imprese di assicurazioni, le società finanziarie, gli istituti di moneta elettronica

La norma di legge sembra quindi confermare che il criterio guida per determinare l'esclusione delle regole di condotta è la circostanza che la controparte, vuoi per essere abilitata allo svolgimento delle medesimo servizio richiesto al prestatore, vuoi perché l'attività tipica della sua impresa è quella finanziaria, necessariamente dispone delle necessarie capacità di valutare il rischio di una determinata operazione di investimento.

Gli è, tuttavia, che tale esclusione in materia di servizi di investimento non è assoluta, perché, come si è rilevato sopra, su iniziativa del medesimo intermediario, o su richiesta della controparte qualificata, quest'ultima può essere trattata come un cliente professionale o al dettaglio.

Riportare "tal quale" tale identificazione della "*controparte qualificata*" al settore dei servizi bancari e finanziari, presenterebbe perciò l'inevitabile rischio di escludere l'applicazione di tutte le regole di trasparenza in situazioni in cui un'esigenza di tutela comunque potrebbero ricorrere.

E ciò sarebbe con ogni probabilità il frutto di un'operazione arbitraria. Manca infatti la disposizione di legge che prevede tale esclusione; manca altresì il temperamento costituito dall'iniziativa dell'intermediario, o dall'accordo delle parti, di considerare anche un "operatore qualificato", come un cliente da tutelare.

La soluzione neppure potrebbe essere quella di escludere l'applicazione di alcune norme e non di altre. Tale soluzione si rilevarebbe ugualmente arbitraria, per le identiche ragioni. Né un indizio per operare in tale direzione potrebbe rinvenirsi nelle previsioni contenute nelle Istruzioni della Banca d'Italia, in ordine al "*cliente al dettaglio*" e al "*consumatore*".

La posizione di quest'ultimi viene presa in considerazione - come visto - per rafforzare, non diminuire la soglia di protezione prevista dalla legge, che quindi costituisce il livello minimo di tutela al quale ha diritto il cliente.

Se quindi si vuole attribuire alla individuazione della "*controparte*

qualificata” operata dal TUF un qualche rilievo, al fine di pervenire a una soluzione in qualche modo analoga per servizi bancari e finanziari, ciò va fatto con estrema cautela, evitando interpretazioni che, proprio per la mancanza di appigli normativi sicuri, si esporrebbero alla censura di arbitrarità.

Orbene, l’unica soluzione che a nostro avviso non si espone a tale censura è la limitazione dell’esclusione delle regole di trasparenza solo per la prima tipologia di soggetti che compongono la categoria, ossia le “*controparti*” che sono autorizzati a svolgere e svolgono i medesimi servizi prestati dall’intermediario.

Pertanto, nel settore specifico dei servizi bancari e finanziari, le banche e gli intermediari iscritti nell’albo dell’art. 106 del TUB. Tale “*controparte*”, infatti, esercitando la medesima attività svolta dal prestatore del servizio, dispone delle medesime informazioni ed ha la stessa competenza e professionalità del primo. Non vi è quindi asimmetria informativa, né vi sono disvalori sul piano della capacità professionale ed esperienza.

In definitiva, l’applicazione del criterio del *need of protection* porta alla medesima soluzione alla quale si è pervenuti escludendo in capo alle predette “*controparti*” la qualità di cliente, e costituisce, perciò, un ulteriore elemento di supporto alla stessa.

Per chiudere sull’argomento occorre interrogarsi su un ultimo aspetto, ossia se sia consentito al cliente dei servizi bancari e finanziari rinunciare aprioristicamente all’applicazione talune norme di protezione.

L’interrogativo non ha valenza meramente teorica, perché l’art. 31 del precedente Regolamento Consob n. 11522 dell’1 luglio 1998, prevedeva espressamente che le società o persone giuridiche potessero dichiarare in sede di stipula dell’accordo quadro di essere “*in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari*”, rientrando così nella categoria degli operatori qualificati, ai quali era esclusa l’applicazione di tutta una serie di regole di comportamento²³⁰.

Ed è noto l’abuso di tale strumento da parte degli intermediari, solo in

(230) Precisamente in tema di “*conflitto di interessi*” (art. 27 del medesimo Regolamento), “*informazione preventiva*” (art. 28), valutazione dell’adeguatezza dell’operazione (art. 29), forma scritta, fatta eccezione per il servizio di gestione, e contenuto del contratto (art. 30 e 37), modalità di esecuzione degli ordini (art. 33).

parte arginato dall'azione di contrasto della giurisprudenza²³¹.

Quest'ultimi, soprattutto in presenza di operazioni altamente rischiose e perciò non adeguate per l'investitore, inducevano spesso e volentieri il medesimo a sottoscrivere tale dichiarazione, benché non in possesso degli idonei requisiti di competenza e professionalità. Tale situazione è stata risolta, come si è visto, dal Regolamento Consob n. 16190 del 29 ottobre 2007, nel quale la possibilità per un investitore di essere considerato su sua richiesta "*cliente professionale*" è legata non più a una sua dichiarazione autoreferenziale, ma alla verifica da parte dell'intermediario della sussistenza di una serie di parametri oggettivi previsti nel medesimo Regolamento, idonei a rilevarne la particolare competenza ed esperienza in materia.

Il problema potrebbe però riproporsi per i servizi di pagamento, data la possibilità, di cui si è detto, di escludere l'applicazione delle regole di condotta previste per la loro prestazione, attraverso un accordo tra intermediario e cliente. Non è peregrino ritenere, come dimostra la prassi sviluppatasi in precedenza nei servizi di investimento, che il più delle volte tale accordo finirebbe per essere il portato più della *moral suasion* dell'intermediario, che della libera scelta del cliente.

Per i servizi bancari e finanziari, tuttavia, le esclusioni delle regole di trasparenza in virtù di un atto dispositivo delle parti non è possibile.

Né, come si è visto sopra, quando tale atto sia costituito dall'accordo intervenuto tra intermediario e cliente, né quando sia rappresentato da un negozio abdicativo di quest'ultimo, perché in entrambi i casi si violerebbe la regola dell'art. 127, comma 1, secondo la quale le norme di trasparenza sono derogabili solo a vantaggio del cliente. E tale regola nel caso della prestazione dei servizi bancari e finanziari, diversi da quelli di pagamento, non soffre eccezione alcuna.

(231) Quest'ultima infatti attribuiva a tale dichiarazione autoreferenziale il valore di una presunzione semplice, vincibile, in caso di contestazione dell'investitore, dalla prova positiva della insussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi di professionalità in materia di strumenti finanziari e dalla prova della conoscenza, ovvero conoscibilità, da parte dell'intermediario delle circostanze dalle quali poter desumere la reale situazione in cui versava l'investitore nel momento in cui aveva reso siffatta dichiarazione. Vedi in tal senso da ultimo App. Milano, 18 settembre 2013, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, 278, con *Nota* di Tucci.

CAPITOLO III

I RIMEDI SANZIONATORI SUL PIANO CONTRATTUALE. LA DISCIPLINA DELLE NULLITÀ E POSSIBILI FORME DI RECUPERO DELL'ATTO NULLO

Sommario: 1. La derogabilità in *melius* delle norme del Titolo VI del TUB. - 2. La disciplina delle nullità prevista dal comma 2 dell'art. 127. La categoria della nullità relativa o di protezione. L'elaborazione dottrinale. - 3. Individuazione delle figure dubbie di invalidità: l'atteggiamento della giurisprudenza. - 4. L'inquadramento nel sistema della speciale disciplina delle nullità prevista dal TUB. Limiti alla rilevabilità delle nullità *ex officio judicis*. - 5. Il confronto con l'art. 36 del D.Lgs. n. 206 del 2005 (codice del consumo), come argomento per confermare l'esclusione della rilevabilità d'ufficio della nullità per l'ipotesi di nullità del contratto e non della singola clausola. - 6. Una soluzione alternativa. - 7. L'individuazione di altri eventuali soggetti legittimati all'azione, estranei al rapporto cliente-intermediario. - 8. Le possibili forme di recupero del negozio o della clausola nulla: le ragioni dell'indagine. - 9. L'inerzia del cliente. - 10. La rinuncia all'azione. - 11. La rinuncia contestuale alla stipula del contratto. La nullità della rinuncia inserita come clausola nei contratti conclusi coi consumatori. Inapplicabilità della sanzione ai contratti conclusi coi professionisti. - 12. Un'ipotesi di soluzione. - 13. La ricognizione di debito.

1. La derogabilità in melius delle norme del Titolo VI del TUB

Sul piano negoziale la reazione del cliente alla violazione delle regole di condotta da parte dell'intermediario è affidata essenzialmente alla disciplina della nullità del contratto o delle sue singole clausole. La sanzione trova il suo fondamento nel carattere imperativo delle predette regole per l'intermediario, non scalfito dalla previsione della loro derogabilità. Questa, infatti, opera solo a favore del cliente. La regola,

però, non è sconosciuta al nostro legislatore. Un sistema analogo di tutela è già previsto nel codice civile, ad esempio dall'art. 1751 in materia di contratto di agenzia, il quale stabilisce che la disciplina legale sulla liquidazione dell'indennità dovuta all'agente in caso di cessazione del rapporto non può essere derogata dalle parti a svantaggio di quest'ultimo, o ancora dall'art. 1932 in tema di assicurazione, che analogamente prevede l'inderogabilità in senso sfavorevole all'assicurato delle disposizioni in esso richiamate²³².

Orbene, il patto che deroghi in *peius* a tali regole, è colpito comunque dalla sanzione di nullità.

Nel mercato creditizio, essendo la regola dell'inderogabilità in *peius* contenuta nel comma 1 dell'art. 127 del TUB, la quale a sua volta costituisce la norma di apertura del Capo III, intitolato "*regole generali e controlli*", essa si applica a tutte le operazioni poste in essere dall'intermediario, indipendentemente dal loro atteggiarsi come operazione bancaria o finanziaria, di credito al consumo, o servizio di pagamento.

Analoga previsione non si rinviene nelle norme del TUF riferite alla prestazione dei servizi di pagamento nel mercato mobiliare. Della medesima, tuttavia, ne fanno però applicazione implicita le disposizioni della Consob. Come si è visto nel precedente capitolo, è possibile per una "*controparte qualificata*", o un "*cliente professionale*" chiedere di essere considerati dall'intermediario nello svolgimento del servizio come un "*cliente al dettaglio*", non viceversa. È evidente che, traducendosi la classificazione di un "*cliente al dettaglio*" su sua richiesta come "*cliente professionale*" o "*controparte qualificata*", nella rinuncia alla maggiore

(232) Alle due ipotesi indicate nel testo si aggiungono quelle contemplate in tema di rapporto di lavoro dagli art. 2077 e 2120 c.c. Stabilisce la prima norma la sostituzione automatica delle clausole difformi del contratto individuale con quelle del contratto collettivo, a meno che non contengano "*speciali condizioni più favorevoli ai prestatori di lavoro*"; la seconda la derogabilità solo favore dei lavoratori della disciplina legale in tema di liquidazione di indennità di fine rapporto: v. in giurisprudenza Cass. civ., 14 febbraio 1991, n.1523, in *Foro it.*, 1991, I, 122.

Ulteriori fattispecie si rinvengono anche al di fuori del codice civile. Così ad esempio l'art. 79 della legge 392 del 1978 in tema di locazione di immobili urbani, il quale nel sancire la nullità solo dei patti in deroga vantaggiosi per il locatore, implicitamente ammette la validità di quelli più la vantaggiosi per il conduttore: così Cass. civ., 13 settembre 1992, n. 8499, in *Foro it.*, 1993, I, 122, con *Nota* di Piombo.

tutela prevista dalla legge a suo favore, nella esclusione di tale possibilità si può scorgere una proiezione anche nel mercato mobiliare del principio della sola derogabilità *in melius* delle norme di protezione dell'investitore.

La regola del TUB sembra, pertanto, suscettibile di assumere valenza di regola comune a tutti i presidi posti a protezione del cliente delle operazioni finanziarie.

Rafforza tale considerazione anche l'ulteriore rilievo che, rispetto alle ipotesi codicistiche richiamate, l'art. 127, comma "1", non limita l'applicabilità del richiamato principio di derogabilità *in melius* e di inderogabilità *in peius* a specifiche disposizioni.

Preferisce, invece, far riferimento a tutte le norme in materia di trasparenza. Cosicché, può ben ritenersi che le disposizioni inderogabili in senso sfavorevole al cliente siano non soltanto quelle che disciplinano il contenuto del contratto, ma anche quelle relative agli obblighi di informazione dell'intermediario nei confronti della cliente sia nella fase precontrattuale, sia in sede di stipula del negozio, sia infine durante lo svolgimento del rapporto.

Se non difficile è stato individuare la portata della regola, più complicato risolvere i problemi applicativi alla quale può dar luogo.

La questione è se con riguardo al contenuto del contratto la comparazione della disciplina convenzionale con quella legale, al fine di stabilire il trattamento più favorevole per il cliente, debba effettuarsi globalmente - applicando, cioè, al singolo rapporto il regolamento che, nell'insieme dei suoi aspetti, risulti più vantaggioso e nel quale resteranno assorbiti eventuali altri benefici propri della disciplina meno favorevole - ovvero "punto per punto" - verificando per ogni singola clausola e per ogni singolo istituto, quale tra le due discipline, quella legale e quella pattizia, sia favorevole per il cliente²³³. Per rispondere adeguatamente al quesito occorre distinguere.

Sarà possibile il confronto tra la singola clausola negoziale e la contrapposta previsione normativa, quando la prima risulti dotata di una sua individualità, nel senso che abbia a oggetto ed esaurisca la

(233) Propende per il confronto tra singole clausole e normativa legale, senza tuttavia distinguere l'ipotesi in cui la clausola negoziale esaurisce la disciplina dell'istituto contemplato dal legislatore da quella in cui la clausola stessa è connessa ad altre pattuizioni attinenti al medesimo istituto, D'Ambrosio, *Commento all'art. 127 in Commentario al testo unico cit.*, Seconda edizione, Cedam, Padova, 2001, p. 975 ss.

regolamentazione di un particolare profilo o istituto del rapporto banca-cliente, considerato e disciplinato dal legislatore autonomamente dagli altri.

Se invece la clausola derogatoria rispetto al sistema legale non esaurisce la disciplina di un determinato istituto del rapporto intermediario-cliente, ma è completata da altre pattuizioni, il confronto non può essere tra la singola clausola e la corrispondente disciplina legale, ma tra i trattamenti complessivi desumibili dalle due discipline in conflitto, attesa la correlazione necessaria e quindi l'inscindibilità delle singole disposizioni attinenti a un medesimo istituto.

Due esempi aiuteranno a chiarire. Ammettiamo, così, che nell'ambito di un'apertura di credito sia pattuito un tasso di interesse a carico del cliente più svantaggioso di quello pubblicizzato dall'intermediario, ma che di tale tasso sia prevista l'immodificabilità. Può il cliente invocare la sostituzione del saggio pattuito con quello minimo dei buoni ordinari del tesoro e nel contempo conservare la previsione negoziale a lui favorevole della immodificabilità del nuovo saggio? Riterremo di sì, investendo la clausola con la quale è stato determinato il prezzo dell'operazione al momento della conclusione un profilo negoziale diverso e autonomo nella considerazione del legislatore da quello della modificabilità del medesimo da parte dell'intermediario nello svolgimento del rapporto.

Pensiamo ora alla diversa ipotesi che nell'ambito di un'apertura di credito sia previsto l'obbligo della banca di comunicare prima della loro applicazione al cliente²³⁴, anche le variazioni generalizzate dei tassi di interesse, ossia quelle adottate "*in previsione o in conseguenza di decisioni di politica monetaria*" (art. 118 comma 4) e che sempre per contratto sia attribuito al cliente il diritto di recesso, ma entro un termine inferiore a quello minimo di sessanta giorni previsto dal secondo comma dell'art. 118 per l'applicazione delle variazioni cd. individuali.

Orbene, in tal caso escluderei che il cliente possa cumulare il vantaggio della disciplina convenzionale che estende l'obbligo della banca di comunicargli preventivamente la modifica contrattuale e il correlativo suo diritto di recesso anche alle variazioni dei tassi che siano conseguenza di decisioni di politica monetaria, con quello della disciplina legale che per l'esercizio di tale diritto stabilisce un termine non inferiore ai

(234) Non quindi solo in occasione delle comunicazioni periodiche ex art. 119 TUB.

sessanta giorni. Poiché tali variazioni fuoriescono dalla disciplina dello *jus variandi*, contenuta nei primi tre commi dell'art. 118, si sarebbe in presenza di un diritto di recesso non previsto dalla legge, ma attribuito per via convenzionale. Dovendo perciò il confronto essere effettuato tra le due discipline, quella negoziale e legale, nel loro complesso, questo sicuramente si risolverà nell'ipotesi detta nella applicazione della prima perché sicuramente più favorevole per il cliente²³⁵.

2. La disciplina delle nullità prevista dal comma 2 dell'art. 127. La categoria della nullità relativa o di protezione. L'elaborazione dottrinale

A maggior tutela del cliente, l'art. 127 del TUB ha altresì introdotto al comma "2", la previsione²³⁶ secondo la quale le nullità previste dal Titolo VI operano solo a vantaggio del primo e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice²³⁷.

La norma si traduce in una limitazione della legittimazione attiva a favore del cliente, salvo il rilievo officioso da parte del magistrato.

(235) Anche la giurisprudenza è orientata nel senso di escludere il confronto tra la singola pattuizione negoziale e la norma di legge, quando la stessa è connessa ad altre clausole attinenti allo stesso istituto, affermando che in tale ipotesi la comparazione deve avvenire tra i trattamenti complessivi desumibili dalle due discipline in contrasto, valutandole nella loro globalità, senza cumulare i vantaggi riservati al contraente debole dall'una e dall'altra ed applicando solo la disciplina più favorevole a quest'ultimo, nella quale restano assorbiti i vantaggi dell'altra: così Cass. civ., 18 agosto 2004, n. 16191, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, 321.

(236) Non contemplata, invece, nelle originarie leggi n. 142 e 154 del 1992.

(237) Ricordiamo che sono sanzionate con la nullità: l'inosservanza della forma scritta dei contratti (art. 117, comma 3, 125 *bis*, comma 1 e 2, e 126 *quinquies*, comma 1); la clausola di rinvio agli usi per la determinazione delle condizioni economiche del rapporto (art. 117, comma 6, 125 *bis*, comma 2, e 126 *quinquies*, comma 1); le clausole che "prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati" (art. 117, comma 6, 125 *bis*, comma 2, e 126 *quinquies*, comma 1); il patto, anche successivo alla stipulazione del contratto, "con il quale si impedisce o si rende oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione" da parte del consumatore o microimpresa (art. 120 *quater*); il contratto di credito al consumo nel quale siano omesse talune indicazioni prescritte dalle legge (art. 125 *bis*, comma 8).

Anche tale previsione ha una campo di applicazione che fuoriesce dal mercato creditizio. In parte simile è la regola prevista dall'art. 23 del TUF per le nullità del contratto²³⁸ o delle singole clausole, indicate nella stessa norma. Identica, invece, la previsione contenuta nell'art. 36 del codice del consumo per le clausole considerate vessatorie. Anzi, essendo quest'ultima norma intitolata “*nullità di protezione*”, negli stessi termini sono comunemente denominate dalla dottrina le “nullità” previste dal TUB. In passato, invece, con riferimento a queste figure ibride di “nullità”, che comunque trovavano un fondamento nell'inciso iniziale dell'art. 1421 c.c.²³⁹, si parlava di nullità cd. relativa²⁴⁰.

Orbene, l'esame sia pur sommario di quel dibattito è utile per verificare quali sono i termini della questione e se dallo stesso potrebbero scaturire soluzioni praticabili per risolvere i problemi posti dall'applicazione delle nullità previste dal TUB. Si tratta, come si diceva, di casi di “speciale nullità”, in quanto pur parlando il legislatore di “nullità”, si ha una differenziazione nella posizione giuridica delle parti, quella alla quale spetta l'azione e quella che all'esercizio di tale azione è soggetta, similmente a quanto avviene nell'ipotesi di annullabilità.

Beninteso, non è che alla limitazione sul piano processuale della legittimazione a far valere l'invalidità, faccia riscontro sul piano sostanziale una limitazione dell'operatività della sanzione, nel senso che il contratto o la singola clausola possono considerarsi validi per un contraente e invalidi per l'altro. L'incongruenza logica, prima che giuridica, di un figura negoziale valida per una parte e invalida per l'altra è stata da tempo messa in luce dalla dottrina ed è fuori discussione²⁴¹.

(238) La norma, tuttavia, non prevede la rilevazione d'ufficio della nullità. In ordine alla rilevanza d'ufficio anche delle nullità previste dall'art. 23 del TUF, sembrerebbe favorevole Tucci, *Servizi di investimento e nullità del contratto* in *Società, banche, e crisi d'impresa, Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, V. Guerrera, A. Sciarone Alibrandi, Utet, Torino, 2014, p. 2470.

