

LA RELAZIONE TRA BANCA E CLIENTE NELLA RECENTE EVOLUZIONE DEL DIRITTO BANCARIO

Mario Porzio

Chi mi conosce sa l'importanza che io attribuisco alla storia nell'interpretazione delle norme. Sono, quindi, particolarmente grato ad Antonio Piras – che mi conosce non da ora – non solo per l'invito a partecipare a questo bel seminario, ma anche per aver messo nel titolo della mia relazione il sostantivo 'evoluzione'. Così, mi viene consentito di muovermi in una prospettiva di storia delle norme e della loro applicazione.

Partiamo dalla legge bancaria del '36-38, legge che, come è noto, non si preoccupava dei rapporti tra banca e cliente, che erano proprio fuori della sua ottica. Tuttavia, l'articolo 35 prevedeva la possibilità per quelle che oggi chiamiamo le autorità creditizie, di “determinare i limiti dei tassi attivi e le condizioni delle operazioni di deposito e conto corrente”; naturalmente la norma si riferiva alle banche di deposito. Il Comitato dei ministri immediatamente utilizzò questa norma, prima ancora che il decreto del '36 fosse convertito in legge, e rese obbligatorio per tutte le banche il cartello bancario del '19 stipulato tra le grandi banche. In questo modo – diciamo in una logica, del resto, adeguata all'ideologia corporativa dell'epoca –, metteva, così, il cliente completamente nelle mani delle banche. Né il codice del '42 modificò la situazione; anzi, in un certo senso l'aggravò, perché quel codice, come

sappiamo ed è stato ora ricordato, si ispirava al principio che i contraenti sono formalmente uguali, sullo stesso piano, e l'accordo contrattuale è raggiunto tra le parti in piena consapevolezza dei suoi contenuti. Pur tuttavia, l'articolo 1341 consentiva alle grandi imprese, quindi alle banche, di fare a meno della volontà consapevole dell'altro contraente. In questa situazione, le cosiddette Norme bancarie uniformi, che non a caso si chiamavano "norme", erano la *legge* che le banche avevano il potere di imporre agli altri consociati. E se leggiamo con gli occhi di oggi, per esempio, nell'appendice al classico libro di Molle sui contratti bancari (nelle molte edizioni negli anni Cinquanta e Sessanta) le norme bancarie uniformi allora vigenti per il conto corrente di corrispondenza, rimaniamo allibiti. Non si riesce a capire come si potessero tollerare certe clausole che oggi ci sembrano assolutamente inimmaginabili.

In realtà, io credo che ci si muoveva allora in un clima in cui il rapporto banca-cliente era molto diverso da quello attuale: c'era un atteggiamento di grande fiducia, di abbandono del cliente nelle mani dell'*amico* banchiere; naturalmente mi riferisco al cliente *retailer*, o come dicono gli americani "agli orfani e alle vedove", perché poi è chiaro che il grande imprenditore aveva la forza di contrattare diversamente.

Questa situazione è andata avanti per molto tempo, ed era in un certo senso avallata dalla giurisprudenza: se voi pensate che la clausola che prevedeva per la banca di modificare quando voleva e come voleva le condizioni contrattuali – al più facendone solo affissione nei locali della banca – non è mai stata esaminata dalla giurisprudenza; se voi ricordate tutta la vicenda della clausola "interessi uso su piazza", affermata testardamente legittima dalla

Cassazione per molti anni (anche se poi non si riusciva a trovare quali fossero questi usi: ma questi erano problemi dei giudici di merito); pensate anche all'anatocismo, che per molti anni la giurisprudenza di Cassazione ha ritenuto perfettamente legittimo, come regolato dalle Norme bancarie uniformi.

In definitiva, la giurisprudenza, a mio avviso, creava una sorta di *sacralità* della banca e, infatti, se leggete le sentenze di quegli anni, troverete che la banca molto spesso non è chiamata banca, ma "istituto di credito", una forma di sineddoche – perché istituto di credito è il nome che si dava alle banche pubbliche – che dava alle banche un'aureola sacra, separata (perché sacro questo significa) dal diritto dei comuni mortali, e questo avallava e favoriva l'acquiescenza del cliente a tutto quello che la banca faceva.

Personalmente ricordo gli estratti conto che mi arrivavano nei miei anni giovanili: erano assolutamente muti; trovavo addebiti di commissione, o accredito interessi, semplicemente con l'indicazione: interessi lire tot e spese di conto: lire tot, senza alcuna spiegazione.

Quand'è che questa situazione è cominciata a cambiare? Io direi dagli anni Settanta; per effetto di due fattori, uno diciamo endogeno ed uno esogeno. Cominciamo da quello endogeno: come sapete, con il c.d. miracolo economico i risparmi degli italiani erano aumentati e negli anni '70 gli italiani scoprono la borsa, e nella borsa si ragiona in termini diversi che nella banca: c'è il mercato d'asta, c'è la trasparenza e la confrontabilità dei prezzi (si diceva allora che in borsa si possono quotare anche le mele marce, purché si dica chiaramente che sono marce; poi abbiamo scoperto che di mele marce in borsa ce n'erano tante, ma questo è venuto parecchio tempo do-

po). Questo primo fattore ha un effetto sulla psicologia del cliente, perché il cliente comincia a fare delle scelte diverse dal semplice affidarsi all'amico banchiere.