(239) “*Salva diversa disposizione di legge*”.

(240) Per una ricostruzione dei termini del dibattito, v. Girolami, *La nullità relativa di protezione da eccezione a tertium genus nel sistema delle invalidità negoziale*, in *Le forme della nullità*, a cura di Pagliarini, Giappichelli, Torino, 2009, p. 64 ss.

(241) Così Cariota Ferrara, *L'annullabilità assoluta*, in *Foro it.*, vol. I.XIV, fasc. 3, 1939, p. 5 ss., con riferimento al codice civile del 1865, e successivamente lo stesso A., in *Foro it.*, 1964, II, p. 334 ss., relativamente al codice civile del 1942. Nello stesso senso Santoro – Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 2012, p. 242

La deroga quindi alla disciplina generale della nullità è solo sul piano processuale della legittimazione, eccezionalmente limitata a uno solo dei contraenti, ma il contratto o la clausola sono e restano invalidi per entrambi le parti.

Ed è stata proprio questa limitazione sul piano processuale dell'operatività della nullità relativa o di protezione (come è stata rinominata) a mettere in crisi la costruzione del nostro codice ispirata alla grande pandettistica germanica della nullità, come reazione a un disvalore giuridico operante *ipso jure*, rilevabile d'ufficio, imprescrittibile e insanabile con azione consentita a chiunque vi abbia interesse, e dell'annullabilità che, essendo posta a protezione di un interesse individuale, può essere fatta valere solo da un determinato legittimato, ed è prescrivibile, in quanto l'efficacia precaria dell'atto annullabile non consente una situazione di incertezza che si protragga all'infinito.

Ciò ha spiegato anche gli sforzi della dottrina e della giurisprudenza tesi alla ricerca di una soddisfacente sistemazione dogmatica e pragmatica della figura.

Ed invero, un primo e autorevole orientamento ha configurato la nozione come categoria autonoma e distinta rispetto sia alla nullità, che all'annullabilità²⁴², mentre altro orientamento ha respinto la terza categoria, ritenendo che le fattispecie che vengono addotte come esempi di nullità relative, possono farsi rientrare a secondo dei casi negli schemi della nullità o dell'annullabilità²⁴³.

È evidente che non è questa la sede per prendere posizione sul dibattito²⁴⁴, che certamente potrebbe ricevere nuovo impulso dalla

ss. e Tommasini, voce *Invalidità*; b) *Diritto privato*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1972, p. 897, per il quale “la nullità è una qualificazione negativa del negozio e tale qualificazione non può (che) essere unica di fronte a tutti”.

(242) Mirabelli, *Dei contratti* cit., p. 485 ss.; Messineo, *Il contratto in genere*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 180. Con qualche riserva anche Scognamiglio, *Contratti in generale*, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passerelli, Vallardi, Milano, 1977, p. 242 e Sacco, *Il contratto*, in *Trattato dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, vol. VI, tomo 2, Utet, Torino, p. 880.

(243) Carresi, *Il contratto*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu, Messineo e continuato da Mengoni, tomo 2, Giuffrè, Milano 1987, p. 631.

(244) Va dato atto, tuttavia, che almeno un punto fermo la dottrina l'ha raggiunto. Tale punto fermo consiste nella necessità di distinguere i casi di invalidità veri e propri, da quelli che si possono inquadrare in altri collaudati paradigmi della patologia del negozio giuridico. Invero la nozione di nullità relativa è stata spesso adoperata con

crescente previsione legislativa di casi di nullità di protezione, se

riferimento, oltre alla fattispecie qui considerata in cui il contratto è nullo per entrambe le parti, ma soltanto a una di loro è consentito di far valere l'invalidità, ad altri due gruppi di casi. Precisamente di queste ulteriori due categorie di "nullità relativa", la prima sarebbe costituita dai negozi validi per le parti e nulli per i terzi: vi rientrerebbero secondo Pescatore, *Nullità o inefficacia delle alienazioni di cose di interesse artistico avvenute senza denuncia all'autorità amministrativa*, in *Foro it.*, I, 1948, p. 32 gli atti di alienazione di cose mobili di interesse storico e artistico, che restano vincolanti tra le parti, ma inopponibili al terzo, in questo caso lo Stato (ex art. 621, legge n. 1089 del 1939). La seconda categoria, invece, sarebbe rappresentata dai negozi nulli per le parti, ma validi per i terzi: il riferimento sia pure in senso critico a tale categoria di atti è in Carresi, *Il contratto* cit., p. 629, il quale indica come esempio tipico normalmente addotto dalla dottrina (l'A. cita Borgioli, *La nullità della società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 270) quello della nullità della società per azioni ex art. 2332 c.c.

Anche Sacco, *Il contratto* cit., p. 882 sembrerebbe propendere per un allargamento della categoria includendo nella stessa le invalidità che sono relative "*perché non invocabili da tutti, o perché non invocabili contro tutti, o perché rilevabili solo nell'interesse di alcuno, o perché non opponibili a tutti*".

Tale impostazione tuttavia è stata, a giusta ragione, criticata dalla dottrina: così Carresi, *Il contratto* cit., p. 628 ss. Con riferimento agli atti che sarebbero validi per le parti e nulli per i terzi (i più numerosi e nei quali possono farsi rientrare anche gli atti di alienazioni di beni pignorati da parte del debitore: art. 2913 e 2915 c.c., ovvero quelli del fallito di beni appresi dal curatore), si è infatti osservato che negli stessi non viene in rilievo la validità dell'atto, ma soltanto la sua opponibilità ai terzi, o meglio a determinati terzi (nell'ipotesi menzionate rispettivamente il creditore pignorante e i creditori del fallimento), nel senso che nei loro confronti l'atto, anche se valido e vincolante tra le parti, è come se non esistesse, non producendo effetti.

Ugualmente non viene in discussione l'invalidità dell'atto nella seconda categoria degli atti nulli per le parti e validi per i terzi, per individuare la quale ci sembra calzante il riferimento (più che alla nullità della società per azioni citata dal Carresi, che non solo è valida solo nei confronti dei terzi, ma è vincolante anche per i soci, che non sono liberati dai conferimenti) alla nullità della delibera di nomina degli amministratori con rappresentanza di una società per azioni, la quale, a mente dell'art. 2383, comma 5, c.c., una volta adempiuta la pubblicità legale della nomina, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede sulla base dell'atto compiuto dall'amministratore invalidamente nominato. Anche in tal caso infatti ciò che entra in gioco non è l'invalidità della nomina, ma solo l'invocabilità della causa di nullità contro i terzi, nel senso che la società per poter far valere quest'ultima nei confronti dei terzi deve provare che gli stessi erano a sua conoscenza, in mancanza restando vincolata agli atti compiuti dagli amministratori invalidamente nominati.

In definitiva, quindi, di vera è propria nullità relativa deve parlarsi con riferimento a quei casi in cui all'invalidità del negozio per entrambi le sue parti sul piano sostanziale, si contrappone su quello processuale una limitazione delle legittimazione a farla valere a favore soltanto di una di esse, ipotesi alla quale appartengono all'evidenza le nullità comminate dall'art. 127 TUB qui esaminato.

quest'ultima vada costruita come terza categoria autonoma dalla patologie consolidate della nullità e annullabilità, o viceversa, sulla base del concreto atteggiarsi della disciplina nei singoli casi concreti, vada disciolta in quest'ultime.

Tanto non solo per la complessità del tema, che non si presta a essere esaurito in questi rapidi cenni, ma anche perché comunque non risolverebbe del tutto i problemi applicativi proprio con riferimento all'ipotesi del TUB, dell'imprescrittibilità o meno delle nullità comminate, della sanabilità dell'atto relativamente nullo da parte del cliente, della sua operatività di diritto e dei limiti alla rilevabilità della nullità *ex officio judicis*.

Problemi questi che lascia irrisolti, non solo chi nega la sussistenza di una categoria autonoma della nullità relativa, perché in tal caso per la soluzione degli stessi è necessario inquadrarla in uno o l'altro dei paradigmi conosciuti della nullità e/o annullabilità, ma anche chi costruisce la nullità relativa come categoria a se stante.

Mancando infatti nel sistema una disciplina propria della terza categoria, questa potrebbe ricavarsi solo per analogia, ricorrendo alla disciplina prevista per i casi di nullità o dell'annullabilità, con i quali dunque la nuova figura andrebbe necessariamente confrontata²⁴⁵.

È evidente che siffatta indagine, necessaria in entrambe le configurazioni della cd. nullità di protezione (come categoria autonoma o meno dalle altre due) va compiuta sul piano della individuazione e valutazione degli interessi che il legislatore ha inteso tutelare, in una visione teleologica della norma che la recepisce e dunque va compiuta caso per caso. E tale indagine è tanto più necessaria, ove si consideri che - come sopra accennavamo - la stessa distinzione tradizionale tra le due figure nullità e annullabilità imperniata sulla cerchia dei legittimati, sulla imprescrittibilità dell'azione, sull'insanabilità del vizio e sulla sua rilevabilità d'ufficio, è stata posta in crisi dall'emergere di figure meno lineari di invalidità, rilevabili d'ufficio ma sanabili, o di insanabili ma non rilevabili d'ufficio. È innegabile infatti che in relazione a tali figure poste in un cono d'ombra tra nullità e annullabilità, il giurista sia che ammetta l'esistenza di una terza categoria di invalidità, sia che la

(245) Non a caso il Sacco, *Il contratto* cit., p.880, pur ammettendo l'esistenza della terza categoria "nullità relativa" si interroga sull'utilità della medesima, una volta che manca nel sistema una disciplina sua propria.

escluda, si trova comunque sempre di fronte a un bivio: o polarizzerà la disciplina di tali figure dubbie su quella dell'annullabilità, o viceversa su quella della nullità.

3. Individuazione delle figure dubbie di invalidità: l'atteggiamento della giurisprudenza

Più utile perciò ai nostri fini verificare i comportamenti della giurisprudenza quando si è trovata di fronte a casi dubbi di nullità.

Bastano, infatti, pochi esempi per chiarire quanto sopra rilevato, in merito all'assottigliarsi della contrapposizione tradizionale tra nullità e annullabilità.

Si prenda così l'ipotesi che era prevista dall'art. 17 legge n. 47 del 1985²⁴⁶, il quale dopo aver comminato al primo comma la nullità degli atti tra vivi (sia in forma pubblica che in quella privata), aventi per oggetto il *“trasferimento o costituzione o scioglimento dei diritti reali immobiliari relativi ad edifici o loro parti ... ove da essi non risultino per dichiarazione dell'alienante gli estremi della concessione a edificare o della concessione in sanatoria”*, aggiungeva al terzo comma che *“se la mancata indicazione degli estremi non sia dipesa da insussistenza della concessione al tempo in cui gli atti medesimi sono stati stipulati, essi possono essere confermati anche da una sola delle parti, mediante atto successivo, redatto nella stessa forma del precedente che contenga la menzione omessa”*. In base alla richiamata norma la validità degli atti inerenti a edifici o loro parti era subordinata alla ricorrenza di entrambe le seguenti condizioni: a) l'esistenza della concessione ad edificare (originaria o in sanatoria ex art. 13) al tempo in cui erano stipulati; b) la menzione, ivi inclusa, degli estremi della stessa, acquisiti sulla base della semplice dichiarazione dell'alienante. Era sufficiente pertanto il difetto di una soltanto di esse perché l'atto fosse nullo; con l'unica differenza che mentre la mancanza della prima condizione (sub a) dava luogo ad una

(246) L'articolo è stato abrogato dall'art. 136, comma 2, lett. f), D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e dall'art. 136, comma 2, lett. f), D.Lgs. 6 giugno 2001, n. 378 a decorrere dal 1° gennaio 2002. Tale ultimo termine è stato prorogato al 30 giugno 2002, dall'art. 5 bis, comma 1, D.L. 23 novembre 2001, n. 411, convertito, con modificazioni, dalla L. 31 dicembre 2001, n. 463 e, successivamente, al 30 giugno 2003 dall'art. 2, comma 1, D.L. 20 giugno 2002, n. 122, convertito con modificazioni dalla legge 1 agosto 2002, n. 185.

nullità insanabile, conformemente alla regola generale di cui all'art. 1423 c.c., l'assenza della seconda condizione (sub b) implicava, invece, una nullità *“confermabile anche unilateralmente, con un atto successivo compiuto da una delle parti, contenente gli estremi della concessione”*, purché redatto *“nella stessa forma”* dell'atto da confermare.

Cos'altro aveva voluto dire il legislatore, se non che in questo caso la nullità era sanabile, in deroga quindi alla regola ora richiamata dell'art. 1423 c.c.^{247?}

Veniamo a un secondo esempio. L'art. 122, comma 5, della legge n. 633 del 1941 (sul diritto di autore) comminava la nullità del contratto di edizione a termine se non era indicato il numero minimo di esemplari da seguire per edizione. La giurisprudenza, posta di fronte ad una norma all'evidenza predisposta per la tutela di un concorrente reputato più debole, si rese conto che in concreto la pronunzia di nullità avrebbe potuto anche danneggiare la parte che la legge voleva proteggere, e pertanto riservò al solo contraente protetto (cioè l'autore dell'opera letteraria) il

(247) Attribuiva un vero e proprio effetto sanante alla “conferma” contemplata nell'art. 17 legge n. 47 del 1985 Donisi, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, E.S.I., Napoli, 1986, p. 63, il quale con riferimento al medesima significativamente parlava di *“effetto sanante, idoneo quindi a recuperare l'atto (originariamente) nullo alla vita giuridica”*. Lo stesso A. aggiungeva che la deroga che per tal via era introdotta al canone dell'insanabilità del negozio nullo sarebbe stata ben più pregnante di quella prevista dagli art. 590 e 799 c.c., a mente dei quali la nullità del testamento e delle donazioni non può essere fatta valere da chi, conoscendo la causa di nullità, ha dopo la morte del testatore o del donante confermato l'atto nullo o dato a esso volontaria esecuzione. Nelle fattispecie di cui agli art. 590 e 799 c.c., infatti, la disposizione *mortis causa* e l'atto di liberalità *“lungi dal resuscitare acquisendo quella validità di cui erano sprovvisti al momento della nascita, restano nulli”*, rilevano *“(soltanto) come elementi di una fattispecie complessa, nella quale confluisce altresì l'atto confermativo e al quale (soltanto) l'ordinamento imputa gli effetti giuridici”*. La conferma prevista dall'art. 17 della legge n. 47 del 1985 avrebbe costituito invece *“non già lo strumento col quale l'ordinamento giuridico permette l'integrazione di una fattispecie in corso di formazione..., bensì la successiva acquisizione alla fattispecie originaria, che ha già esaurito il proprio ciclo formativo al punto di essere qualificata testualmente nulla, proprio di quel requisito (l'indicazione degli estremi della concessione) la cui mancanza aveva suscitato un giudizio di riprovazione tanto grave da sfociare nella nullità”*. Perciò - concludeva l'A. - avvenuta la conferma ex art. 17, ultimo comma, *“quell'atto che ab initio era affetto da nullità per insussistenza dell'indicazione degli estremi del provvedimento concessorio, diviene - in deroga... al principio dell'insanabilità del negozio nullo-successivamente valido, idoneo per ciò stesso a dispiegare effetti suoi propri.”*

potere di far valere l'invalidità²⁴⁸.

Spingendo avanti l'indagine sul materiale legislativo, il numero di queste figure di invalidità dalla fisionomia incerta aumenta, così come confermano le più recenti previsioni dell'art. 23 del TUF e dall'art. 36 del codice del consumo²⁴⁹. Ma più che richiamare altri esempi è interessante sottolineare l'atteggiamento giurisprudenziale in sede di applicazione delle due richiamate norme al caso concreto. È indiscutibile, infatti, che quest'ultima, posta di fronte a fattispecie normative al "confine" tra nullità e annullabilità, ben avrebbe potuto prospettare ipotesi di lettura "alternative" del dato legislativo al fine di mitigare la carica "derogatoria" rispetto ai canoni, assunti consolidati, dell'insanabilità della nullità e della rilevabilità d'ufficio. Così con riferimento all'ipotesi prevista dall'art. 17, comma 3, della legge n.47 del 1985 la giurisprudenza avrebbe potuto

(248) Trib. Firenze, 5 maggio 1960, in *Giur. it.*, I, II, 855.

(249) Vedi anche *infra* nel testo. Altre figure di invalidità dai connotati dubbi sono individuate da Sacco, *Il contratto* cit., p. 303, nell'art. 780 c.c., poi abrogato dalla legge di riforma del diritto di famiglia, il quale consentiva che la nullità della donazione al figlio non riconoscibile poteva essere fatta valere soltanto dal donante, dai suoi discendenti legittimi, o dal coniuge, nonché nel trattamento giuridico riservato dalla legge alla falsità della firma. Afferma l'A. che l'atto falso "è nullo, anzi là dove opera la distinzione tra atto nullo e inesistente, è inesistente". Tuttavia "se una scrittura privata è proposta contro una parte che non la disconosce alla prima udienze utile, la scrittura si ha per riconosciuta (art. 214 c.p.c.)". Orbene secondo il Sacco vi sarebbe un perfetta indifferenza dal punto di vista pratico tra la classificazione dell'invalidità come nullità della scrittura che si sana per il mancato disconoscimento, o come annullabilità non soggetta a prescrizione. L'unica differenza consisterebbe, infatti, nella circostanza che nel primo caso dovrà parlarsi di un onere a carico del convenuto di disconoscere per impedire la sanatoria della nullità, nel secondo caso di un onere di eccepire per far valere l'annullamento; ma distinzioni di questo genere secondo l'A. sono "nebulose, sfuggenti e soprattutto preconcelte" (cit. p. 304).

Va solo aggiunto che il panorama delle figure di invalidità di dubbia classificazione si allarga ulteriormente se oltre agli atti negoziali, ai quali abbiamo circoscritto la nostra indagine, si considerano quelli processuali. Per l'art. 157, comma 2, cpc, infatti l'eventuale nullità di un atto processuale per mancanza di un suo requisito essenziale può essere fatta valere soltanto dalla parte nel cui interesse è stabilito il requisito stesso, ed è quindi relativa. Inoltre poiché deve essere dedotta a pena di decadenza nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di essa, la nullità è anche sanabile: tra le tante, qualifica come relativa e sanabile la nullità di cui all'art. 157 cpc, Cass. civ., 17 settembre 2013, n. 21205, in *Mass. foro it.* 2013, 668. Sono del pari soggetti al rigoroso regime dell'art. 157 cpc e quindi danno luogo a una nullità relativa e sanabile, gli eventuali vizi di una consulenza tecnica d'ufficio: così Cass. civ., 14 agosto 1999, n. 8659, in *Mass. foro it.* 1999, 876.

sostituire il suo linguaggio a quello del legislatore e far discendere dalla mancata menzione nell'atto degli estremi della concessione (esistente) non la nullità, ma l'annullabilità in modo da ravvisare nel particolare congegno normativo di sanatoria del negozio invalido (l'atto successivo di "conferma" di una delle parti contenente gli estremi della concessione non menzionata nel precedente atto) nient'altro che la puntuale applicazione della regola della convalidabilità del negozio annullabile.

Lo stesso si sarebbe potuto affermare nell'ipotesi del contratto di edizione, dove la classificazione dell'invalidità in termini di annullabilità si salderebbe perfettamente con le regole della limitazione ad una sola delle parti (l'autore dell'opera) della legittimazione a farla valere e dell'esclusione della rilevabilità d'ufficio. Ma non risulta che la giurisprudenza in tali casi, in cui l'invalidità sembrerebbe partecipare di alcuni caratteri dell'annullabilità, si sia mai discostata dal linguaggio del legislatore, preferendo invece continuare a parlare di nullità.

Come è stato rilevato²⁵⁰ le ragioni di siffatto atteggiamento risiedono nel timore della giurisprudenza che dalla qualificazione della fattispecie in termini di annullabilità discenderebbe l'applicazione integrale della relativa disciplina, con le inevitabili ricadute in tema di prescrittibilità della domanda e validità e efficacia degli atti fino al momento della pronuncia di annullamento, ricadute che probabilmente il legislatore ha voluto escludere nel momento in cui ha sanzionato un determinato disvalore giuridico con la nullità e non con l'annullabilità, sia pure rendendo partecipe la prima di taluni caratteri della seconda²⁵¹.

Pertanto, mantenendo ferma la categoria della nullità, la giurisprudenza ha assicurato all'invalidità tutti canoni della nullità, ad eccezione di quelli espressamente esclusi dalla legge²⁵².

(250) Sacco, *Il contratto* cit., p. 303.

(251) Con riferimento all'art. 17 legge sul condono edilizio Donisi, *Abusivismo edilizio* cit. p. 64 riteneva che un'eventuale classificazione dell'invalidità ivi prevista in termini di annullabilità, "condurrebbe a risultati in tal grado aberranti, da dispensare, chi scrive dal segnalarli specificamente". Orbene tali conseguenze aberranti si possono facilmente individuare nello svuotamento della rilevanza del divieto normativo, perché sarebbe bastato un tacito accordo tra venditore e compratore volto a non far valere mai l'invalidità dell'atto in cui mancavano gli estremi della concessione, per garantirsi, attraverso il duplice meccanismo dell'esclusione della sua rilevabilità *ex officio judicis* e della prescrizione quinquennale dell'azione, la definitiva validità e efficacia dell'atto invalido.

(252) Significativa, per comprendere le ragioni dell'orientamento giurisprudenziale, è la

Cosicché, per esemplificare, nell'ipotesi dell'art. 17, comma 3, della legge n. 47 del 1985 la nullità, pur essendo suscettibile di sanatoria, comunque avrebbe operato di diritto, sarebbe stata imprescrittibile, nonché rilevabile *ex officio judicis*; mentre nell'ipotesi dell'art. 122, comma 5, della legge sul diritto d'autore l'invalidità, oltre che operare *ipso jure* ed essere imprescrittibile, sarebbe sfuggita anche alla norme sulla convalida del negozio annullabile, con la sola eccezione della limitazione della legittimazione a farla valere ad una sola delle parti e dell'esclusione del potere del giudice di rilevarla d'ufficio²⁵³.

Probabilmente siffatto atteggiamento giurisprudenziale non è lontano dal sistema prefigurato dal legislatore del TUB.

In altri termini la giurisprudenza si è resa conto che la tradizionale distinzione tra nullità e annullabilità risalente alla pandettistica germanica si è sempre più diluita, man mano che nella successiva elaborazione legislativa sono state create nuove figure di invalidità, dai tratti incerti²⁵⁴.

motivazione di Trib. Firenze, 5 maggio 1960 cit., dove la qualificazione dell'invalidità di cui all'art. 112, legge sul diritto d'Autore in termini di nullità viene utilizzata dal Tribunale giust'appunto per escludere l'avvenuta sanatoria del contratto di edizione a mente dell'art. 1444, comma 2, c.c., domandata in via *riconventio riconventionis* dalla Società attrice (editore) per resistere all'eccezione del convenuto (autore dell'opera) di nullità del contratto di edizione.

(253) Che siano quelle indicate nel testo le ragioni di fondo della prassi giurisprudenziale, lo conferma l'ulteriore circostanza che la stessa giurisprudenza non ha esitato a superare il dato normativo per sostituire, in fattispecie di particolare riprovazione per l'ordinamento giuridico, all'annullabilità testualmente comminata dal legislatore la nullità. Così in tema di impedimenti matrimoniali, l'azione diretta a far vale l'invalidità della trascrizione nei registri dello stato civile del matrimonio canonico contratto da chi sia legato ad altro matrimonio valido agli effetti civili, non solo viene classificata come nullità e non annullabilità, malgrado la diversa terminologia adoperata dall'art. 117 c.c., ma tale diversa classificazione viene utilizzata e giustificata proprio per trarne il corollario dell'imprescrittibilità dell'azione, che "*può essere esercitata in ogni tempo, con il solo limite dello scioglimento per morte o altra causa del precedente matrimonio*": cfr. Cass. civ., 12 ottobre 1978, n.4567, in *Mass. foro it.*, 1978, 899. Parlano sempre di nullità e non annullamento per l'azione di cui all'art. 117 c.c. Cass. civ., 6 febbraio 1986, n. 720, in *Foro it.*, 1987, I, 904, con *Nota* di Colucci, *Sulla nozione di "interesse legittimo e attuale" di cui all'art. 117 c.c.*; Trib. Roma, 8 febbraio 1980, in *Giust. civ.*, 1981, I, 418, con *Nota* di Finocchiaro, *L'art. 125 c.c. e i limiti all'azione di nullità del p.m.*; Trib. Modena 23 gennaio 1987, in *Foro it.*, 1988, I, 966.

(254) Non è azzardata d'altra parte l'ulteriore affermazione che già prima del codice civile del 1942 esistevano figure di invalidità di difficile classificazione, tanto è vero che, Cariota Ferrara, *L'annullabilità assoluta* cit., p. 4, con riferimento al codice del 1865, rilevava l'esistenza di "*forme secondarie e dubbie*" di invalidità, che a seconda

Degli originari caratteri della imprescrittibilità, dell'operativa *ipso jure*, dell'insanabilità e della rilevabilità *ope judicis*, la nullità ha infatti conservato soltanto i primi due come fissi e immutabili.

Pertanto quando si tratta di figure di invalidità per così dire dubbie, dalla classificazione del legislatore in termini di nullità, l'interprete potrà trarne sicure implicazioni in merito alla imprescrittibilità della sanzione e alla sua operatività *ipso jure*, ma per quanto riguarda l'individuazione degli ulteriori connotati dovrà ricorrere all'interpretazione analogica, conformando la relativa disciplina a quella della nullità, ovvero dell'annullabilità, a seconda degli interessi che si è inteso tutelare.

dei casi classificava come “*annullabilità assoluta*” o “*nullità relativa*”. Secondo l'A. figure dubbie di invalidità erano quelle relative ai negozi compiuti dall'interdetto legale (art. 1107, capov., c.c.) e si rintracciavano anche in tema di impedimenti matrimoniali. A tali ipotesi si può aggiungere la nullità degli atti di alienazione dei beni dotali, che non poteva essere fatta valere dall'altro contraente, ma solo da entrambi i coniugi. Ma anche al di fuori del codice civile vi erano casi di dubbia configurazione. Così per il combinato disposto degli art. 15 e 17 della legge 17 luglio 1890, n. 6972, allora in vigore, la nullità dei contratti stipulati da un'istituzione pubblica di assistenza e beneficenza con un membro del proprio consiglio di amministrazione, poteva essere dedotta solo dall'Ente stesso ovvero dall'autorità politica.

Orbene, con riferimento alle figure anomale di invalidità, il Cariota distingueva l'“*annullabilità assoluta*” la quale “*pur essendo annullabilità, pur rientrando in tale specie di invalidità, si distinguerebbe nell'ambito di questa per una peculiare nota, sua propria*”, ossia l'essere rilevabile da chiunque vi abbia interesse, dalla “*nullità relativa*” la quale “*pur essendo nullità si distinguerebbe nell'ambito di questa per una particolare caratteristica sua propria*”, nel senso che può farsi valere solo da determinate persone cui la legge ha concesso il diritto alla nullità. Sulla base di tali premesse l'A. giungeva alla conclusione che l'essere l'azione spettante a ogni persona non comportava come conseguenza logica necessaria che essa fosse un'azione di nullità, così come dalla sperimentabilità dell'azione solo da determinati soggetti non conseguiva sempre che la stessa fosse di annullamento. Conclusione questa che può ben capovolgersi nell'altra, alla quale siamo giunti nel testo, ossia che l'essere un data azione di annullamento, non implica sempre che la medesima possa farsi valere solo da determinati soggetti; così come l'essere una data azione di nullità, non significa necessariamente che essa possa farsi valere da chiunque interessato, o che sia rilevabile d'ufficio.

È quindi evidente che le problematiche del 1938 sono le stesse di oggi, con una sola differenza, ossia che quelle che il Cariota chiamava “*figure dubbie di invalidità*” sono diventate sempre più numerose e rilevanti, per cui - diversamente da quanto allora affermava l'illustre Autore - non sono più “*secondarie*” nel sistema.

4. L'inquadramento nel sistema della speciale disciplina delle nullità prevista dal TUB. Limiti alla rilevabilità delle nullità ex officio judicis

Le considerazioni sopra svolte hanno la loro rilevanza con riferimento alle regole di funzionamento dell'invalidità previste nell'art. 127, comma 2, TUB, perché dalla classificazione della stessa in termini di nullità operata dal legislatore discendono sicuramente i corollari della imprescrittibilità e della sua operatività *ipso jure* (caratteri fissi della nullità). Pertanto il cliente potrà in ogni tempo far valere la stessa e la natura dichiarativa della pronunzia di accoglimento farà sì che il contratto o la clausola colpita dalla nullità si considereranno come mai stipulati.

Ma la predetta classificazione, per quanto sopra detto, lascia tuttora irrisolti i problemi della rilevabilità *ex officio judicis*, e della sanatoria dell'invalidità. Non risolve i dubbi la previsione, aggiunta dall'art. 4, comma 3, del D.Lgs. 13 agosto 2010, n.141 (come modificato dall'art. 3, comma 4, del D.Lgs. 14 dicembre 2010, n.118) che la nullità può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Non può infatti dirsi *a priori* che quelle finalità per le quali il legislatore sanziona un dato disvalore giuridico con la previsione della "nullità", tuttavia limitando la legittimazione all'azione ad uno solo dei contraenti, si tutelano meglio applicando *tout court* la disciplina della "nullità" e non quella dell'"annullabilità". Abbiamo già visto come la giurisprudenza, utilizzando il potere interpretativo delle norme che le compete nei casi dubbi – tale è quello previsto dall'art. 127, comma 2 - potrebbe non restare invischiata dal dato letterale, per ammettere piuttosto che in quest'ipotesi ci si trovi innanzi a una figura, che partecipa di alcuni o tutti dei caratteri propri dell'annullabilità.

Non sempre, infatti, la sanzione di nullità è produttiva di effetti vantaggiosi avuto riguardo all'interesse del cliente. Laddove, quindi, sul presupposto della totale attrazione dell'invalidità comminata dall'art. 127 alla categoria della nullità, se ne ammettesse sempre e comunque la rilevabilità *ex officio judicis*, vi potrebbero essere situazioni in cui potrebbe rimanere danneggiato proprio il soggetto a favore del quale è stata legislativamente prevista la sanzione.

Precisamente si tratterebbe delle operazioni di finanziamento nei quali, essendo collegata all'eventuale declaratoria della nullità dell'atto

la perdita del benefico del termine, il cliente-debitore si troverebbe immediatamente esposto alle pretese restitutorie dell'intermediario. E tali conseguenze potrebbero essere in determinate ipotesi particolarmente gravi per il debitore. Si pensi ad esempio ad un mutuo fondiario a tasso agevolato concluso per l'acquisto della prima casa, a garanzia del quale sia stata accesa ipoteca su quest'ultima. Alla nullità del contratto conseguirebbe l'obbligo del mutuatario di restituire immediatamente l'intera somma ricevuta, in mancanza trovandosi esposto al rischio della perdita del bene casa.

Va a questo punto rilevato che l'inadeguatezza della sanzione rispetto alle situazioni che in concreto dovrebbe tutelare, non è problema specifico alle regole di funzionamento delle invalidità contemplate nell'art. 127, ma si presenta all'interprete ogni qual volta si trova a dover maneggiare figure di nullità per contrarietà a norme introdotte a tutela solo di particolari soggetti. Tali difficoltà si spiegano con la constatazione che una sanzione, la nullità, strutturalmente concepita per la tutela di interessi collettivi, mal si presta a colpire situazioni in cui viene in gioco solo l'interesse individuale di una delle parti del rapporto.

Costituiscono un significativo esempio di quanto qui rilevato le difficoltà incontrate dalla giurisprudenza in sede di applicazione dell'art. 1341, c.c. che - come è noto - al secondo comma statuisce che le clausole onerose dei contratti per adesione "*non hanno effetto*" se non specificamente approvate per iscritto. Sul valore da attribuire a tale ultima espressione sono state espresse opinioni divergenti.

Così mentre un primo orientamento ha ravvisato nella mancanza del requisito formale un'ipotesi di nullità assoluta, pertanto azionabile da entrambi i soggetti, e rilevabile d'ufficio²⁵⁵, un secondo orientamento è, invece, nel senso che l'inefficacia delle clausole vessatorie, in mancanza di una specifica approvazione per iscritto, non possa essere invocata dal contraente che abbia predisposto quelle clausole, ma soltanto dal

(255) La giurisprudenza sull'art. 1341 c.c. è praticamente sterminata. Va però subito dato atto che dopo Cass. civ. 11. novembre 1974, n. 3508, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1469, con le quali le Sezioni Unite, intervenute per dirimere il contrasto con quella giurisprudenza di legittimità che ne sosteneva il carattere relativo, hanno affermato che alla mancata specifica approvazione per iscritto della clausola vessatoria consegue la nullità assoluta, quest'ultimo orientamento è divenuto prevalente: tra le più recenti, Cass. civ., 21 marzo 2014, n. 6784 in *Nuova giur. civ.*, 2014, I, 727. In dottrina Mirabelli, *Dei contratti cit.*, p. 153.

contraente protetto e dunque si tratterebbe di un'altra figura di nullità relativa o di protezione²⁵⁶.

L'argomentazione di base per sostenere la nullità relativa parte dalla considerazione che l'interesse da tutelare è pur sempre quello del contraente debole. Da ciò si trae la conseguenza che il rimedio può essere fatto valere solo da quest'ultimo.

Si afferma, infatti, che, accedendo alla tesi della nullità assoluta, si giungerebbe a conseguenze paradossali legate al fatto che, di fronte a situazioni in cui la clausola risulti in concreto vantaggiosa per l'aderente e dannosa per il contraente che l'ha predisposta, quest'ultimo non solo potrebbe eccepirne l'invalidità, ma, là dove dimostrasse che la clausola stessa sia stata essenziale e determinante del suo consenso, potrebbe attraverso la nullità di quest'ultima conseguire l'ulteriore risultato di far travolgere l'intero contratto ex art. 1419 c.c. Per tal via si vanificherebbero proprio quell'esigenze di tutela cui è preposto l'art. 1341 c.c.²⁵⁷.

(256) Così Cass. civ., 23 ottobre 1991, n. 11213, in *Mass. foro it.*, 1991, 999. In dottrina Betti, *Teoria Generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. civ. it.*, Diretto da Vassalli, vol. XXV, Utet, Torino, 1960, p. 99; Senofonte *Appunti in tema di nullità delle clausole cd vessatorie*, in *Dir. e giur.*, 1961, p. 317; Scognamiglio, *Contratti cit.*, p. 276.

(257) L'aderente, infatti, comportando la declaratoria di nullità della clausola - declaratoria che sfuggirebbe alla sua iniziativa, in quanto richiedibile dallo stesso predisponente- l'invalidità dell'intero contratto, verrebbe privato delle utilità che cercava sul mercato e che gli erano offerte soltanto a quelle condizioni, sia pure vessatorie. Di tali possibili riflessi negativi non si preoccupa Mirabelli, *Dei contratti cit.*, p. 140, il quale dà per scontate sia la rilevabilità della vessatorietà della clausola ad istanza del predisponente o d'ufficio, sia l'applicazione dell'ulteriore regola dell'art. 1419 c.c. Esclude invece quest'ultima conseguenza De Nova, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, p. 485 ss., per il quale il requisito posto dall'art.1341 c.c., può essere classificato nella categoria delle forme cd. "integrative... caratterizzate dal fatto di non essere essenziali per la validità del contratto, bensì per la produzione di alcuni suoi effetti...., di modo che se la forma integrativa manca, quei particolari effetti non si producono, mentre l'intero contratto resta valido e operante" (cit. p. 486). Allo stesso risultato perviene G. B. Ferri, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, p. 16 ss., per il quale la specifica sottoscrizione sarebbe requisito essenziale per la formazione dell'accordo delle parti sulla clausola vessatoria, in mancanza del quale quest'ultima sarebbe non nulla, ma inefficace. Ne conseguirebbe l'inapplicabilità dell'art. 1419 c.c., mentre continuerebbero a applicarsi le ulteriori regole della legittimazione di entrambi le parti a far valere l'inefficacia della clausola vessatoria, nonché la rilevabilità della medesima *ex officio judicis*.

Orbene, ci sembra a questo punto ovvio che, se si aderisce alla ricostruzione dell'inefficacia di cui all'art. 1341 comma 2, c.c. in termini di nullità relativa, la forte simmetria che si viene a creare tra tale invalidità e quelle regolate dall'art. 127, comma 2, del TUB, consente l'applicazione speculare a quest'ultime dello stesso criterio teleologico utilizzato dalla giurisprudenza con riferimento alla prima norma²⁵⁸. Ciò comporta, che escluso senz'altro la rilevabilità della nullità da parte dall'intermediario, stante l'espressa preclusione normativa, per rispondere adeguatamente al quesito se la esplicita previsione della sua rilevabilità d'ufficio valga per tutte le nullità previste dal titolo VI o solo in taluni casi, occorre domandarsi se l'esercizio di siffatto potere sia sempre compatibile con l'esigenze di protezione del cliente debole perseguite dal legislatore.

Due considerazioni si impongono. La prima che già per il passato la giurisprudenza ha individuato ipotesi di nullità relative, ma rilevabili d'ufficio, pur nella mancanza di una specifica attribuzione normativa di siffatto potere. Proprio con riferimento all'ipotesi del comma 2 dell'art. 1341 c.c. si è statuito che *“la inosservanza del requisito della specifica approvazione per iscritto delle clausole”* indicate dalla norma può essere fatta valere non solo dal contraente aderente, ma anche *“rilevata d'ufficio soltanto a favore di questi”*, secondo un'interpretazione che *“risponde alla ratio della citata norma, dettata per tutelare la parte aderente nei confronti di quella che ha predisposto il contratto e impedire che venga turbato l'equilibrio tra i contraenti”*²⁵⁹.

(258) Così anche Panzarini, *Sulle nullità del contratto bancario*, in *Contratto e impr.*, 1991, p. 483, anche se a noi non sembra del tutto condivisibile, per le ragioni che specificheremmo nel testo, il corollario che l'A. ne trae, di un potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità dell'art. 127, comma 2, *“quando dall'insieme della domanda formulatagli dal cliente, la dichiarazione di nullità risulti a favore della domanda stessa”* (cit. p. 481).

(259) Così Cass. civ., 5 novembre 2009, n. 23468, in *Rep. Foro. it.*, 2010, voce *Contratto in genere* [1740], n. 377.

La conferma della debolezza dell'argomento sistematico fondato sull'art. 1421 c.c. è data proprio dalle oscillazioni della giurisprudenza in tema di art. 1341, comma 2, c.c. Ciò è massimamente avvalorato dall'ulteriore considerazione che se si confrontano Cass. civ., 27 marzo 1961 n. 692, in *Mass foro it.*, 1961, 347 e Cass. civ., 11 novembre 1974, n. 350, in *Mass foro it.*, 1974, 987, ci si accorge che la clausola vessatoria esaminata dalla prima, precisamente un clausola compromissoria non specificamente sottoscritta, era analoga alla clausola al vaglio della seconda, di deroga alla competenza territoriale.

Orbene con riferimento a clausole vessatorie simili, una sentenza del Supremo

La seconda considerazione si fonda sulla più recente figura di nullità relativa (terminologicamente di protezione) prevista dal già richiamato art. 36 del codice del consumo, che aggiunge all'azionabilità della sanzione solo da parte del consumatore²⁶⁰ la sua rilevabilità *ex officio judicis*. È però evidente che un'interpretazione delle regole di funzionamento delle nullità previste dal TUB, fondata solo sulla (apparente) loro identità con le regole in tema di nullità delle clausole onerose previste dal codice del consumo si rilevarebbe ben presto non appagante. Vi è infatti una significativa differenza tra le due norme. Le nullità previste dall'art. 36 sono tutte nullità parziali, colpiscono cioè solo le clausole abusive.

Non così le nullità del TUB, riferite anche al contratto "*nel caso di mancanza della forma prescritta*" (art. 117, comma 3, 125 bis, comma 2, 126 quinquies, comma 1), o ancora "*per determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi*", quando il loro contenuto sia difforme da quello tipico determinato dalla Banca d'Italia (art. 117, comma 8), oppure carente di determinati elementi essenziali fissati dalla medesima legge (art. 125 bis, comma 8).

C'è allora da chiedersi se anche in tali casi la nullità potrebbe essere rilevata d'ufficio, benché nei fatti, travolgendo l'intero rapporto negoziale potrebbe rivolgersi non a vantaggio del cliente, come invece vuole la legge che limita a tale ipotesi l'operatività della nullità. Si pensi, come già detto prima, alle operazioni bancarie (mutui, apertura di credito, ecc.) che creano delle posizioni a debito per il cliente, e la cui nullità determinerebbe un obbligo di restituzione immediata da parte di

Collegio, quella del 1961, ammette che la sua nullità, anche se relativa, può essere rilevata d'ufficio quando è a vantaggio della parte a favore della quale il legislatore ha comminato la nullità, l'altra, del 1974, invece, afferma il principio di diritto opposto (sia pure per escludere la relatività della sanzione), ossia che la nullità relativa non può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

(260) La dottrina è concorde, infatti, nell'escludere che la dizione utilizzata nell'art. 36 del codice del consumo, secondo cui "*la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore*", possa intendersi nel senso che gli effetti della clausola vessatoria si produrrebbero solo per il professionista e non per il consumatore, ponendo in luce che, la nullità del negozio o di una singola clausola colpisce necessariamente entrambi i soggetti dello stesso. Da tale premessa si trae la conseguenza che la previsione dell'art. 36, comma 3, opera solo sul piano processuale, dando luogo a una limitazione della legittimazione a far valere l'inefficacia a favore del solo consumatore: in tale senso con riferimento alla omologa previsione dell'art. 1469 quinquies c.c., Romagnoli, *Clausole vessatorie e contratti d'impresa*, Cedam, Padova, 1997, p. 151.

quest'ultimo. Di qui il possibile contrasto tra la previsione che le nullità in materia bancaria “operano solo a vantaggio del cliente” e il suo rilievo d'ufficio da parte del giudice, anche in ipotesi in cui gli effetti che ne discenderebbero non sarebbero a suo vantaggio.