Poi c'è, soprattutto io credo, un fattore esogeno, che viene dallo sviluppo di certe tendenze, di certe culture nell'ambito della Comunità europea. Possiamo genericamente parlare di cultura consumeristica: il discorso parte dalla constatazione che non è vero quello che dice il codice italiano ed altri codici ottocenteschi che, cioè, i contraenti sono sempre sullo stesso piano: alla uguaglianza formale dei contraenti non corrisponde una uguaglianza sostanziale. Nella realtà c'è quasi sempre un contraente forte e un contraente debole; ma qual è la differenza tra il contraente debole e il contraente forte? La parola d'ordine che passa è che il contraente forte ha un bagaglio di conoscenze che il contraente debole non ha. Quindi, la soluzione è la "trasparenza", come strumento per ridurre il *gap* di conoscenza tra i contraenti. Direi un po' ingenuo questo ragionamento, perché la differenza tra contraente forte e contraente debole non è solo un problema di conoscenza; ma, comunque, questo è il messaggio che arriva.

In questa ottica, nel 1992, quasi insieme, vengono pubblicate la legge sulla trasparenza bancaria e la legge che regola il credito al consumo. Sulla base delle tendenze elaborate in sede comunitaria, si distinguono, così, due cerchi concentrici: c'è un cliente debole – e tutti i clienti sono deboli – cui bisogna garantire un minimo di conoscenza, di trasparenza; e c'è un cliente più debole, il consumatore, cui bisogna garantire qualcosa in più.

In questa linea si muove anche il Testo Unico Bancario. Devo dire, però, che se si guarda con occhio un po' attento la disciplina del Testo Unico, si nota che la differenza tra la disciplina più generale a favore del cliente e

quella a favore del consumatore non è molto rilevante; tra l'altro una delle differenze maggiori, e cioè la pubblicità del cosiddetto TAEG, imposta inizialmente soltanto per il credito al consumo, poi si è andata anche attenuando con interventi successivi. Questo è il dato del Testo Unico Bancario.

Che succede dopo, che può essere rilevante ai fini del nostro discorso? Io direi che ci sono due dati interessanti. Innanzitutto c'è una tendenza a entrare nel merito del prezzo dei contratti bancari: ricorderete la legge sull'usura, che – come ha detto subito dopo l'emanazione Sandro Nigro, e come ha un po' ripreso Paolo Ferro-Luzzi – in realtà è essenzialmente una legge di calmiera per le banche; in questa prospettiva può leggersi anche la vicenda dell'anatocismo, con l'intervento della Cassazione nel '99 e la modifica dell'art. 120 del Testo Unico Bancario; e, infine, recentemente, gli interventi del legislatore sulla commissione di massimo scoperto.

Ma quest'ultimo evento denota anche una nuova tendenza, la tendenza alla *legificazione*, perché l'ammontare delle varie forme di massimo scoperto *per legge* non può comunque superare lo 0,5 per trimestre. È una novità grossa, secondo me, nell'ordinamento, perché in genere, come è noto, il Testo unico bancario è una *legge procedimento*; per cui la norma finale concretamente applicabile è affidata alla normazione secondaria dell'autorità creditizia.

E arriviamo al d.lgs. n. 141/2010, che credo sia l'occasione che ci ha spinto a venire qui. Naturalmente, io non entro nel dettaglio delle singole prescrizioni di questo decreto, perché ruberei lo spazio agli altri relatori, e poi avrei dovuto lavorare molto di più; ma mi fermo ad alcune osservazioni di carattere generale, naturalmente

limitate al tema del convegno, perché come sapete il decreto 141 è uno di quei tanti treni con vari vagoni; ci sta un po' di tutto. Ci limitiamo, quindi, al credito al consumatore, che è stato oggetto di una disciplina completa che sostituisce le norme contenute nel Testo Unico Bancario.

Quali osservazioni?

Innanzitutto, le parti: nell'art. 121 nuovo testo si definisce *finanziatore* "un soggetto abilitato a erogare finanziamenti a titolo professionale nel territorio della Repubblica, che offre o stipula contratti di credito".

E qui c'è una sorpresa sulla quale bisogna meditare, perché l'art. 121 vecchio testo elencava le *categorie* di soggetti che potevano stipulare contratti di credito al consumo. Qui non c'è un elenco, che significa? C'è un allargamento? La risposta la lascio ai successivi relatori; forse si è pensato anche agli istituti di pagamento che, sia pure in certi limiti, possono concedere credito? Prima domanda che lascio aperta.