È allora evidente che, anche con riferimento alle regole di funzionamento previste dall'art. 127 del TUB, l'interprete non può fermarsi al dato letterale che la nullità, similmente a quella delle clausole abusive di cui all'art. 36 del codice del consumo, possa essere rilevata anche d'ufficio dal giudice, ma debba verificarne la *ratio*, onde individuare lo scopo che il legislatore ha inteso perseguire. E tale interpretazione deve essere condotta avuto riguardo sia al contesto della norma in cui è inserita la regola, l'art. 127, sia all'intero corpo normativo, il Titolo VI, di cui l'articolo fa parte, visto che - come già rilevato - questa ha valenza di regola generale, applicabile a tutte le operazioni del mercato creditizio.

Così venendo al primo livello dell'indagine, non può non valorizzarsi l'indubbio legame intercorrente tra il comma 2 dell'art. 127 e il suo comma 1²⁶¹. Alla operatività sul piano processuale della nullità solo a vantaggio del cliente (così il comma 2), fa riscontro sul piano sostanziale la derogabilità delle norme del Titolo VI “solo in senso più favorevole al cliente”. Il limite, quindi, che emerge da questa prima analisi alla rilevabilità di ufficio della nullità da parte del giudice è che ciò potrà avvenire solo quando si risolve in un sicuro vantaggio del cliente.

Tale vantaggio infatti, costituisce il limite della stessa inderogabilità delle norme in materia di trasparenza. E l'individuazione quindi di tale limite alla rilevabilità di ufficio della nullità, non è sempre operazione ermeneutica agevole per lo stesso giudice chiamato ad esercitare il suo potere officioso, in caso di inerzia del cliente.

Ed, infatti, venendo al secondo livello della nostra indagine, è opinione largamente condivisa in dottrina che, obiettivo preminente della disciplina contenuta nel Titolo VI del TUB, sia la tutela del diritto di informazione del cliente delle condizioni economiche applicate dall'intermediario, ossia la piena conoscibilità delle stesse da parte di quest'ultimo²⁶².

(261) V in tal senso Girolami, *La nullità dell'art. 127 T.U.B.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I, p. 172 ss.

(262) Tale opinione già espressa dalla dottrina con riferimento alla legge n. 154/1992 (tra i tanti v.: Dolmetta, *Per l'equilibrio* cit., p. 377 ss.; Nigro, *La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1993, p. 571 ss.; Porzio, *Sub. art.*

Ed è opinione altrettanto diffusa che rispetto a tale obiettivo sia marginale quello del riequilibrio delle posizioni contrattuali, che invece costituisce l'obiettivo preminente - come poi vedremo - della normativa sulle clausole abusive. Ciò a nostro avviso impone di discriminare le norme dal cui fine è estraneo il riequilibrio delle posizioni negoziali, da quelle che invece perseguono tale scopo. Ove venga in gioco solo la tutela del diritto di informazione, ma non sia previsto dalla medesima legge l'attribuzione di un vantaggio oggettivo al cliente, in conseguenza della nullità che colpisce la violazione di tale diritto, la valutazione se azionare o meno la nullità va rimessa esclusivamente alla scelta discrezionale del cliente, non potendo ad essa sostituirsi quella del giudice, perché squisitamente soggettiva rimane la valutazione della vantaggiosità o meno della sanzione, per gli interessi in concreto perseguiti dal cliente.

Non è così, invece, quando alla sanzione di nullità si accompagna un obiettivo di riequilibrio delle rispettive posizione negoziali, attraverso l'attribuzione di un vantaggio patrimoniale al cliente, che gli è stato negato in sede di stipula del contratto. È il caso delle regole che non si limitano a sanzionare con la nullità le clausole non rispettose del diritto di informazione del cliente, ma introducono anche meccanismi di sostituzione/integrazione della clausola nulla, impedendo ogni valutazione, anche da parte del giudice, sulla loro essenzialità nell'economia del rapporto e quindi una pronuncia di nullità dell'intero contratto ex art. 1419 c.c. Così è per la norma dell'art. 117, comma 7, e 125, comma 7, i quali per le ipotesi di nullità relative alla omessa, o non corretta indicazione dei tassi, prevedono l'applicazione del rendimento "minimo e o massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro ...".

I. cit., p. 1124 ss.) è stata confermata come testo, con riferimento al TUB da: De Poli, *la trasparenza delle operazioni bancarie secondo il testo unico:primi appunti*, in *Riv. Dir. civ.*, 1994, II, p. 523 ss.; Dolmetta, *Dal testo unico in materia bancaria e creditizia alla normativa sulle clausole abusive (direttiva Cee n. 93/13)*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1994, I, p. 444 ss.; La Rocca, *La trasparenza delle operazioni bancarie tra legge n. 154 del 1992 e testo unico*, in *Riv. dir. impresa*, 1994, p. 469 ss.; Pellarini, *L'impatto della direttiva comunitaria nelle clausole abusive dei contratti delle banche e degli altri intermediari finanziari*, in *Risparmio*, 1996, p. 153 ss.; Liguori, *Determinazione dei tassi ultralegali nei contratti bancari ed esigenze di trasparenza nei rapporti tra banche e clienti*, in *Mondo Bancario*, 1997, p. 45 ss.; Minervini E., *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa, tit cred.*, 1997, I, p. 94 ss.

Ma perseguono una finalità di riequilibrio anche quelle ipotesi di nullità parziale relativamente alle quali il legislatore, pur non prevedendo meccanismi integrativi del loro contenuto, applica al rapporto, sempre ai fini di salvaguardia della validità del contratto, una disciplina diversa da quella pattuita e sempre a vantaggio del cliente. È l'ipotesi in cui non possa avvenire l'integrazione del contenuto lacunoso del contratto con gli "altri prezzi e condizione pubblicizzati", perché l'intermediario ha omesso la loro divulgazione, che dà luogo a una trasformazione della causa del rapporto da onerosa a gratuita, non potendo l'intermediario più esigerli dal cliente (art. 117, comma 7, lett. b, ultimo inciso). È altresì il caso della mancata specifica approvazione per iscritto della clausola attributiva all'intermediario del potere di variare unilateralmente il regolamento economico del contratto nei rapporti di durata, che dà luogo alla sua immodificabilità (art. 118, comma 1). Nonché da ultimo lo è l'ipotesi prevista dall'art. 120 *quater*, di nullità del patto che ostacola o renda più oneroso l'esercizio del diritto di surrogazione da parte del consumatore o della microimpresa nei contratti di finanziamento²⁶³.

È solo dunque in questi casi nei quali dalla applicazione della nullità consegue un obiettivo vantaggio sul piano patrimoniale per il cliente, perché è la stessa legge a stabilirlo, che il giudice può sostituirsi al cliente inerte, esercitando il suo potere officioso. Non invece nelle ipotesi di nullità che colpiscono il contratto per mancanza della forma prescritta, o perché inosservante del contenuto tipico determinato dalla Banca d'Italia. In queste ipotesi l'eliminazione del contratto, non può prescindere da una dichiarazione e/o da un comportamento processuale univoco del cliente, il quale invocando la nullità, attivi il meccanismo di protezione previsto dalla legge, reputando tale soluzione più favorevole rispetto alla conservazione del rapporto negoziale. Non soccorrendo, come per le ipotesi nullità parziale, l'attribuzione da parte del legislatore di uno specifico vantaggio patrimoniale al cliente, è solo il cliente che può stabilire quale sia la soluzione per lui più vantaggiosa.

Un esempio aiuterà a chiarire. Si ipotizzi, così, che un soggetto nell'ambito di un rapporto di finanziamento intrattenuto con un intermediario agisca in giudizio per far dichiarare l'inefficacia di

(263) Sulla riconduzione di tale nullità alla disciplina prevista dall'art. 127 TUB, v. Lemma, *Commento all'art. 120 quater*, in *Commentario al testo unico cit.*, Terza edizione, Cedam, Padova, 2012, p. 1795 ss.

una modifica unilaterale delle relative condizioni economiche a lui sfavorevoli, in mancanza della sottoscrizione della clausola attributiva di siffatto potere. Se dagli elementi di fatto della domanda emergesse che è l'intero contratto a non essere stato firmato dal cliente, potrebbe il giudice, sostituendosi al medesimo, rilevare d'ufficio la sua nullità?

Si tratta di un caso limite, in cui chiunque risponderrebbe di no, essendo evidente il pregiudizio che il soggetto riceverebbe dalla declaratoria di nullità che, travolgendo l'intero rapporto, comporterebbe l'obbligo immediato della restituzione di tutti gli importi effettivamente utilizzati.

Ma al di là del caso limite che qui si è ipotizzato, è evidente, il rischio concreto che l'esercizio di siffatto potere officioso diverrebbe sostanzialmente il frutto di un'operazione arbitraria, là dove lo si ammettesse anche quando manchi nella legge l'attribuzione di un trattamento di maggior favore per il cliente in conseguenza dell'applicazione della nullità. Si sostituirebbe infatti alla valutazione del cliente della personale convenienza (alla conservazione del rapporto), che in quanto tale solo il diretto interessato può compiere, quella del giudice.

Con riferimento alle nullità comminate dal TUB si deve quindi coerentemente concludere che la deduzione delle stesse non solo è rimessa alla disponibilità del cliente, alla cui valutazione è affidata la decisione se farla valere o meno, ma il potere di rilevazione d'ufficio del magistrato, nonostante il riferimento della norma a tutte le nullità, vada limitato solo alle nullità delle singole clausole del rapporto, per le quali opera il meccanismo della sostituzione con una disciplina legale, sicuramente più vantaggiosa per il cliente.

5. Il confronto con l'art. 36 del D.Lgs. n. 206 del 2005 (codice del consumo), come argomento per confermare l'esclusione della rilevabilità d'ufficio della nullità per le ipotesi di nullità del contratto e non della singola clausola

Il confronto con la diversa disciplina dell'invalidità contenuta nella disciplina del codice del consumo, relativa alle clausole abusive non sminuisce questa conclusione, anzi la rafforza.

Obiettivo primario di tale normativa - come sopra accennato - è il

riequilibrio delle posizione delle parti nei contratti tra professionista e consumatore. La clausola è vessatoria in quanto determina una situazione di squilibrio a favore del professionista²⁶⁴ e, pertanto, attraverso l'eliminazione della clausola si mira a far venir meno detta situazione.

L'intero impianto legislativo poggia quindi su valutazioni oggettive, basate sull'apprezzamento dei diritti e obblighi delle parti. Il giudice nel valutare il carattere abusivo della clausola deve perciò verificare esclusivamente la sussistenza di uno squilibrio significativo a carico del consumatore e tale suo apprezzamento va condotto alla stregua dei parametri oggettivi indicati nell'art. 34. ("*natura del bene o del servizio oggetto del contratto*", "*circostanze esistenti al momento della sua conclusione*", "*altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato*") e applicando nel "*caso di dubbio sul senso di una clausola... l'interpretazione più favorevole al consumatore*" (art. 35, comma 2).

L'indagine, quindi, è del tutto scevra da valutazioni di tipo soggettivo basate sull'elemento psicologico delle parti ("*malgrado la buona fede*"), sulla loro presunto volontà, così come sul loro comportamento anche processuale²⁶⁵.

Se pertanto, il consumatore, sia se convenuto in giudizio dal professionista, sia se agisca lui stesso per l'adempimento del contratto, non eccepisce o fa valere l'inefficacia della clausola abusiva, il potere del giudice che, nel sostituirsi al consumatore, rilevi d'ufficio la stessa, non dà luogo a quei problemi di una valutazione arbitraria dell'interesse del contraente protetto, che si sono prima evidenziati con riferimento alla disciplina dell'art. 127, nell'ipotesi in cui alla sanzione di nullità non si accompagni l'attribuzione di un trattamento economico migliorativo per il cliente.

(264) È esplicita in tal senso la formula dell'art. 33, comma 1, che ritiene vessatorie le clausole che "*determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e obblighi derivanti dal contratto*".

(265) Sottolinea tale aspetto, sia pure con riferimento alla analoga disciplina, contenuta negli art. 1469 *bis* ss. del c.c. all'epoca in vigore, Guarracino, *Inefficacia e nullità delle clausole vessatorie*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1997, p. 645 ss., il quale rileva che il giudice, nell'esercitare il suo potere di rilevare d'ufficio la nullità della clausola eventualmente vessatoria, non deve aver riguardo alla "*volontà delle parti*" o ai "*loro presunti interessi particolari*", ma deve esclusivamente verificare se l'eliminazione della clausola è suscettibile di porre in equilibrio i contrapposti diritti e obblighi nascenti dal contratto, di modo che "*se l'eliminazione della clausola non riequilibrasse il rapporto, o addirittura l'alterasse ancora più a sfavore del consumatore (e cioè a vantaggio del professionista), allora essa non potrebbe considerarsi vessatoria*".

Ed infatti la rilevabilità d'ufficio della nullità sulla base dell'elemento oggettivo dello squilibrio significativo, siccome risulta dallo stesso regolamento negoziale e prescinde da ogni valutazione di elementi soggettivi (volontà delle parti, ecc.), risponde in pieno ai canoni della certezza del diritto e garantisce una migliore tutela per il consumatore, posto che quella situazione di svantaggio presente nel contratto, potrebbe riflettersi anche sul contegno processuale di quest'ultimo e indurlo a non eccepire, o far valere l'invalidità della clausola abusiva.

Sotto questo profilo non solo appare pienamente giustificata l'espressa previsione legislativa di un potere del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità della clausola abusiva²⁶⁶, ma tale analisi conferma la fondatezza della diversa soluzione adottata con riferimento alle nullità previste dal TUB. La circostanza, infatti, che non sempre ricorra la possibilità per il giudice di ancorare a parametri oggettivi la doverosa valutazione se l'applicazione della sanzione si risolva in un vantaggio patrimoniale per il cliente, comporta che, là dove sia impossibile tale valutazione, come nelle ipotesi in cui sia comminata la nullità non della singola clausola, ma dell'intero contratto, tale potere officioso non sia esercitabile. Non si può obiettare a tale conclusione l'ipotetico rischio di creare un contrasto tra i due diversi regimi della nullità di protezione previsti rispettivamente nell'art. 127 TUB e nell'art. 36 del codice del consumo, laddove una stessa fattispecie risultasse sanzionata sia dall'una, sia dall'altra nullità.

Le nullità previste dal codice del consumo si riferiscono a singole clausole del contratto, senza mai mettere in discussione la validità del contratto, che è esplicitamente ribadita (*"il contratto rimane valido per il resto"*). Ed altrettanto avviene, come si è visto, per le nullità parziali previste dal TUB alle quali soltanto, secondo l'interpretazione proposta, si applica il rilievo officioso da parte del giudice. Pertanto, anche se possono verificarsi sovrapposizioni tra le due discipline, giacché è indubbio che la normativa del codice del consumo si applichi anche alle

(266) In tal senso pare orientato anche Gentili, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 403, ss., il quale afferma che *"la sentenza che accerta la nullità di una clausola, non la farà cadere quanto in essa al consumatore non nuoce ed ha ancora funzionalità"*. In tali sensi anche Pagliarini, *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *Riv. trim. e proc. civ.*, 2011, I, p. 427, il quale rileva che per la giurisprudenza comunitaria, la non vincolatività della clausola *"postula un obbligo di rilevabilità, combinato al quale è però un dovere d'interpello del consumatore quale condizione necessaria di procedibilità alla disapplicazione della clausola"*.

operazioni tra la banca o altro intermediario finanziario e il consumatore, le conseguenze che ne seguono sono le stesse. Sia per la nullità delle clausole abusive, che per quelle difformi dalle prescrizioni del TUB contenute nei contratti conclusi dall'intermediario con il consumatore, il giudice ha il potere di sostituirsi all'inerzia di quest'ultimo e rilevarne d'ufficio la nullità. Potrà così accadere che una stessa clausola sia nulla per la disciplina del codice del consumo e per quella del TUB, ma identico sarà il modo di operare della sanzione²⁶⁷.

Il vero problema, quindi, non è quello di dirimere eventuali contrasti tra i due regimi normativi della nullità, che sono inesistenti, ma di stabilire quando si verifica tale simultanea applicazione, coordinando tra loro i due gruppi di norme. Ora si può con una certa tranquillità affermare che la disciplina del codice del consumo e le nullità ivi previste, concernenti i soli contratti stipulati dal professionista con i consumatori, si applicheranno esclusivamente a quelli conclusi con quest'ultimi dalle banche e dagli altri intermediari finanziari, che sono senz'altro "professionisti" ai sensi del codice del consumo. La disciplina del TUB invece si applicherà a tutte le operazioni richiamate nello stesso e quindi anche ai contratti nei quali il contraente dell'intermediario non rivesta la qualità di consumatore.

Figurativamente la situazione non è quella di due cerchi concentrici, ma di cerchi che si intersecano tra loro, sovrapponendosi solo in parte; nell'area comune ai due cerchi si troveranno i contratti conclusi dal professionista finanziario con il consumatore, ai quali si applicheranno perciò sia le nullità del TUB, sia quelle ulteriori previste dalla normativa sulle clausole abusive²⁶⁸.

(267) E il caso della clausola di rinvio agli usi per la determinazione del prezzo del contratto o della clausola che applichi un prezzo difforme da quello pubblicizzato dall'intermediario, la quale oltre che nella previsione dell'art. 117, commi 6 e 7, del TUB potrebbe rientrare in quella della lett. l), dell'art. 33 del codice del consumo.

(268) La sovrapposizione solo parziale tra le due discipline è diretta conseguenza del più ristretto campo di applicazione soggettiva della normativa sulle clausole abusive, rispetto a quella della trasparenza, dovuto alla già rilevata non perfetta coincidenza delle due nozioni di "consumatore" e "cliente". Mentre, infatti, l'intermediario è sempre "professionista", non sempre il suo cliente è anche "consumatore". L'esclusione, infatti, dalla categoria dei soggetti che agiscono per fini che rientrano nel quadro della propria attività imprenditoriale, o professionale, sancisce l'inapplicabilità della disciplina sulle clausole abusive a tutta una serie di operazioni concluse dagli intermediari con soggetti, quali professionisti e imprese, che costituiscono invece una parte certamente non trascurabile del mercato creditizio.

6. Una soluzione alternativa

Il problema che le nullità che colpiscono il contratto non sempre sono a vantaggio del cliente, come nel caso delle operazioni che generano a carico di quest'ultimo delle posizioni a debito, non è sconosciuto dal legislatore del TUB. Il comma 9 dell'art. 125 *bis*, in tema di credito al consumo, prevede, infatti, che in caso di nullità del contratto *“il consumatore non può essere tenuto a restituire più delle somme utilizzate e ha facoltà di pagare quanto dovuto a rate, con la stessa periodicità prevista nel contratto o, in mancanza, in trentasei rate mensili.”* L'obbligo restitutorio che genera la rilevazione della nullità in tale ipotesi, trova quindi un temperamento nella conservazione del beneficio del termine da parte del consumatore e dalla limitazione del *quantum* all'importo che egli ha effettivamente utilizzato.

Il rapporto tra la disciplina delle operazioni e servizi bancari e finanziari, prevista nel capo I del titolo VI e quella del credito al consumo del capo II esclude un'applicazione diretta della richiamata previsione alle operazioni di finanziamento che non siano di credito al consumo.

Si ricorda, infatti, che per la norma contenuta nel comma 3 dell'art. 115 sono le disposizioni del capo I, che possono, peraltro solo quando espressamente richiamate, applicarsi a quelle del capo II, non viceversa.

Se però va esclusa un'applicazione diretta della regola di cui al comma 9 dell'art. 125 *bis* alle operazioni di finanziamento, non è peregrino ammettere la possibilità di una sua applicazione estensiva, o analogica. Ricorre infatti la similitudine tra le due fattispecie: quella normativamente regolata, la nullità del contratto di credito al consumo, e quella non disciplinata, la nullità dell'operazione di finanziamento. Entrambe, infatti, generano posizioni a debito per il cliente dell'intermediario a cui vantaggio dovrebbe operare la nullità. Ricorre inoltre l'*eadem ratio*, ossia evitare che l'applicazione della sanzione si ritorca ai suoi danni. Se così stano le cose, si potrebbe ritenere, in virtù della proposta interpretazione analogica, che anche nell'ipotesi di nullità del contratto di finanziamento il cliente conserverebbe il beneficio del termine e non dovrebbe restituire più di quanto ricevuto, o utilizzato. In tal modo non solo la sanzione opererebbe sempre a vantaggio del cliente, come vuole la regola generale dell'art. 127, comma 2, ma sarebbe consentita anche il rilievo officioso della nullità da parte del giudice.

7. L'individuazione di altri eventuali soggetti legittimati all'azione, estranei al rapporto cliente-intermediario

Deve a questo punto esaminarsi se, accanto alla legittimazione all'azione riconosciuta dal comma 2 dell'art. 127 al cliente, possa in determinate situazioni configurarsi una legittimazione a favore di un soggetto estraneo al rapporto intermediario/cliente. La situazione va esaminata con riferimento a tre possibili figure di terzo: quella del creditore del cliente dell'intermediario, quella del suo fideiussore, quella del curatore dell'imprenditore, cliente dell'intermediario, eventualmente dichiarato fallito.

Orbene, con riferimento alla prima figura a noi sembra di poter dire che la legittimazione relativa per la declaratoria di nullità di cui al TUB non consente che un creditore del cliente, per assicurare *lato sensu* la soddisfazione e la conservazione "sostanziale" delle sue ragioni creditorie, possa esercitare l'azione surrogatoria di cui all'art. 2900 c.c., convenendo la banca e il cliente suo debitore. Tale conclusione trova supporto sul piano normativo, nella parte finale del comma 1 dell'art. 2900 c.c., che espressamente esclude che possano essere esercitati dal terzo creditore quei diritti e quelle azioni che per disposizione di legge, sono esercitabili solo dal loro titolare. Ed è per espressa previsione di legge, che sono esercitabili solo dal cliente della banca le azioni volte a far valere le nullità previste dal Titolo VI²⁶⁹.

Il discorso è un po' più complesso con riferimento a quel particolare terzo nel rapporto intermediario-cliente, che è il fideiussore di quest'ultimo. *Prima facie* sembrerebbe che il problema non avrebbe motivo di esistere, o essere limitato ad ipotesi assolutamente marginali, dal momento che i moduli di fideiussione solitamente predisposti dalle banche e dagli altri intermediari contengono la clausola di pagamento "a prima richiesta". Con la richiamata pattuizione il garante si obbliga ad eseguire la prestazione dedotta in garanzia a seguito alla semplice dichiarazione del creditore beneficiario circa il verificarsi dell'inadempimento o dell'inesatto inadempimento dell'obbligazione

(269) Così anche Panzarini *Sulle nullità* cit., p. 481, il quale ritiene che il creditore di fronte a un atto relativamente nullo tra cliente e intermediario che sia in pregiudizio delle sue ragioni ha il solo rimedio della revocatoria, sempre che ricorrano tutte le condizioni previste dall'art. 2901 c.c. per l'esercizio dell'azione.

principale, rinunciando alla possibilità di proporre eccezioni attinenti all'efficacia o a tutte le altre vicende del rapporto di base. Il problema della validità della clausola è stata dibattuto e risolto affermativamente in giurisprudenza sotto il profilo della possibilità per l'autonomia privata delle parti di derogare alla regola dell'accessorietà del negozio fideiussorio, svincolandolo dalle vicende del rapporto di base²⁷⁰, con la conseguente preclusione per il garante di sollevare eccezioni inerenti al rapporto garantito, salva l'*exceptio doli*²⁷¹. L'autonomia del negozio di garanzia, si tradurrebbe perciò nell'insensibilità ad un'eventuale invalidità del negozio garantito.

Va però segnalato che, secondo altre pronunzie della Cassazione, la previsione del pagamento "a prima richiesta" non giustificherebbe la deroga al canone dell'accessorietà tipico della fideiussione, ma avrebbe piuttosto la stessa valenza processuale della clausola "*solve et repete*", cosicché la possibilità del fideiussore di opporre al creditore l'eccezioni inerenti al rapporto principale, ivi compresa una sua eventuale invalidità, sarebbe solo condizionata all'avvenuto adempimento della garanzia, ma non esclusa²⁷². Se si aderisse a tale diversa impostazione giurisprudenziale, la clausola di pagamento "a prima richiesta" potrebbe farsi rientrare, a giusta ragione, tra le clausole vessatorie di

(270) Il riconoscimento dell'ammissibilità del contratto autonomo garanzia diverso dalla fideiussione, per mancanza del carattere di accessorietà proprio di quest'ultima, è piuttosto risalente. Le prime pronunzie di Cass. civ., 7 settembre 1968, n. 2899, in *Mass. foro it.*, 1968, 771 e Cass. civ. 9 giugno 1975, n. 2297 in *Mass. foro it.*, 1975, 544 configurano il contratto autonomo di garanzia come negozio intermedio tra deposito cauzionale e fideiussione la prima decisione, tra assicurazione e fideiussione, la seconda. A tali pronunzie sono seguite numerose altre che hanno affermato la validità del contratto di garanzia, tra le quali a titolo di esempio ricordiamo: Cass. civ., 1 ottobre 1987, n. 7341, in *Foro it.*, 1987, I, 103, con *Note* di Viale, *Sfogliando la margherita: Garantievertrag e fideiussione "omnibus" in Cassazione*, e Tucci, *Tutela del credito e validità della fideiussione omnibus*; successivamente Cass. civ., 25 febbraio 1994, n. 1933, in *Foro it.*, 1994, I, 1757 e Cass. civ., 11 febbraio 1998, n. 1420 in *Contratti*, 1998, 606, con *Nota* di Cimatti.

(271) Tale sarebbe l'ipotesi in cui il creditore agisca nei confronti del fideiussore nonostante l'adempimento del credito da parte del debitore garantito: V. tra le tante Cass. civ., 3 febbraio 1999, n. 920, in *Mass. foro it.*, 1999, 142.

(272) Tra le tante v. Cass. civ., 6 ottobre 2005, n. 19484, in *Mass. foro it.*, 2005, 1434. Particolarmente significativa, ai nostri fini è Cass. civ., 29 marzo 1996, n. 2909, in *Foro it.*, 1996, I, 1621, per la quale "*in presenza della c.d. clausola di solve et repete il garante può far valere*" anche "*le eccezioni inerenti ... alla nullità del contratto da cui deriva l'obbligazione principale*".

cui all'art. 33, comma 2, lett. t)²⁷³.

Per l'ipotesi in cui il fideiussore abbia adempiuto alla garanzia, ovvero, essendo egli un consumatore²⁷⁴, invochi la nullità della clausola, diventa tutt'altro che irrilevante stabilire se il medesimo, giovandosi della legittimazione a lui riconosciuta dall'art. 1945 c.c., possa eccepire una delle speciali nullità di cui al TUB, verificatasi con riferimento all'obbligazione garantita. Il problema riflette quello più ampio se il fideiussore abbia un diritto proprio a far valere l'eccezioni che spettano al garantito, indipendente dal comportamento che nel caso concreto possa tenere quest'ultimo²⁷⁵, di modo che, se anche il debitore rinunziasse a un'eccezione o fosse decaduto dalla stessa, egli conserverebbe intatta la possibilità di farla valere. La giurisprudenza sembra decisamente orientata in senso negativo, dal momento che con riferimento al potere di impugnare un estratto conto ha ripetutamente affermato che l'approvazione anche tacita del medesimo da parte del correntista, o la sua mancata impugnazione producono “*effetti vincolanti anche per il fideiussore*”, al quale sarebbe preclusa ogni possibilità di sollevare contestazioni in ordine alla definitività dell'estratto medesimo²⁷⁶.

Orbene, a noi sembra che tale atteggiamento giurisprudenziale possa rifluire, in sede di applicazione della speciale disciplina delle nullità del TUB, in un'esclusione della loro deducibilità da parte del fideiussore del cliente dell'intermediario, almeno nelle ipotesi in cui dalla sanzione di nullità non consegua un vantaggio patrimoniale per il medesimo cliente. Giustificherebbe tale soluzione il particolare congegno di funzionamento della nullità, ossia la sua operatività solo a vantaggio del cliente.

(273) È pacifico, infatti, che mentre le clausole che limitano le eccezioni sostanziali del cliente non sono vessatorie, perché tali clausole non riguardano in realtà la facoltà di proporre eccezioni, bensì limitano il diritto sostanziale della parte, sono vessatorie quelle che, come la clausola *solve et repete*, limitano la posizione processuale di quest'ultima. In dottrina per tutti Bianca, *Diritto* cit., p. 356; in giurisprudenza Cass. civ., 5 ottobre 1976, n. 3272, in *Giust. civ.*, 1977, I, 117.

(274) Ciò, quando la fideiussione sia stata prestata da persona fisica per ragioni estranee all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta.

(275) Afferma Fragali, *Fideiussione (dir. priv.)*, in *Enc.dir.*, vol. XVII, Giuffrè, Milano, 1968, p. 346 che il fideiussore avrebbe un diritto proprio a far valere quelle eccezioni, e pertanto non può essere “*pregiudicato dal comportamento che possa aver tenuto il debitore*”.

(276) Così, tra le tante, Cass. civ., 14 maggio 1998, n. 4865, in *Arch. civ.*, 1998, 909 e Cass. civ., 7 ottobre 1990, n. 7958, in *Mass. foro it.*, 1990, 939.

È evidente, infatti, che, ove si ammettesse la possibilità del fideiussore di dedurre una delle nullità del TUB verificatasi con riferimento all'obbligazione garantita, tale deduzione avverrebbe - come è ovvio - esclusivamente per conseguire un risultato a lui favorevole nell'obbligazione di garanzia, che potrebbe essere non coincidente con quello che si produrrebbe nell'obbligazione garantita, il quale, anzi, potrebbe essere finanche svantaggioso per il cliente. Si pensi così ad esempio all'ipotesi in cui il fideiussore, per conseguire la liberazione dal vincolo a mente dell'art. 1939 c.c., invochi la nullità del negozio debitorio garantito, col conseguente obbligo del cliente di restituire alla banca tutte le somme ricevute in prestito.

Il problema invece di uno scrutinio dell'interesse perseguito dal fideiussore, per verificarne la compatibilità con quello del cliente della banca, suo garantito, non si pone per le nullità che colpiscono le singole clausole del contratto bancario, alle quali, come si è visto sopra, consegue sempre un risultato utile anche per il cliente, sotto forma di applicazione di un miglior trattamento economico. Il limite del conseguimento di una situazione di favore per il cliente che incontra la rilevanza di ufficio della nullità da parte del giudice, si impone, perciò, anche al fideiussore e fa sì che quest'ultimo possa far valere solo le invalidità delle singole clausole del contratto tra il suo garantito e la banca, ma non invece la nullità dell'intero contratto²⁷⁷.

Non paiono invece che incontri particolari ostacoli nel congegno di funzionamento delle nullità previsto dall'art. 127, comma 2, la deducibilità delle medesime a norma dell'art. 43 legge fall. da parte del curatore dell'imprenditore, cliente dell'intermediario, eventualmente dichiarato fallito.

Il curatore infatti ha l'amministrazione del patrimonio del fallito (art. 31, legge fall.) e i diritti patrimoniali che spettavano al quest'ultimo vengono esercitati dal curatore nell'interesse dei creditori concorsuali, ma sempre per perseguire un risultato vantaggioso per il (patrimonio del) fallito. Non paiono quindi sussistere né i motivi di incompatibilità con la *ratio* della disciplina, che si presentano per le nullità del contratto nell'ipotesi del fideiussore, né la preclusione normativa relativa all'azione surrogatoria di un qualsiasi creditore del cliente.

(277) Sulla problematica v. anche Bozzi, *La fideiussione*, in *Trattato di diritto privato* cit., vol. XIII, Quinta edizione, Utet, Torino, 2007, p. 239.

Pertanto, come è indiscutibile che il curatore possa intervenire, a mente dell'art. 43, legge fall. nelle azioni di nullità già intraprese dal fallito, allo stesso modo è altrettanto sicuro che egli potrà iniziare, in forza della richiamata norma, nuovi giudizi che il fallito abbia tralasciato di cominciare, ma sempre a vantaggio (del patrimonio) di quest'ultimo²⁷⁸.

8. Le possibili forme di recupero del negozio o della clausola nulla: le ragioni dell'indagine

L'inquadramento delle invalidità comminate dal TUB nella categoria della nullità sembrerebbe, almeno in apparenza, rendere superfluo ogni indagine volta a verificare se sia possibile riconnettere un qualche effetto al contratto o alla singola clausola colpita dalla sanzione. Ed infatti, come già in precedenza rilevato, uno dei tratti distintivi della nullità dall'annullabilità viene individuato proprio nella circostanza che la prima, a differenza della seconda, non è sanabile. L'unico rimedio a un atto nullo sarebbe la reiterazione dell'atto stesso, che però è ben diversa dalla sanatoria. Se nullo il negozio, il soggetto lo rinnova eliminando il vizio, l'atto valido e produttivo di effetti sarà il secondo, non il primo²⁷⁹.

L'esclusione di ogni possibilità di recupero dell'atto nullo, tuttavia, non rifletterebbe il concreto atteggiarsi della nullità sia sul piano normativo, che su quello giurisprudenziale. Sul piano normativo, perché vi sono casi - tipici quelli del testamento o della donazione inficiati da nullità - in cui il legislatore ha espressamente previsto la sanabilità del negozio nullo. A chi proponesse di leggere in questi casi la previsione della nullità come comminatoria di un semplice annullamento, sarebbe agevole replicare che se il legislatore ha scelto la nullità e non la semplice annullabilità, ciò vuol dire che egli vede solo nella declaratoria della prima, la cui

(278) L'art. 119 comma 4, del TUB prevede espressamente che il "*clientee colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni*", perciò anche il curatore, abbiano diritto ad ottenere, a proprie spese, "*copia della documentazione inerente alle singole operazioni poste in essere*". Alla stregua di quanto precisato nel testo non sembra pertanto che vi siano ostacoli per giungere alla stessa conclusione con riferimento alla disciplina delle nullità prevista dall'art. 127, comma 2, del TUB.

(279) V. in tali sensi: Cass. civ., 16 aprile 1994, n. 3633, in *Impresa*, 1994, 1847; Cass. civ., 9 agosto 1990, n. 8106, in *Not. giur. lav.*, 1990, 191; Cass. civ., 19 novembre 1983, n. 6896, in *Mass foro it.*, 1983, 1392.

deduzione non è soggetta a limiti temporali, la reazione adeguata alla fattispecie negativamente valutata.

Anche sul piano giurisprudenziale il negozio nullo in taluni casi è stato trattato come se fosse annullabile, condizionando lo stesso rilevamento della nullità ad un *onus petendi* della parte. Rifacendosi ai principi processuali della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, la giurisprudenza, infatti, ritiene che la rilevabilità d'ufficio della nullità è consentita solo quando quest'ultima si ponga come ragione di rigetto della pretesa attorea, per essere l'atto l'elemento costitutivo della domanda. Qualora sia invece la parte a chiedere la dichiarazione di invalidità di un atto ad essa pregiudizievole ovvero la sua risoluzione, la pronuncia del giudice deve essere circoscritta alle ragioni di illiceità dell'atto, o al motivo di inadempimento denunciato dall'interessato. Non può perciò fondarsi nella prima ipotesi su una causa di nullità diversa da quella posta a fondamento della domanda, nella seconda ipotesi su una qualsiasi causa della stessa, configurandosi in entrambi i casi la nullità come elemento costitutivo della domanda dell'attore, la quale si pone come limite assoluto alla pronuncia giurisdizionale²⁸⁰. È evidente che la preclusione alla deduzione dell'invalidità derivante dal formarsi del giudicato, il quale copre il dedotto e il deducibile²⁸¹, fa dunque sì che il negozio, benché nullo, produrrà i suoi effetti nella sfera patrimoniale dei soggetti²⁸².

(280) Così Cass. civ., 23 settembre 2000, n. 12644, in *Mass. foro.it.* 2000, 1136.

(281) Così in un giudizio avente ad oggetto la pretesa di pagamento dell'intermediario, il "deducibile" è costituito dalle questioni di invalidità della fonte negoziale, per cui la loro mancata proposizione da parte del cliente preclude che in un successivo giudizio vengano sollevata le medesime questione o ecepita l'invalidità del negozio: arg. da App. Catania, 31 gennaio 1997, in *Foro pad.*, 1998, I, 422.

(282) Va però segnalato che proprio con riferimento alle ipotesi di nullità di protezione previste dal TUB, la rigida applicazione del principio della domanda sembrerebbe essere stata superata dalla giurisprudenza - così Cass. civ., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *dvd foro. it.*, ed.1, 2015 - la quale ha affermato che il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità contrattuale "deve rilevare di ufficio l'esistenza di una causa di quest'ultima diversa da quella allegata dall'istante, essendo quella domanda pertinente ad un diritto autodeterminato, sicché è individuata indipendentemente dallo specifico vizio dedotto in giudizio". Va però, anche segnalato una certa contraddittorietà di tale statuizione, con la successiva, la quale, richiamando il principio della domanda, afferma che "il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto deve rilevarne di ufficio la sua nullità solo parziale, e, qualora le parti, all'esito di tale indicazione officiosa, omettano un'espressa

In presenza di queste zone di grigio nelle quali non sempre alla nullità del negozio consegue l'improduttività dei suoi effetti, la presente indagine sarà rivolta a individuare tutti quelle le possibili ipotesi in cui nei rapporti intermediario/cliente possa essere recuperata l'efficacia del contratto o della clausola colpiti da una delle invalidità comminate dal TUB, ancorché quest'ultime non siano suscettibili di sanatoria.

Peraltro, proprio dal particolare meccanismo di funzionamento delle nullità previsto dall'art. 127, comma 2, potrebbe scaturire la possibilità di forme di salvataggio dell'atto, diverse da quelle elaborate dalla dottrina con riferimento alla nullità assoluta²⁸³. La comparazione con quest'ultime costituirà pertanto un percorso obbligato della nostra indagine. Essa, infatti, non dovrà limitarsi a prendere in considerazione i soli casi di recupero dell'atto viziato da nullità assoluta ammessi dalla dottrina, ma anche quelli esclusi, che con riferimento alle invalidità comminate dal TUB potrebbero essere consentiti proprio dalla deducibilità di quest'ultime solo da parte del cliente²⁸⁴. A un ulteriore livello di indagine, infine, occorrerà distinguere tra le singole ipotesi di invalidità previste dal TUB, giacché non tutte producono le stesse conseguenze sulla sorte del regolamento negoziale, sicché proprio il diverso concreto modo di

istanza di accertamento in tal senso, deve rigettare l'originaria pretesa non potendo inammissibilmente sovrapporsi alla loro valutazione ed alle loro determinazioni espresse nel processo". E ci sembra che ritorni in un certo qual modo al principio della domanda, anche la successiva pronuncia di pari data sempre delle Sezioni Unite, rubricata col n. 26243, la quale afferma che "la domanda di accertamento della nullità di un negozio proposta, per la prima volta, in appello è inammissibile ex art. 345, 1 comma, cpc, salva la possibilità per il giudice del gravame - obbligato comunque a rilevare di ufficio ogni possibile causa di nullità, ferma la sua necessaria indicazione alle parti ai sensi dell'art. 101, 2° comma, cpc - di convertirla ed esaminarla come eccezione di nullità legittimamente formulata dall'appellante, giusta il 2° comma del citato art. 345".

La domanda di accertamento della nullità di un negozio proposta, per la prima volta, in appello è dunque inammissibile ex art. 345, 1° comma, c.p.c., salva la possibilità per il giudice del gravame di convertirla ed esaminarla come eccezione di nullità legittimamente formulata dall'appellante, giusta il comma 2 del citato art. 345.

(283) Per la sanabilità delle nullità di protezione, v. Perlingieri G., *La convalida della nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Seconda edizione, E.S.I., Napoli, 2011.

(284) In questo senso Mantovani, *La nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto* diretto da ROPPO, IV, *Rimedi*, a cura di Gentili, Giuffrè, Milano, 2006, p.86 ss.

operare delle nullità, potrebbe incidere sulla ammissibilità o meno di talune forme di recupero dell'atto.

9. L'inerzia del cliente

La prima ipotesi di recupero della clausola o del contratto nullo che viene in considerazione è quella della inerzia del cliente nell'esercizio dell'azione volta ad ottenere tale accertamento²⁸⁵.

È bene però precisare che, anche quando l'azione non venisse esercitata dal cliente, non per questo sorgono quegli effetti che si sarebbero prodotti, ove il negozio o la clausola fossero stati validi.

Il suo atteggiamento passivo, infatti, solo in apparenza avrebbe un effetto recuperatorio, in quanto per l'imprescrittibilità dell'azione egli potrebbe in qualunque momento far valere la nullità dell'intero contratto o di una sua clausola, così come, in sua sostituzione, uno degli altri soggetti legittimati all'azione²⁸⁶, eliminando così la fattispecie solo apparentemente recuperata.