La definizione di consumatore. La definizione di consumatore, che è l'altra parte del contratto, è quella classica, quella che risale alle prime direttive; qui sorprende che non si sia affrontato il tema della piccola impresa. Infatti, appena uscita la direttiva comunitaria dell'87 sul credito al consumo, si è osservato che questa nozione è ristretta e che esistevano altri soggetti che avevano lo stesso bisogno di particolare protezione; infatti, la direttiva europea sui servizi di pagamento ha concesso agli Stati membri (e il nostro legislatore ha utilizzato questa facoltà), di estendere la disciplina relativa al consumatore anche al piccolo imprenditore. Non si capisce perché chi ha elaborato la direttiva sul credito al consumo, che è successiva a quella sui servizi di pagamento, il problema non se lo sia posto. Forse, come al solito, anche nella

Comunità europea la mano destra non sa quello che fa la mano sinistra: erano due commissioni diverse e non si sono collegate.

Allora, queste le parti; le parti di un “contratto di credito”. Come ha già rilevato Paolo Ferro-Luzzi, il TUB ha superato la distinzione tra i vari contratti di credito del codice civile e parla di contratto tra la banca e il cliente; per il credito al consumo già il Testo unico utilizzava il più ristretto concetto di contratto di credito, che viene qui ripreso e definito come il contratto con cui “un finanziatore *concede o si impegna a concedere credito* a un consumatore”. Mi domando se l’aver inserito nella definizione *l’impegno a concedere* non incida sul problema della promessa di mutuo, che sarebbe in qualche modo così definitivamente tipizzata e regolata; anche questo, naturalmente, è solo uno spunto.

“Contratto di credito collegato”, altra definizione interessante; il contratto di credito collegato indica “un contratto di credito finalizzato esclusivamente a finanziare la fornitura di un bene o la prestazione di un servizio specifici, quando si verificano almeno due condizioni ...”. Per trovare altri spunti civilistici, questa definizione dovrebbe richiamare l’attenzione degli studiosi sul mutuo di scopo.

Nella direttiva vi sono due concetti nuovi che, secondo me, hanno messo in difficoltà il legislatore italiano, cioè il concetto di *sconfinamento* (nella traduzione italiana si usa questo termine) e il concetto di *concessione di scoperto*. Nel decreto c’è solo la definizione di sconfinamento, che indica “l’utilizzo da parte del consumatore di fondi concessi dal finanziatore in eccedenza rispetto al saldo del conto corrente in assenza di apertura di credito, ovvero rispetto all’importo dell’apertura di credito con-

cesso”. È evidente che qui c’è dietro tutta un’elaborazione, ben nota agli studiosi di diritto fallimentare, sui problemi posti dalle Norme bancarie uniformi, che prevedono la facoltà della banca di superare eccezionalmente i limiti del fido concesso. Che conseguenza ha la circostanza che una clausola contrattuale diventa previsione legale? D’altra parte, la direttiva non fa riferimento al fatto dello sconfinamento, all’utilizzo in sé; ma si riferisce alla “possibilità di utilizzare”. Se la direttiva deve prevalere sulla legge italiana, in quanto direttamente applicabile, questo vorrebbe dire che la normativa speciale dello sconfinamento si applica proprio al conto corrente, dove c’è la possibilità di sconfinare? Non lo so. Ma badate che la disciplina di questa ipotesi tende ad escludere l’applicazione della disciplina generale del credito al consumo.

Nel decreto c’è, poi, un’altra ipotesi, cioè la concessione di scoperto, che se ho capito bene, perché non sono chiare né la direttiva né il decreto, si differenzia dallo sconfinamento solo per la durata, che dovrebbe essere più lunga. Anche queste sono domande che pongo ai successivi relatori ed ai futuri studiosi.

Finora ci siamo occupati delle definizioni e dell’ambito di applicazione della disciplina; ma che cosa cambia rispetto alla precedente disciplina del credito al consumo?

In proposito noterei innanzitutto che si conferma, almeno in alcuni punti, la tendenza alla *legificazione*. Difatti, se voi leggete l’articolo 122, che regola l’ambito di applicazione, ci sono diverse esenzioni tutte fissate dalla legge; nel vecchio testo, invece, almeno alcune esenzioni dovevano essere stabilite dalla normativa secondaria.

Una osservazione poi sul merito della disciplina. Io credo che, forse, al di là di qualche piccola variazione rispetto alla vecchia disciplina e alla disciplina generale,

per esempio sul recesso, la più rilevante modifica è l’inserimento negli obblighi della banca di quel principio che con termini inglesi si chiama *know your customer*, di conoscere e valutare le capacità di credito del cliente. Questo è un obbligo che in materia bancaria, per quanto ne sappia, non è mai stato imposto, né da norme generali, né da norme particolari: è un fatto importante che comporta un avvicinamento alla disciplina degli altri mercati finanziari ed anche questo fa parte dell’*evoluzione*. Grazie.

Antonio Piras

Ringrazio il professor Porzio per la sua relazione, che ha toccato molti punti, e che soprattutto, come ha sottolineato, ha formulato molte domande. Lo ringrazio per queste domande, e per la difficoltà che pone il fatto di porsi degli interrogativi. Diceva Oscar Wilde che è più difficile fare delle domande che dare delle risposte. Comunque, confido che qualche risposta nel corso dei lavori possa essere data.

Dò la parola al professor Alessandro Nigro, che ci parlerà delle linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza.