Né, d'altra parte, la mera inerzia del cliente sembrerebbe da sola sufficiente a rivestire i connotati qualificanti di una rinuncia implicita all'azione, come tale opponibile anche ai suddetti terzi, salva - naturalmente - l'esperibilità da parte di costoro della revocatoria²⁸⁷, ove ne ricorressero gli estremi.

Poiché la controparte dell'intermediario, per la ricordata imprescrittibilità dell'azione, mantiene intatta la possibilità di

(285) Al riguardo si veda Pagliantini, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità, quid iuris?*, in *Foro it.*, I, 2015, p. 928 ss. Con riferimento alle nullità del TUB, v. Malvagna, *Le sezioni unite e la nullità di protezione ex art. 127 TUB*, in *Riv. dir. banc.*, 2005, p. 2 ss.

(286) V. *supra*.

(287) Non dell'*actio surrogatoria*, perché quest'ultima postula l'inerzia del debitore, cioè un comportamento omissivo, o quanto meno insufficientemente attivo, al quale non può parificarsi un comportamento positivo, pregiudizievole per le ragioni del creditore, ancorché estrinsecantesi in una rinuncia implicita a far valere una o più nullità del TUB. Tale rinuncia, infatti, configurandosi comunque come un atto di amministrazione dei propri diritti patrimoniali da parte del debitore, non consente interferenze da parte dell'eventuale suo creditore, salvo a costituire oggetto di revocatoria ai sensi dell'art. 2901 c.c. Argomenta da Cass. civ., 28 maggio 1988, n. 3665, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 104.

promuoverla, la sua prolungata inattività difficilmente potrebbe essere di per sé significativa di una pretesa volontà di rinunziarvi.

L'atteggiamento passivo del legittimato, infatti, ben potrebbe spiegarsi anche col suo presunto interesse a non turbare lo svolgimento del rapporto o di altri connessi con l'intermediario e ad attendere invece il loro esaurimento, prima di esercitare l'azione, la quale inoltre gli consentirebbe di conseguire, a meno che tale diritto non si fosse prescritto²⁸⁸, anche la restituzione delle somme indebitamente versate sulla base delle clausole nulle (art. 2033 c.c.).

Esclusa, quindi, o quanto meno essendo difficilmente ipotizzabile per effetto del solo comportamento inerte del cliente una rinunzia, occorre invece esaminare la diversa ipotesi in cui quest'ultima trovi fondamento in un atto espresso.

10. La rinunzia all'azione

Con riferimento all'invalidità assoluta si dubita che dalla rinunzia alla relativa azione sortisca il recupero degli effetti dell'atto viziato. Si ritiene, infatti, che a tal fine occorrerebbe la rinunzia di tutti i legittimati all'azione, la quale tuttavia non sarebbe consentita dal carattere assoluto della nullità, coincidendo l'insieme dei legittimati con l'universo dei soggetti giuridici. Ma persino con riferimento alla nullità assoluta tale conclusione non è del tutto esatta. Se la deduzione della nullità è in astratto aperta a tutti, l'accesso concreto all'esercizio dell'azione, ovvero alla proposizione dell'eccezione è filtrato attraverso l'interesse, rispettivamente dell'attore e del convenuto, alla pronunzia (art. 100 cpc).

Questo interesse spetterà solo a pochi, molto spesso ad una persona

(288) Si richiama il noto arresto giurisprudenziale di Cass. civ., sez. un., 2 dicembre 2010, n. 24418, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, II, p. 328, con *Nota* di D'Ippolito, per il quale "qualora, dopo la cessazione di un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, il correntista agisca per far dichiarare la nullità della clausola che prevede la corresponsione di interessi anatocistici e per la ripetizione di quanto pagato indebitamente a questo titolo, il termine di prescrizione decennale, cui tale azione di ripetizione è soggetta, decorre, ove i versamenti eseguiti dal correntista in pendenza del rapporto abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto in cui sono stati registrati gli interessi non dovuti".

sola, per cui la dichiarazione di quest'ultima di rinunciare all'azione o all'eccezione varrà a recuperare gli effetti dell'atto. Siffatta possibilità non è esclusa dalla rilevabilità d'ufficio della nullità. Il criterio dell'interesse si impone anche al giudice, nel senso di impedire la rilevazione d'ufficio della nullità quando questa non risponde all'interesse di nessuna delle parti contendenti.

Proprio argomentando da ciò la giurisprudenza ha affermato che *“se è vero che il negozio giuridico nullo non è convalidabile, è però anche vero che la parte interessata può rinunciare all'azione di nullità, così come può rinunciare al giudicato di nullità, dovendosi considerare queste rinunzie come atti di disposizione della situazione sostanziale legittimante l'azione di nullità: esse rinunzie comportano indirettamente l'impossibilità di divenire titolari dei diritti, che eventualmente deriverebbero dalla suddetta situazione sostanziale...”*²⁸⁹.

Tradotto in termini concreti il ragionamento della giurisprudenza significa che se Tizio assume nei confronti di Caio un'obbligazione di pagamento non vincolante, perché l'atto dal quale trae origine è nullo, egli, là dove rinunziasse all'azione tesa a far dichiarare l'invalidità della fonte negoziale, non potrà più sottrarsi all'adempimento di quella obbligazione, avendo - per dirla con la giurisprudenza - abdicato alla

(289) Cass. civ., 8 settembre 1977, n. 3925, in *Foro it.*, 1978, I, 1284. Il caso riguardava una transazione intervenuta tra i due coniugi: la moglie, che aveva impugnato le alienazioni simulate di beni immobili intervenute tra il marito e i suoi fratelli, pendente la causa di separazione legale, ne aveva ottenuto la dichiarazione di nullità, in primo e secondo grado. Aveva poi rinunciato agli effetti delle sentenze, riconoscendo in una transazione la validità degli atti di trasferimento. Il marito e i suoi fratelli rinnovavano, in seguito con atto pubblico di convalida, le compravendite immobiliari. Morto il marito, la vedova chiedeva, in qualità di erede, la quota degli immobili alienati, che sosteneva fare ancora parte dell'asse ereditario, data la nullità dei precedenti atti di trasferimento. Il Tribunale e la Corte di Appello rigettavano la domanda, ritenendo vincolanti per la vedova, anche come erede del marito, la rinuncia ai giudicati che avevano dichiarato la nullità degli atti, e ritenendo perciò operante il riconoscimento della validità dei medesimi. A conclusioni analoghe perviene la Cassazione, argomentando: che la parte può disporre in ordine all'effetto sostanziale del giudicato, anche se questo concerne la nullità di negozio; che l'atto di disposizione in esame consiste in una rinuncia ad avvalersi delle situazioni di diritto sostanziale e processuale derivate dalla nullità; che lo stesso, pur non essendo volto a sanare il negozio nullo, costituisce un atto abdicativo del potere di impugnarlo, il quale, benché non abbia una diretta incidenza sulla sua sorte, comunque comporta l'impossibilità di rimuoverne gli effetti.

situazione sostanziale (la nullità) dalla quale quella conseguenza (la non vincolatività dell'obbligo di pagamento) sarebbe derivata. Se poi Tizio è l'unico soggetto interessato a far valere la nullità, la sua rinuncia produrrà effetti del tutto equivalenti alla sanatoria, non potendo più gli effetti dell'atto essere rimossi dalla sua sfera patrimoniale.

Pertanto, se anche nell'ipotesi di invalidità assoluta dalla rinuncia all'azione può sortire il recupero degli effetti dell'atto viziato, là dove la stessa provenga dall'unica o dalle più persone in concreto legittimate, nei casi di invalidità relativa previsti dal TUB tale effetto *lato sensu* sanante si determinerà automaticamente in ogni caso di rinuncia del cliente all'azione. Tale rinuncia inoltre precluderà anche il rilievo officioso della nullità da parte del giudice, perché costituisce un atto abdicativo dell'unico soggetto titolare del potere di impugnare il contratto o la sua singola clausola. Essendo, infatti, il cliente il solo legittimato a far valere la nullità, è evidente che la sua rinuncia varrà a impedirne la declaratoria giudiziale, e quindi che la stessa acquisisca rilevanza nello svolgimento del regolamento negoziale.

Con riguardo alle invalidità comminate dal TUB, il vero problema quindi non è di stabilire quando la rinuncia abbia effetti recuperatori dell'atto viziato, costituendo ciò una sua conseguenza automatica, quanto invece di accertare se, e a partire da quale momento, sia consentito al cliente abdicare alla posizione processuale di vantaggio riconosciutagli dal legislatore.

Un primo dubbio nasce, infatti, dallo stesso modo di operare di talune invalidità comminate nel TUB. Quando la nullità non riguarda l'intero negozio, ma solo una sua clausola, alla sua declaratoria consegue, come si è visto sopra, non soltanto l'eliminazione della stessa, ma la sua sostituzione con la disciplina legale, più vantaggiosa per il cliente.

Orbene, il suddetto meccanismo di integrazione legale si riflette anche sull'individuazione dell'oggetto della rinuncia. Infatti, con riferimento alle predette ipotesi di nullità parziale, a noi sembra di poter dire che la controparte dell'intermediario, rinunciando all'azione d'invalidità, rinunci anche a far valere il diritto a che la disciplina economica del rapporto sia mutata in termini per lui più favorevoli, attraverso l'integrazione *ex lege* del contratto. Poiché in materia di rinuncia l'effetto estintivo che consegue al negozio abdicativo deve riguardare un diritto

già acquisito²⁹⁰, il dubbio è che, sorgendo il diritto alla sostituzione delle clausole nulle solo dalla pronunzia che ne affermi l'invalidità, il cliente non potrebbe rinunziarvi preventivamente.

Orbene, anche se è giusta l'osservazione che rinunziando a dedurre la nullità della clausola, il cliente rinunzierebbe anche al suo diritto di conseguire l'applicazione di condizioni economiche più vantaggiose, comunque non v'è motivo per escludere, anche in tale particolare caso, la rinunziabilità dell'azione da parte di quest'ultimo.

È decisivo il rilievo, già precedentemente esposto, che la relativizzazione della nullità a favore del cliente incide solo sul piano della legittimazione, nel senso che l'azione è proponibile solo da quest'ultimo, ma non su quello dell'operatività *ipso jure* della sanzione.

In modo simmetricamente identico ha luogo la sostituzione della disciplina pattizia con quella legale in ipotesi di nullità parziale, in quanto l'art. 117 espressamente ricollega tale effetto al semplice determinarsi della patologia negoziale, senza che sia richiesta un'indagine sull'interesse delle parti alla conservazione dell'intero contratto alle mutate condizioni.

Avendo, quindi, la pronunzia natura meramente dichiarativa sia dell'invalidità della clausola negoziale, sia della sua sostituzione con la disciplina legale, consegue che la clausola, affetta da una delle nullità di cui al TUB, è originariamente invalida e sempre originariamente viene a essere sostituita dalla clausola legale, indipendentemente dal promovimento dell'azione da parte del cliente e/o della pronunzia favorevole del giudice. Pertanto anche se si accoglie - come a noi sembra giusto - la premessa che nelle ipotesi di invalidità parziale, per il particolare meccanismo di integrazione legale previsto dal TUB, il cliente rinunziando all'azione, rinunzierebbe anche al diritto alla sostituzione della disciplina economica del rapporto, va puntualizzato che quest'ultimo comunque non è *in itinere*, ma è già acquisito al suo patrimonio. Non vi è quindi alcuno ostacolo giuridico a che egli

(290) Trattasi di un principio generale affermato in relazione a fattispecie diverse da: Cass. civ., 10 luglio 1998, n. 6766, in *Mass. foro.it.*, 1998, 771, con riferimento all'atto col quale il prestatore di lavoro subordinato alle dipendenze di un comune, abbia esonerato quest'ultimo da responsabilità riguardo al pagamento delle retribuzioni maturande; Cass. civ. 29 aprile 1991, n. 4709, in *Arch. loc.*, 1991, 505, con riferimento alla rinunzia del conduttore al primo rinnovo del contratto, prima della stipula del medesimo; Cass. civ., 18 ottobre 1988, n. 5666, in *Giust. civ.*, 1989, I, 32, con riferimento alla rinunzia di uno degli eredi alla delazione testamentaria, a favore di quella legittima.

rinunzi a tale diritto prima di promuovere l'azione di nullità, ovvero prima della pronunzia del giudice. Dopo quest'ultima egli ovviamente potrà rinunciare al giudicato che gli sia favorevole. Tale rinunzia, come già rilevato, si imporrà allo stesso magistrato, che dovrà affermare l'improponibilità della domanda per difetto della *legitimatō ad causam* o *ad processum*, se prima della sua proposizione vi è stata una rinunzia del cliente all'azione²⁹¹, ovvero a un giudicato formatosi sulla nullità; la cessazione della materia del contendere²⁹², se la rinunzia è successiva alla proposizione della domanda.

Attraverso, quindi, il particolare meccanismo di deducibilità della sanzione, la rinunzia, pur non valendo a sanare la nullità del negozio o della clausola, avrà però sul piano pratico²⁹³ effetti sostanzialmente coincidenti con quest'ultima, in quanto impedirà che il vizio acquisisca rilevanza sul piano processuale.

11. La rinunzia contestuale alla stipula del contratto. La nullità della rinunzia inserita come clausola nei contratti conclusi coi consumatori. Inapplicabilità della sanzione ai contratti conclusi coi professionisti

Accertato quindi che con riferimento a ognuna delle invalidità comminate dal TUB il cliente può, prima di promuovere la relativa azione, rinunciare a farle valere, si pone il problema se tale atto di disposizione possa avvenire nel momento stesso in cui sorge il relativo diritto, vale a

(291) V. Trib. Milano, 29 settembre 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 1 e Tar Lazio, 22 settembre 1988, n. 1088, in *Trib. amm. reg.*, I, 3011.

(292) Cfr. Cass. civ., 21 gennaio 1994, n.576, in *Mass. foro it.*, 1994, 42.

(293) Ad analoghe conclusioni giungeva Scialoja, *Nullità ed inefficacia. Saggi di vario diritto*, vol. I, Roma, 1927, p. 29 ss., con riferimento all'inefficacia dei cambiamenti dell'atto costitutivo di società per inosservanza degli oneri pubblicitari comminata dall'art. 100 dell'allora cod. comm. del 1882 e in particolare di una dichiarazione di recesso non pubblicata. Egli, infatti, riconosceva una sanatoria di tipo processuale della detta inefficacia, conseguente al comportamento dei soci che, pur conoscendo la stessa, dessero esecuzione al recesso. Secondo l'illustre A. "la esecuzione del recesso può togliere a chi esegue, il diritto di eccepire l'inefficacia anche senza considerarla sanatoria ...", poiché è vero che non vale a sanare l'atto, ma "deve ... considerarsi come rinunzia al diritto, poiché chi esegue, conscio del suo diritto, manifesta in modo certo e indubbio la volontà di non far valere l'inefficacia".

dire contestualmente alla stipula del contratto viziato. Siffatta possibilità potrebbe all'evidenza dar luogo a possibili abusi dell'intermediario ai danni del cliente, vanificando completamente la protezione accordata a quest'ultimo dalla disciplina legale. Non sarebbe infatti certamente difficile per l'intermediario, che voglia garantirsi da ogni possibilità di impugnazione del negozio o di suo singole clausole (si determini o meno un vizio), acquisire alla stessa stipula del contratto la rinuncia ad impugnarlo da parte del cliente, al quale manifestasse la sua indisponibilità a concludere l'operazione, senza tale atto abdicativo. La predetta rinuncia pattizia, impedendo che le violazioni della disciplina legale acquisiscano rilevanza sul piano processuale, di fatto comporterebbe la sua disapplicazione al rapporto negoziale. Ed è quasi impossibile che il cliente in sede di stipula riesca anche solo immaginare le conseguenze di tipo patrimoniale che tale disapplicazione comporta. Se ad esempio il cliente rinuncia già in sede di conclusione dell'operazione al suo diritto di far valere la nullità della variazione svantaggiosa non comunicatagli, egli non potrà mai sapere il sacrificio economico a cui potrebbe andare incontro, ove l'intermediario applicasse nello svolgimento del rapporto tassi o altre condizioni più onerose di quelle pattuite, omettendo ogni forma di informazione.

Orbene, là dove la controparte dell'intermediario sia un consumatore, non sembra potersi dubitare della natura vessatoria e quindi della nullità di siffatta rinuncia preventiva, ai sensi della regola generale di cui al comma 1 dell'art. 33 del codice del consumo²⁹⁴, nonché della ipotesi particolare, “*sancire a carico del consumatore limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni*” prevista dalla lett. t) del comma 2²⁹⁵.

Effetto della rinuncia sarebbe, infatti, per un verso quello di rendere irrilevante sul piano processuale la violazione da parte dell'intermediario di tutte quelle norme con le quali il legislatore ha inteso eliminare l'asimmetria informativa presente nei contratti bancari e finanziari,

(294) È indiscutibile infatti che tale rinuncia introdurrebbe un significativo squilibrio a danno del consumatore dei diritti e obblighi derivanti dal contratto.

(295) L'interpretazione estensiva della regola anche alla rinuncia all'azione è senz'altro consentita, ricorrendo tra le due ipotesi (limitazione della facoltà di opporre eccezioni/limitazioni del potere di azione) *l'eadem ratio* di tutelare il consumatore in una situazione per lui particolarmente sfavorevole: arg. da Cass. civ., 3 novembre 1987, n. 8062, in *Orient. giur. lav.*, 1988, 79.

considerata possibile fonte di abusi a danno del cliente; per altro verso impedirebbe a quest'ultimo di reclamare nei confronti dell'intermediario la situazione sostanziale a suo favore derivante dalla violazione dell'obbligo di informazione, quale ad esempio, nell'ipotesi di nullità della variazione sfavorevole non comunicata, l'applicazione delle condizioni economiche pattuite e la restituzione di tutte le maggiori somme pagate all'indebito titolo.

Non è perciò negabile che la rinuncia del consumatore ad avvalersi di una delle nullità del TUB, formalizzata in una clausola del regolamento negoziale, da un lato sarebbe fonte di squilibrio tra le parti, lasciando inalterata quella situazione di disparità sul piano informativo giudicata sfavorevolmente dal legislatore, dall'altro limiterebbe fortemente i diritti del consumatore nei confronti dell'intermediario²⁹⁶.

Né precluderebbe l'inefficacia di siffatta clausola la circostanza, meramente formale, che la stessa venisse cristallizzata in un atto separato dal regolamento negoziale²⁹⁷. Il problema in questo caso sarebbe solo di ordine probatorio, spettando al cliente dimostrare, anche solo fornendo la prova della contestualità delle due sottoscrizioni (in calce all'operazione bancaria e alla rinuncia)²⁹⁸, che l'atto abdicativo si inserisca nell'unico regolamento negoziale, di cui costituirebbe una clausola.

(296) È significativo rilevare come il Tribunale di Roma (Sentenza 21 gennaio 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2045) adito da un'associazione di consumatori (il Movimento Federativo Democratico) ai sensi dell'allora in vigore art. 1469 *sexies* c.c., abbia inibito alle banche nei rapporti coi consumatori, l'uso, tra le altre, della clausola con la quale si stabiliva che “*il cliente, col valersi dei servizi della banca, accetta senz'altro le norme e le condizioni da essa stabilite*”, a motivo della sua natura vessatoria. Orbene, a noi sembra di poter dire che se è vessatoria la clausola con la quale il cliente preventivamente accetta tutte le condizioni applicate dalla banca a un'operazione, a prescindere (“*senz'altro*”) dalla legittimità o meno delle stesse (così interpretiamo, benché formulata ambiguamente, il significato della clausola), a maggior ragione è vessatoria la clausola con la quale il cliente rinunzi ad avvalersi dei rimedi attribuitigli dalle legge, per espungere, attraverso la declaratoria di nullità, dal regolamento negoziale la pattuizione illegittima.

(297) Infatti, ben possono le parti nella loro autonomia, consacrare la loro volontà negoziale in un solo documento, o in più atti separati, purché inscindibilmente collegati tra loro: arg. da Cass. civ., 23 febbraio 1999, n. 1541, in *Arch. giur oo.pp.*, 1999, 301, con riferimento alla clausola compromissoria contenuta in un documento separato rispetto al contratto.

(298) Qui è appena il caso di ricordare che tra le parti la data di stipulazione della scrittura privata può essere provata con ogni mezzo: v., tra le tante, Trib. Milano, 14 giugno 1993, in *Società e diritto*, 1994, 369.

Abbiamo però già visto che cliente dell'intermediario non è necessariamente il consumatore, ma può essere anche il "professionista", al quale è sì impedito di invocare la tutela apprestatagli dalla normativa sulle clausole abusive, ma non quella del TUB.

Anche al professionista pertanto potrebbe essere rivolto "l'invito" dell'intermediario di rinunciare, con clausola inserita nel contratto o in un atto separato, a far valere una o più delle nullità comminate dal TUB, con conseguenze analoghe a quelle che produrrebbe la rinuncia del consumatore.

Esclusa l'applicazione degli art. 33 e seg. del codice del consumo, occorre verificare se alla declaratoria di invalidità della clausola contenente siffatta rinuncia, possa giungersi per altra via.

Non necessita di particolari argomenti l'affermazione che la relativa clausola, dovrà essere specificamente approvata per iscritto ai sensi dell'art. 1341, comma 2, c.c. Se da un lato, infatti, è pacifico che l'applicazione di tale norma - a differenza della disciplina sulle clausole abusive - non è legata a una particolare qualità soggettiva di colui che aderisce alle condizioni generali predisposte dal proponente²⁹⁹, dall'altro è altrettanto indiscusso che la conclusione delle operazioni bancarie e finanziarie avviene su moduli e formulari dell'intermediario. Certa perciò l'applicazione, ex art. 1342 c.c., del comma 2 dell'art. 1341, la clausola che prevede la rinuncia del cliente a far valere la nullità può essere facilmente ricondotta tra quelle che sanciscono limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni. Tale rinuncia non fa altro che restringere ulteriormente il potere di impugnazione da parte del cliente del negozio viziato, precludendogli di far valere l'invalidità non solo come mezzo per resistere alla pretesa di pagamento dell'intermediario, ma anche in via autonoma³⁰⁰.

È però palese che una tale soluzione lascerebbe del tutto insoddisfatto l'interprete, per le stesse ragioni per le quali si è ritenuto del tutto inadeguato il sistema di tutela dell'aderente predisposto dagli art. 1341 e 1342 c.c., al punto di spingere il legislatore ad intervenire con la disciplina,

(299) Partendo da questa premessa la giurisprudenza è giunta ad affermare che il requisito della specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie è necessario anche quando l'aderente è il contraente più forte, essendo le clausole predisposte da quello debole: così Cass. civ., 22 maggio 1986, n. 3407, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1264.

(300) Vedi le note 291 e 292 e la giurisprudenza ivi richiamata.

di ben altro contenuto precettivo, di cui al codice del consumo.

Per garantirsi la validità ed efficacia della clausola che preveda la rinuncia del cliente a far valere le invalidità comminate dal TUB, sarebbe, infatti, estremamente facile per l'intermediario far apporre la sottoscrizione anche in calce alla predetta clausola, o anche, come insegna la giurisprudenza, al mero richiamo della stessa espresso solo in forma numerica. Di qui la necessità di un sforzo da parte dell'interprete teso a individuare un più efficace rimedio ai tentativi di abuso dell'intermediario, cui darebbe senz'altro luogo la possibilità di acquisire già all'atto della conclusione del contratto la rinuncia del cliente/professionista a impugnarlo davanti all'Autorità giudiziaria.

12. Un'ipotesi di soluzione

Una soluzione, potrebbe essere rinvenuta all'interno dello stesso corpo normativo del TUB. La norma alla quale far riferimento è il comma 1 dell'art. 127, il quale prevede la derogabilità solo in senso più favorevole al cliente delle disposizioni in materia di trasparenza dei contratti bancari e finanziari. La portata generale della norma consente senz'altro di riferire il principio di derogabilità *in melius* e inderogabilità *in peius* anche alle norme che sanzionano con la nullità le violazioni delle regole di comportamento a carico dell'intermediario. Dalla regola potrebbe perciò trarsi spunto per sostenere che la clausola negoziale contenente la rinuncia preventiva del cliente a far valere una o più delle invalidità comminate dalla legge, derogherebbe in termini per lui sfavorevoli a tale disciplina. La clausola in oggetto, infatti, impedirebbe il determinarsi di quelle conseguenze sulla sorte del negozio o di una sua clausola, che per legge devono essere a vantaggio del cliente, alle quali da luogo il comportamento dell'intermediario difforme dalle regole a lui imposte.

Pertanto, anche la clausola di rinuncia del cliente al potere di impugnare il contratto o una sua singola clausola, perché difforme dal contenuto imposto dalla legge, sarebbe nulla.

Un ausilio a tale soluzione può rinvenirsi nell'evoluzione prima sul piano legislativo, poi su quello dell'applicazione giurisprudenziale, in altri settori delle contrattazioni, anche non di massa, che sono

caratterizzati dalla presenza, come per le operazioni finanziarie, di una situazione di squilibrio delle parti, tale da indurre il legislatore a intervenire con un'apposita normativa, volta a tutelare il contraente reputato debole. È considerazione, infatti, ovvia che l'introduzione di regole che proteggono una sola dei soggetti del rapporto negoziale, reca con sé l'esigenza di assicurarne la loro concreta applicazione a fronte dei prevedibili tentativi da parte di chi, contraente cd. forte, è mal disposto ad accettare la riduzione del suo maggior potere contrattuale e quindi approfitta di tale posizione di forza per imporre alla controparte in sede di stipula o nello svolgimento del rapporto, se di durata, la rinuncia ad avvalersi della situazione di favore accordatagli dalla legge.

Così l'art. 2113 c.c., sanziona espressamente con l'invalidità *“le rinunzie ... che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e o dei contratti collettivi”*. Identica regola stabilisce l'art. 23 della legge 11 febbraio 1971, n.11 con riferimento ai diritti dell'affittuario di un fondo rustico, così come è sostanzialmente analoga quella dell'art. 79 della legge n. 392 del 1978 per le locazione di immobili urbani. Infine l'art. 1956, comma 2, c.c., afferma l'invalidità della preventiva rinuncia del fideiussore ad invocare la propria liberazione per crediti concessi, nonostante le sopravvenute difficoltà economiche del debitore.

L'applicazione giurisprudenziale delle richiamate norme ne chiarisce la loro portata. Così l'impugnabilità prevista dall'art. 2113 c.c. della rinuncia del lavoratore, tanto se contestuale al contratto, tanto se intervenuta in costanza del rapporto, è stata spiegata dalla giurisprudenza col richiamo al principio generale dell'invalidità dell'atto abdicativo che abbia per oggetto diritti non liberamente disponibili delle parti, dal momento che quelli del lavoratore dipendente, sebbene abbiano natura patrimoniale, hanno la loro fonte in disposizioni inderogabili della legge, ovvero della contrattazione collettiva.

Da tale premessa è stato tratto argomento per escludere l'applicazione della regola quando non vengano in gioco diritti indisponibili. Così con riferimento al rapporto di agenzia, pur essendo in astratto pacifico la assoggettabilità dei diritti scaturenti dal medesimo alla disciplina rigorosa dell'art. 2113 c.c., si è esclusa l'invalidità della rinuncia dell'agente avente ad oggetto la misura delle provvigioni a lui spettanti, in quanto, non essendo prescritti dei minimi inderogabili nella disciplina

legale o in quella collettiva, la loro determinazione è rimessa alla libera disponibilità delle parti.

Se quindi il *discrimen* tra la validità o meno della rinuncia è costituito dall'aver oggetto diritti che trovano la loro fonte in disposizione di legge derogabili nel primo caso, non nel secondo, allora la soluzione proposta con riferimento alla clausola del contratto bancario contenente la rinuncia del cliente ad azionare le nullità previste dal TUB risulta rispettosa di tale criterio.

Vero, infatti, che le regole di comportamento sanzionate dalla predetta nullità sono parzialmente derogabili, ma altrettanto vero è che la deroga è consentita solo quando si traduce nella attribuzione al cliente di una posizione negoziale migliorativa rispetto a quella garantitagli dalla legge. Il diritto del cliente a vedersi riconosciuto dall'intermediario un trattamento negoziale non peggiore di quello previsto dalla legge è perciò indisponibile anche da parte del cliente, perché le norme di legge che lo prevedono non sono derogabili in tale senso. Le nullità previste dal TUB mirano a cautelare proprio tale diritto, consentendo al cliente di conseguire quel trattamento negoziale previsto dalla legge come limite alla libertà contrattuale dell'intermediario, che gli è stato negato da quest'ultimo in sede di conclusione dell'operazione. Ne segue che la rinuncia del cliente, già al momento in cui si instaura il rapporto, a far valere una delle nullità previste dal TUB per l'inosservanza da parte dell'intermediario di una regola di condotta a lui imposta, sarebbe anch'essa nulla, perché concretizzerebbe un'abdicazione da parte del cliente al suo diritto di vedersi applicate le condizioni più favorevoli previste dalla legge, che nemmeno da lui è disponibile.

13. La ricognizione di debito

Proseguendo oltre nell'indagine, pur senza la pretesa di essere esaustivi sulle possibili forme di salvataggio della nullità³⁰¹, vi è da chiedersi se effetti di tal genere possano riconnettersi a un atto del cliente ricognitivo di un debito verso l'intermediario, scaturente da un

(301) Per le quali facciamo rinvio all'approfondito studio di Negri, *Il recupero dell'atto nullo mediante esecuzione. Il sistema francese e il sistema italiano*, Jovene, Napoli, 1981, p. 13 ss.

negozio o una singola clausola. Sia però che nella dichiarazione il cliente abbia menzionato il rapporto causale, sia che lo abbia taciuto, va detto subito che se quest'ultimo è afflitto da nullità, la ricognizione rimane improduttiva di effetti sostanziali, non dando luogo alla nascita di alcuna novazione dell'obbligazione di pagamento a carico del dichiarante. È principio consolidato, infatti, che l'art. 1988 c.c. non deroga ai principi generali di nullità e inefficacia delle attribuzioni patrimoniali prive di causa³⁰², per cui la ricognizione giammai ha effetti sostanziali sananti dell'eventuale nullità del rapporto sottostante.

Peraltro la mancata produzione di effetti idonei a recuperare sul piano sostanziale la nullità, non esclude che anche in tal caso si determinano le conseguenze processuali che il legislatore ricollega al negozio ricognitivo, vale a dire l'esonero per il destinatario della ricognizione - nel nostro caso l'intermediario - dal provare l'esistenza del rapporto fondamentale³⁰³, e quando non richiamato nella dichiarazione, anche dall'onere di indicarlo³⁰⁴.

Occorre, pertanto, chiedersi se e in quali termini l'astrazione processuale cui dà luogo il negozio ricognitivo sia suscettibile di incidere sulla deducibilità da parte del cliente di una delle nullità del TUB dalle quali sia eventualmente colpito il rapporto causale.

Ipotizziamo, così, che il cliente rilasci un atto ricognitivo di un proprio debito all'intermediario. Quest'ultimo, giovandosi dell'astrazione processuale insita nel negozio non dovrà provare l'ammontare del suo credito, mediante l'esibizione delle sue scritture contabili (gli estratti conto) e, se non menzionata nella ricognizione, neppure sarà tenuto ad indicare la causa dello stesso.

Di fronte a ciò, le possibilità del cliente di contestare l'ammontare del credito dedotto dall'intermediario dipendono dal tipo di ricognizione effettuata. Se, infatti la dichiarazione è titolata, perché indica l'operazione o le operazioni dal quale è scaturito il debito, gli importi dovuti per sorta capitale e quelli per eventuali interessi, il cliente potrà limitarsi a provare che i rapporti nominati sono nulli, tutti o solo alcuni, conseguendo per tal via la liberazione completa o parziale dalla ricognizione.

(302) Tra le tante, v. Cass. civ., 17 marzo 1993, n.3173, in *Giur. it.*, 1994, 1,1,1398 e Cass. civ., 12 febbraio 1986, n. 855, in *Mass. foro it.*, 1996, 152.

(303) Così Cass. civ., 9 settembre 1991, n. 9480, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 719.

(304) Cfr. Cass. civ., 11 marzo 1976, n. 846, in *Mass. foro it.*, 1976, 183.

Così, se dimostrerà che il tasso applicato all'operazione menzionata nella ricognizione era superiore a quello pattuito, perché più volte modificato dall'intermediario senza rispettare le regole dell'art. 118, non sarà tenuto al pagamento dell'importo riconosciuto per gli interessi. In tal caso, quindi, l'effetto processuale del negozio ricognitivo, vale a dire la presunzione di esistenza del rapporto sottostante, non pregiudicherà la possibilità da parte del suo autore di far valere la nullità di quest'ultimo.

Se, invece, la ricognizione indica solo l'ammontare del debito, ma non la ragione causale, per il cliente non sarà più sufficiente dedurre la nullità del rapporto fondamentale per sottrarsi all'adempimento. Di fronte, infatti, al prevedibile ermetico silenzio dell'intermediario sulle sue diverse ragioni creditorie, sarà il cliente a dover prima indicare le operazioni negoziali che hanno determinato il debito e poi dimostrare che sono viziate da nullità. Non ottemperando a siffatto onere preliminare, l'azione (o l'eccezione) di nullità sarebbe improponibile per il difetto dell'interesse a farla valere³⁰⁵, in quanto la stessa non priverebbe in assoluto di giustificazione causale la ricognizione.

È ovvio che la prova di cui si è detto non sarà sempre agevole, specie quando il cliente intrattenga con l'intermediario una pluralità di rapporti, e quindi la deduzione della nullità di uno di essi, non escluderebbe la sussistenza di altra valida causa dell'attribuzione patrimoniale.

In tal caso, quindi, gli effetti processuali della ricognizione si rifletteranno negativamente sulla stessa deducibilità della nullità e anzi possono giungere fino al punto di escluderla. L'assolvimento da parte del cliente dell'onere probatorio in merito all'individuazione del rapporto sottostante, infatti, incontrerà il limite del giudicato sugli effetti costrittivi della sua ricognizione, per cui il formarsi di quest'ultimo precluderà allo stesso l'ulteriore proponibilità della nullità relativa al rapporto sottostante, ancorché insanabile e imprescrittibile, e lo vincolerà, quindi, definitivamente al pagamento del debito³⁰⁶.

(305) Così Cass. civ., 29 aprile 1998, n. 4364, in *Mass. foro it.*, 1998, 455.

(306) È principio consolidato che l'insanabilità che viene ricollegata normalmente alle nullità (anche assolute) è da intendersi quale insanabilità nel corso del procedimento, in quanto l'intervenire del giudicato, impedendone il rilievo fuori di quel processo sana anche queste invalidità: così tra le tante Cass. civ., 30 maggio 1995, n. 6050, in *Mass. foro it.*, 1995, 714.

BIBLIOGRAFIA

Agresti, *Sub art. 117*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di P. Ferro - Luzzi e G. Castaldi, vol. III, Giuffrè, Milano, 1996.

Alpa, *L'informazione del risparmiatore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, 483.

Alpa, *La trasparenza delle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore*, in *Vita not.*, 2004, 663.

Angelici, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da P. Rescigno, vol. XII, Utet, Torino, 1985.

Antonucci, *Diritto delle Banche*, Quinta edizione, Giuffrè, Milano, 2012.

Antonucci, *Commento all'art. 125*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, Terza edizione, Cedam, Padova, 2012.

Annunziata, *La disciplina del mercato mobiliare*, Settima edizione, Giappichelli, Torino, 2014.

Arcangeli, *La natura commerciale delle operazioni di banca*, in *Scritti di Diritto Commerciale ed Agrario*, vol. II, Padova, 1936.

Belli - Brozzetti, *La seconda direttiva di coordinamento e le altre direttive in materia bancaria emanate nel 1989*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1990, 107.

Betti, *Teoria Generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, vol. XXV, Utet, Torino, 1960.

Bianca, *Diritto Civile*, vol. III, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2015.

Blandini, *Il codice del consumo e i servizi finanziari: riflessioni sulla posizione del consumatore*, in *Riv. dir. privato*, 2007, 19.

Borgioli, *La nullità della società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1977.

Bozzi, *La fideiussione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. XIII, Quinta edizione, Utet, Torino, 2007.

Cariota Ferrara, *L'annullabilità assoluta*, in *Foro it.*, vol. I.XIV, fasc. 3, 1939, 5.

Cariota Ferrara, *L'annullabilità assoluta*, in *Foro it.*, 1964, II, 334.

Carriero, *Operazioni e servizi bancari: la nuova disciplina di trasparenza*, in *Impresa*, 2005, 80.

Carrière - Bascelli, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: le nuove regole della banca d'Italia (commento al documento di consultazione banca d'Italia 18 marzo 2009)*, in *Contratti*, 2009, 611.

Carresi, *Il contratto*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu, Messineo e continuato da Mengoni, tomo 2, Giuffrè, Milano, 1987.

Cavalli, *Contratti Bancari su modulo e problemi di tutela del contraente debole*, Utet, Torino, 1976.

Cavalli, *Le clausole vessatorie nei contratti bancari*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di G. B. Portale, tomo 1, Giuffrè, Milano 1978.

Clarizia, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e obblighi di informazione*, in *Riv. it. leasing.*, 1992, 213.

Colucci, *Sulla nozione di “interesse legittimo e attuale” di cui all’art. 117 c.c. (nota a Cass. 6 febbraio 1986, n. 720)*, in *Foro it.*, 1987, I, 904.

Contamine - Raynaud e Rives - Lange, *Droit bancaire*, Dalloz, Paris, 1988.

Costi, *L’ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 1986.

Costi, *Mercato finanziario e attività bancaria*, in *Diritto del mercato finanziario alla fine degli anni 80*, a cura di Costi, Giuffrè, Milano, 1990.

Costi, *L’ordinamento bancario*, Quinta Edizione, Il Mulino, Bologna, 2012.

Costi, *Il mercato Mobiliare*, Nona edizione, Giappichelli, Torino, 2014.

Costi - Enriques, *Il mercato mobiliare*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. VIII, Cedam, Padova, 2004.

Criscuolo, *Gli intermediari finanziari non bancari - Attività, regole e controlli*, Cacucci, Bari, 2003.

D’Alessandro, *L’attività di sollecitazione al pubblico risparmio*, in *Sistema finanziario e controlli: dall’impresa al mercato*, in *Quaderni giur. comm.*, fasc. n. 85, 1986, 100.

D’Alessandro, *Intermediazione finanziaria non bancaria*, in *Diritto del mercato finanziario alla fine degli anni 80*, a cura di Costi, Giuffrè, Milano, 1990.

D’Ambrosio, *Commento all’art. 127*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, Seconda edizione, Cedam, Padova, 2001.

De Angelis, *Commento all’art. 117*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, Terza edizione, Cedam, Padova, 2012.

De Nova, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, 485.

De Nova, *Due annotazioni in tema di trasparenza bancaria*, in *Riv. dir. privato*, 2014, 7.

De Poli, *la trasparenza delle operazioni bancarie secondo il testo unico: primi appunti*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, 523.

Di Donna, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nella direttiva sul credito al consumo*, in *Giur. it.*, 2010, 223.

Dolmetta, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: Chiose critiche alla Legge n. 154/92*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, I, 375.

Dolmetta, *Dal testo unico in materia bancaria e creditizia alla normativa sulle clausole abusive (direttiva Cee n. 93/13)*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1994, I, 444.

Dolmetta, *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 1998, I, 29.

Dolmetta, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Zanichelli, Bologna, 2013.

Donisi, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, E.S.I., Napoli, 1986.

Farina, *Principio di continuità dei contratti e jus variandi nei contratti bancari e finanziari*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 180.

Farina, *Brevi riflessioni sulla nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Contratto e impr.*, 2004, 842.

Ferrara Junior, *Le banche e le operazioni di banca (1939-1940)*, in *Scritti minori*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1977.

Ferri G. B., *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 16.

Ferro - Luzzi, *Lezioni di diritto bancario. I Parte generale*, Terza edizione, Giappichelli, Torino, 2012.

Finocchiaro, *L'art. 125 c.c. e i limiti all'azione di nullità del p.m. (nota a Trib. Roma 8 febbraio 1980)*, in *Giust. civ.*, 1981, I, 418.

Floridia, *Condizioni bancarie uniformi e tutela del risparmiatore*, in *La concorrenza bancaria*, a cura di L. C. Ubertazzi, Giuffrè, Milano, 1985.

Fragali, *Fideiussione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Giuffrè, Milano, 1968.

Gabrielli, *Controllo pubblico e norme bancarie uniformi*, in *I Controlli Bancari*, Giuffrè, Milano, 1978.

Gaggero, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Cedam, Padova, 1999.

Gentili, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 403.

Girolami, *La nullità relativa di protezione da eccezione a tertium genus nel sistema delle invalidità negoziale*, in *Le forme della nullità*, a cura di Pagliarini, Giappichelli, Torino, 2009.

Girolami, *La nullità dell'art 127 T.U.B.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I, 172.

Godano, *Aspetti generali della "seconda direttiva banche"*, in *Foro it.*, 1990, IV, 436.

Guarracino, *Inefficacia e nullità delle clausole vessatorie*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1997, 645.

La Rocca, *La trasparenza delle operazioni bancarie tra legge n. 154 del 1992 e testo unico*, in *Riv. dir. impresa*, 1994, 469.

Lemma, *Commento all'art. 120 quater*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, Terza edizione, Cedam, Padova, 2012.

Liguori, *Determinazione dei tassi ultralegali nei contratti bancari ed esigenze di trasparenza nei rapporti tra banche e clienti*, in *Mondo Bancario*, 1997, 45.

Lupoi, *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie e di investimento (note alla Nuove Istruzioni di Banca d'Italia sulla trasparenza)*, in *Contratto e impresa*, 2009, 1244.

Maimeri, *Prime riflessioni sulla proposta di direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Banca, impresa e soc.*, 1985, 437.

Maisano, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie. La difficile transizione dal diritto della banca al diritto finanziario*, Giuffrè, Milano, 1993.

Majello, *Sub art. 115*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (Commento al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385)*, a cura di F. Belli, G. Contento, A. Patroni Griffi, M. Porzio, V. Santoro, vol. II, Zanichelli, Bologna, 2003.

Majello, *Sub art. 116*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (Commento al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385)*, a cura di F. Belli, G. Contento, A. Patroni Griffi, M. Porzio, V. Santoro, vol. II, Zanichelli, Bologna, 2003.

Majello, *Sub art. 117*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (Commento al d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385)*, a cura di F. Belli, G. Contento, A. Patroni Griffi, M. Porzio, V. Santoro, vol. II, Zanichelli, Bologna, 2003.

Malvagna, *Le Sezioni Unite e la nullità di protezione ex art. 127 TUB*, in *Riv. dir. banc.*, 2005, 2.

Mantovani, *La nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da ROPPO, IV, *Rimedi*, a cura di Gentili, Giuffrè, Milano, 2006.

Martorano, *Il credito al consumo*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1989, II, 175.

Martorano, *Trasparenza e parità di trattamento nelle operazioni bancarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, I, 697.

Maugeri, in *Commento all'art. 125 bis*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia creditizia*, a cura di Costa, tomo II, Giappichelli, Torino, 2013.

Messineo, *Il contratto in genere*, Giuffrè, Milano, 1973.

Minervini E., *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 94.

Minervini G., *Sim e riorganizzazione del mercato mobiliare, alcuni appunti su una legge difficile*, in *Corriere giur.*, 1991, 129.

Minervini G., *Il controllo del mercato finanziario. L'alluvione di leggi*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 5.

Minto, *Il nuovo documento denominato «informazioni europee di base» nell'ambito del rinnovato regime informativo nei contratti di credito ai consumatori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, 98.

Mirabelli, *Dei contratti in generale sub artt. 1341-1342*, in *Comm. Utet*, libro IV, tomo 2, Utet, Torino, ristampa, 1984.

Mirone, *La nuova disciplina dello ius variandi nei contratti bancari e finanziari*, in *Vita not.*, 2011, 651.

Mirone, *Commento all'art. 117*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia creditizia*, a cura di Costa, tomo 2, Giappichelli, Torino, 2013.

Morera, *Sul concetto di «chiarezza» nei rapporti bancari*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 2012, I, 431.

Morera, *Sub art. 118*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina, V. Santoro, Giuffrè, Milano, 2010.

Negri, *Il recupero dell'atto nullo mediante esecuzione. Il sistema francese e il sistema italiano*, Jovene, Napoli, 1981.

Nigro, *La trasparenza nelle operazioni bancarie*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1989, 228.

Nigro, *Operazioni bancarie e parità di trattamento*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1987, 3.

Nigro, *La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1993, 571.

Nigro, *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie e contenuto delle condizioni contrattuali: note esegetiche*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1998, I, 511.

Nivarra, *La banca fra obblighi a contrarre e regole di trasparenza*, in *Contr. e impr.*, 1988, 145.

Pagliantini, *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *Riv. trim. e proc. civ.*, 2011, I, 427.

Pagliantini, *L'incerta disciplina del nuovo ius variandi bancario: tracce per una lettura sistematica*, in *Nuove leggi civ.*, 2012, 119.

Pagliantini, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: quid iuris?*, in *Foro it.*, I, 2015, 928.

Panzarini, *Sulle nullità del contratto bancario*, in *Contratto e impr.*, 1991, 477.

Patroni Griffi, *Note in tema di “cartello bancario” e disciplina dei tassi bancari*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di G. B. Portale, tomo 1, Giuffrè, Milano 1978.

Pavone La Rosa, *Gli usi bancari*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di G.B. Portale, tomo 1, Giuffrè, Milano 1978.

Pellarini, *L'impatto delle direttive comunitarie sulle clausole abusive dei contratti delle banche e degli altri intermediari finanziari*, in *Risparmio*, 1996, 641.

Perlingieri G., *La convalida della nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Seconda edizione, E.S.I., Napoli, 2011.

Pescatore, *Nullità o inefficacia delle alienazioni di cose di interesse artistico avvenute senza denuncia all'autorità amministrativa*, in *Foro it.*, I, 1948, 32.

Pisani Massamormile, *Norme bancarie uniformi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1984, I, 191.

Porzio, *Il controllo amministrativo sulle condizioni dei contratti bancari*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, I, 141.

Porzio, *La legge bancaria: un tentativo di intervento globale sul mercato del credito*, in *La Legge Bancaria. Note e documenti sulla sua “storia segreta”*, Il Mulino, Bologna, 1981.

Porzio, *L'accordo interbancario sulla trasparenza*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, appendice di aggiornamento, Utet, Torino, 1992.

Porzio, *Note introduttive. Legge 17 febbraio 1992, n. 154. Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1993, 1124.

Porzio, *Sub art. 1. Legge 17 febbraio 1992, n. 154. Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1993, 1128.

Porzio, *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. XII, *Obbligazioni e contratti*, Utet, Torino, 1994.

Porzio, *La disciplina generale dei contratti bancari*, in *I contratti delle banche*, a cura di C. Angelici, F. Belli, G. Greco, M. Porzio, M. Rispoli Farina, Utet, Torino, 2006.

Preite, *In tema di sollecitazione del pubblico risparmio*, in *Giur. comm.*, 1986, II, 232.

Quadri, *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ.*, 2011, II, 90.

Realmonte, *Le condizioni generali di contratto e norme uniformi bancarie*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di G. B. Portale, tomo 1, Giuffrè, Milano 1978.

Rispoli Farina – Spena, *La trasparenza delle condizioni e i requisiti informativi per i servizi di pagamento*, in *Armonizzazione Europea dei servizi di pagamento e attuazione della Direttiva 2007/64/CE*, a cura di M. Rispoli Farina, V. Santoro, A. Sciarrone Alibrandi, O. Troiano, Giuffrè, Milano, 2009.

Rolfi, *La cassazione e la forma dei contratti bancari: il difficile bilanciamento tra garanzie e celerità (Nota a Cass., sez. I, 9 luglio 2005, n. 14470)*, in *Corriere giur.*, 2006, 361.

Romagnoli, *Clausole vessatorie e contratti d'impresa*, Cedam, Padova, 1997.

Roppo, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Giuffrè, Milano, 1989.

Rossi, *Offerta al pubblico di titoli, controlli e strutture di mercato*, in *Riv. soc.*, 1985, 3.

Ruozi, *La tutela del consumatore dei servizi finanziari*, Giuffrè, Milano, 1990.

Sacco, *Il contratto*, in *Trattato dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, vol. VI, tomo 2, Utet, Torino, 1975.

Sacco, *Obbligazioni e Contratti*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. X, tomo 2, Utet, Torino, 2013.

Salanitro, *Tassi e condizioni nei contratti bancari: vincoli di trasparenza e di uniformità*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1989, I, 489.

Salanitro, *Evoluzione dei rapporti tra disciplina dell'impresa e disciplina dei contratti nel settore del credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, I, 603.

Salanitro, *Obblighi informativi e oneri probatori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, 417.

Salodini, *Intermediari finanziari*, in *Il diritto - Encicl. giur.*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 2007, 103.

Santoro – Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 2012.

Scalisi, *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti?*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 415.

Scarpello, *Il «nuovo» ius variandi della banca dopo la conversione del c.d. «decreto sviluppo»*, in *Contratto e impr.*, 2012, 575.

Schlesinger, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, 229.

Sciarrone Alibrandi - Mucciarone, *Il recesso del cliente dai contratti bancari dopo il d.leg. n. 141/2010: questioni di coordinamento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, 37.

Scialoja, *Nullità ed inefficacia. Saggi di vario diritto*, vol. I, Roma, 1927.

Scoditti, *Pubblicità e responsabilità precontrattuale nei contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, 351.

Scognamiglio, *Contratti in generale sub art. 1336*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli - Società editrice "Il Foro italiano", Bologna - Roma, 1970.

Scognamiglio, *Contratti in generale*, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Vallardi, Milano, 1977.

Scotti Galletta, *Sub. art. 10. Legge 17 febbraio 1992, n. 154. Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1993, 1174.

Scotti Galletta, *Sub art. 3. Legge 17 febbraio 1992, n.154. Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1993, 1141.

Senofonte *Appunti in tema di nullità delle clausole cd. vessatorie*, in *Dir. e giur.*, 1961, 317.

Spena, *La raccolta del risparmio fra il pubblico e la posizione della impresa bancaria nell'ordinamento creditizio (a proposito della sentenza n. 2579 del 1998 delle sezioni unite della Cassazione)*, in *Dir. banc. e merc. fn.*, 1991, I, 339.

Spena, *Sub art. 13*, in *La tutela del risparmio (Commentario della legge 28 dicembre 2005 n. 262 e del d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303)*, a cura di A. Nigro e V. Santoro, Giappichelli, Torino, 2007.

Spena, *Sub art. 4, comma 3*, in *L'Attuazione della Direttiva Mifid. Decreto legislativo 17 settembre 2007, n. 164*, a cura di A. Irace e M. Rispoli Farina, Giappichelli, Torino, 2010.

Spena, *Sub art. 117*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina, V. Santoro, Giuffrè, Milano, 2010.

Spena, *Sub art. 126 sexies*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina, V. Santoro, Giuffrè, Milano, 2010.

Spena, *Sub art. 115-118*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina, V. Santoro, *Addenda di aggiornamento ai D. Lgs. 141/2010 e 218/2010*, Giuffrè, Milano, 2011.

Spena, *Sub art. 34 co. 1 lett. B. Art. 126 quinquies*, in *La Nuova Disciplina dei servizi di pagamento*, a cura di M. Mancini, M. Rispoli Farina, V. Santoro, A. Sciarrone Alibrandi, O. Troiano, Giappichelli, Torino, 2011.

Tavormina, *Ius variandi e contratti bancari*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 309.

Terranova, *Validità ed affetti della fidejussione generale*, in *Riv. dir. com.*, 1987, II, 160.

Terranova, *Compensazione tra conti correnti bancari e principi di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, II, 209.

Tidu, *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari (postilla di aggiornamento - 1999)*, in *Encicl. giur. Treccani*, Roma, vol. XXXI, 2001.

Tommasini, voce *Invalidità; b) Diritto privato*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1972.

Tucci, *Tutela del credito e validità della fideiussione omnibus. (Nota a Cass. civ., 1 ottobre 1987, n. 7341)*, in *Foro it.*, 1988, I, 113.

Tucci, *Verso la tipizzazione dei contratti bancari*, in *Contratti*, 1995, 325.

Tucci, *Servizi di investimento e nullità del contratto*, in *Società, banche, e crisi d'impresa, Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, V. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi, Utet, Torino, 2014.

Ubertazzi, *Concorrenza e norme uniformi bancarie*, in *Quaderni di banca, borsa, tit. cred.*, Giuffrè, Milano, 1986.

Ubertazzi, *Credito bancario al consumo e direttiva C.E.E.: prime riflessioni*, in *Giur. comm.*, 1988, II, 321.

Vettori, *Contratti di investimento e rimedi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 785.

Viale, *Sfogliando la margherita: Garantievertrag e fideiussione "omnibus" in Cassazione. (Nota a Cass. civ., 1 ottobre 1987, n. 7341)*, in *Foro it.*, 1987, I, 103.

Viglianisi Ferraro, *Lo ius variandi nella nuova disciplina del credito ai consumatori*, in *Nuove leggi civ.*, 2012, 1193.

Zucchelli, *Note in margine alla Legge n. 154/92 in tema di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Banca, impresa e soc.*, 1992, 211.

COLLANA STUDI E DIALOGHI GIURIDICI

1. SAGGI DI DIRITTO COMMERCIALE INTERNO E COMPARATO
Autori vari, a cura di Pierluigi Matera e Ferruccio Maria Sbarbaro. Prefazione di Vincenzo Scotti. Introduzione di Alberto Stagno d'Alcontres
2. PRINCIPI GENERALI DELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO E ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA
Gabriele Pepe
3. DIRITTO E SPORT. VARIAZIONI SUL TEMA
Autori vari, a cura di Mario Pescante e Pierluigi Matera. Prefazione di Vincenzo Scotti
4. APPUNTI IN TEMA DI SCALATE E TATTICHE DIFENSIVE NELL'ORDINAMENTO STATUNITENSE
Ferruccio Maria Sbarbaro
5. LA DIRETTIVA AMMINISTRATIVA QUALE ATTO DI CONFORMAZIONE DELL'ESERCIZIO DEL POTERE PUBBLICO
Valerio Sarcone. Prefazione di Gennaro Terracciano
6. LA NUOVA DISCIPLINA DELLE FUSIONI TRANSFRONTALIERE
Pierluigi Matera
7. LINEAMENTI DI DIRITTO DELLA SICUREZZA DEL LAVORO
Marco Capece
8. IL CONTRASTO AL FENOMENO DELLA CORRUZIONE NELLE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE.
Commento alla legge n.190/2012 E decreti attuativi
Autori Vari. Prefazione di Filippo Patroni Griffi. Introduzione di Simonetta Pasqua
9. PRINCIPI DI DIRITTO FALLIMENTARE
Sergio Scicchitano
10. ORIGINE E CONCLUSINE DEL MANDATO AMMINISTRATIVO DI S.P.A. CHIUSE
Armando Catania. Prefazione di Alberto Stagno d'Alcontres
11. MANUALE DI CONTABILITÀ PUBBLICA
Aggiornato alla legge 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità per il 2014)
Mauro Orefice



12. LE "PRESTAZIONI ISOLATE" TRA PRECONCETTI E VERITÀ CODIFICATE
Ilaria Ferlito
13. JOBS ACT. PRIME RIFLESSIONI E DECRETI ATTUATIVI
Roberto Pessi, Giuseppe Sigillò Massara. Prefazione di Vincenzo Scotti
Introduzione di Marina Calderone
14. LE REGOLE DI COMPORTAMENTO NELLA PRESTAZIONE DEI SERVIZI BANCARI E FINANZIARI NEL MERCATO CREDITIZIO E LA DISCIPLINA DELLE NULLITÀ PREVISTE DAL TUB
Angelo Spina



Eurilink Edizioni, nata nel 2006, è la casa editrice di riferimento della Link Campus University, università italiana non statale legalmente riconosciuta, con forte vocazione internazionale.

Mission della casa editrice è quella di creare un'azione di "ponte" culturale tra il lettore e la società globale, l'università e il mondo del lavoro, i cittadini e le Istituzioni, proponendo pubblicazioni di elevato spessore, umano e culturale, con contenuti chiari e approfonditi, in grado di affrontare tutte le tematiche emergenti del nostro tempo e le prospettive dibattute a livello internazionale.

Eurilink pubblica in lingua italiana e in lingua inglese utilizzando anche lo strumento di diffusione informatica.

Le linee guida editoriali sono individuate da Comitati Scientifici e dalle Direzioni Editoriali delle diverse collane. Le pubblicazioni dedicate alla Formazione Universitaria e alla Ricerca Scientifica, sono sottoposte a sistema di peer review.

L'offerta editoriale si articola in 5 grandi aree alle quali afferiscono 17 differenti collane:

A. ACCADEMIA: COLLANE CON FOCUS UNIVERSITARIO

- *Studi e dialoghi giuridici*: norma e diritto vivente; collana specialistica di riferimento del Corso di Laurea a ciclo unico di Giurisprudenza
- *Studi politici, diplomatici e internazionali*: analisi dei processi di globalizzazione dei fenomeni politici e delle relazioni tra i Paesi; collana di riferimento dell'omonimo Corso di Laurea e di Laurea Magistrale
- *Studi di comunicazione digitale*: collana di riferimento dell'omonimo Corso di Laurea e di Laurea Magistrale
- *Studi di economia, finanza e fiscalità aziendale*: collana di riferimento dell'omonimo Corso di Laurea e di Laurea Magistrale
- *Ricerca*: risultati delle attività di ricerca dell'Università
- *Campus*: collana che riflette il dibattito culturale e scientifico dell'Università e della Fondazione oltre che le attività di formazione professionale, universitaria e post universitaria. (Manuali e atti dei seminari)
- *Alumni*: pubblicazioni dei laureati che hanno ottenuto la dichiarazione di "dignità di stampa" da parte delle relative Commissioni di Laurea
- *I codici*: raccolta di norme per le varie aree del diritto, italiano e internazionale

B. ATTUALITÀ INTERNA E INTERNAZIONALE

- *Tempi Moderni*: attualità politica, economica e sociale - italiana ed internazionale
- *Eurinstant*: temi emergenti rappresentati con dati e informazioni per una lettura veloce
- *La Critica*: analisi e interpretazione dei fenomeni culturali e sociali del nostro tempo
- *I Saggi*: approfondimenti monografici nelle diverse discipline

C. STORIA

- *Tracce*: ritratti e biografie, racconti e percorsi di vita
- *Historia*: studi storici, in grado di fornire contributi, anche inediti, alla comprensione di fatti e di relazioni che costituiscono le radici storiche della nostra civiltà

D. ARTE E CULTURA

- *Arti e Tradizioni*: manifestazioni dell'arte e rappresentazione delle tradizioni delle regioni di Italia
- *Link*: pubblicazioni con specifica attenzione alla lingua e alla cultura di paesi emergenti

E. ISTITUZIONI

- Pubblicazioni di servizio per Enti o Istituzioni varie, interne e internazionali

All'offerta editoriale pubblicata nelle diverse collane si aggiungono le Coedizioni: pubblicazioni in collaborazione con altre case editrici – non italiane – finalizzate ad una più estesa divulgazione anche all'estero.



Link Campus University, Università non Statale legalmente riconosciuta dell'Ordinamento Universitario Italiano ai sensi del DM 21 settembre 2011, pubblicato in G.U. Serie Generale n. 268 del 17 novembre 2011. Già sede a Roma dell'antica Università di Malta, è stata la prima Università straniera autorizzata a operare in Italia (D.M. 27.11.1999).

Link Campus University nasce come una “unità scientifica” internazionale, multidisciplinare, interdisciplinare, focalizzata sui cambiamenti e sulle sfide che, a livello globale, investono i diversi ambiti della conoscenza e della ricerca. Obiettivo generale è quello di rendere la nuova classe dirigente capace di operare in termini di “problem solving” nelle aree del sapere economico, giuridico e politico, con grande sensibilità e capacità creativa e comunicativa.

L'approccio comparatistico dello studio dell'economia, del diritto e dell'amministrazione della politica, consente di creare un laureato con un profilo integrale sia sul piano della connessione fra culture e lingue diverse sia su quello dell'interdipendenza fra l'area pubblica e quella privata, per preparare la nuova classe dirigente a operare nei diversi sistemi e Paesi, garantendo ai giovani possibilità vincenti nella mobilità del mercato globale del lavoro.

Accordi di cooperazione con importanti Università straniere con corsi di laurea congiunti, Master e ricerche comuni, consentono l'insegnamento contestuale in più lingue con docenti provenienti da importanti università del mondo, abituando lo studente ad affrontare il mercato del lavoro sempre più proteso verso l'internazionalizzazione.

L'offerta formativa di Link Campus University comprende:

Lauree in: Economia Aziendale Internazionale, Scienze della Politica e dei Rapporti Internazionali, Comunicazione Digitale e DAMS.

Laurea Magistrale a ciclo unico di 5 anni in: Giurisprudenza.



Lauree Magistrali in: Gestione Aziendale, Studi Strategici e Scienze Diplomatiche, Tecnologie e linguaggi della Comunicazione.

Laurea Magistrale a ciclo unico di 5 anni in: Giurisprudenza.

Lauree Magistrali in: Gestione Aziendale, Studi Strategici e Scienze Diplomatiche, Tecnologie e linguaggi della Comunicazione.

Master in Business Administration in: Strategy - Corporate Planning and Management, Diritto e Management dello Sport, Innovation.

Master di secondo livello in: Intelligence e Sicurezza, Economia dello Sviluppo e Cooperazione Internazionale, Gestione dei Beni Culturali, Sustainable Mobility and Transport, Scienze Economiche Bancarie, Joint Energy and Environment Management, Analisi Comportamentale e Scienze Applicate alle Investigazioni e all'Intelligence e Homeland Security.

Master di primo livello in: Luxury and Fashion Management, Management dei Servizi e delle Politiche per il Lavoro, Media Entertainment, 2 D Animation Paperless Artist, VR Development using CryEngine, Public & Smart Administration, Food & Beverage Management, Filmmaking, Analisi Comportamentale e Scienze Applicate alle Investigazioni e all'Intelligence.

Corso di alta formazione: “Profili di tecnica normativa e attività istituzionale”.

www.unilink.it