

StuDocu.com

Diritto Bancario e Assicurativo

Diritto bancario (Università degli Studi di Torino)

Diritto Bancario e Assicurativo



Prof. Di Chio

Anno Scolastico 2016/2017

Programma d'esame:

- Diritto bancario:
 - Appunti fatti in classe, con maggior attenzione su:
 - Cenni sul profilo pubblicistico del TUB
 - Come si arriva al TUB
 - Cosa si intende per esercizio di impresa bancaria
 - Banca come soggetto di diritto speciale
 - Disciplina dei soci di minoranza con partecipazioni qualificate
 - Obblighi informativi che devono essere adempiuti in caso di variazione della partecipazione qualificata.
 - Esclusività dell'oggetto sociale
 - Possesso dei requisiti per l'iscrizione all'albo presso Banca d'Italia.
 - Banca di fatto.
 - Contratti bancari:
 - Contratto di mutuo
 - Problema dell'anatocismo
 - Problema del tasso usuraio
 - Contratti regolati dal codice civile
 - Articoli 116 e 117 e seguenti del TUB (parte privatistica)
 - Da libro:
 - Da leggere:
 - Capitolo 2: Le fonti del diritto
 - Capitolo 3: il sistema bancario italiano
 - Capitolo 6: La vigilanza sul sistema creditizio sull'attività bancaria.
 - Da studiare:
 - Capitolo 4: Attività bancaria e impresa
 - Capitolo 5: La costituzione delle banche
 - Capitolo 11: La trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari.
 - Capitolo 12: le forme tecniche di raccolta del risparmio: I principali contratti bancari.
 - Capitolo 13: Le forme tecniche dei prestiti.
 - Capitolo 16: Gli strumenti di pagamento.
- Diritto assicurativo:
 - Appunti
 - Da libro:
 - Da leggere:
 - Capitolo 1: Il quadro normativo di riferimento.
 - Capitolo 2: L'intervento dello Stato e la vigilanza nel settore assicurativo
 - Da studiare:
 - Capitolo 3: L'impresa di assicurazione
 - Capitolo 4: Le condizioni di esercizio dell'attività assicurativa
 - Capitolo 10: La trasparenza delle operazioni e la protezione dell'assicurato.
 - Capitolo 11: Il contratto di assicurazione.
 - Capitolo 9 [Parte seconda]: Ramo vita (entrambe le sezioni)

Diritto bancario e assicurativo.

Società per azione di diritto speciale.

La struttura giuridica delle assicurazioni e delle banche non riproduce la disciplina delle S.p.A. come regolate dal codice civile. (società di diritto speciali)

Innanzitutto sono società vigilate, cioè società che possono svolgere una determinata attività solo in seguito all'autorizzazione degli organi di vigilanza del settore.

Devono possedere i requisiti indicati dal codice civile e devono possedere i requisiti richiesti dagli organi di vigilanza; se sono in possesso di questi requisiti possono chiedere l'iscrizione all'albo e solo in seguito all'iscrizione all'albo potranno esercitare l'attività bancaria o assicurativa.

Requisiti speciali sono:

- Devono essere obbligatoriamente costituite come società per azioni o SCARL (società cooperativa per azioni a responsabilità limitata).
- Il capitale sociale minimo legale non è quello civilistico, ma è di importo maggiore ed è regolato da Banca d'Italia o dall'organo IVASS. È di importo maggiore al fine di tutelare gli interessi e dei clienti di una banca o di una assicurazione.
- Obbligo di sottoscrizione e versamento per intero del conferimento: La regola che non occorre che i conferimenti promessi siano versati per intero, è sufficiente al fine costitutivo che sia versato il 25% del promesso, poi spetterà agli amministratori chiedere la parte mancante del versamento, NON VALE per le società di diritto speciale come Banche e Assicurazioni.
- Esclusività dell'oggetto sociale: Una società di diritto comune può comunque esercitare attività di impresa diverse da quelle indicate nell'oggetto sociale, la società bancaria invece può SOLO esercitare attività bancaria.
- Requisiti degli amministratori: Per poter essere membri del consiglio di amministrazione di una banca o di un consiglio di amministrazione è necessario possedere requisiti di professionalità e di onorabilità. Bisogna avere esperienza di almeno 5 anni alla direzione di un'impresa di una banca o di una assicurazione. Qualora la banca o l'assicurazione nominasse amministratore un soggetto non in possesso di tali requisiti, l'organo di vigilanza negherà ad esso la possibilità di svolgere il compito di amministratore o sindaco.
- Requisiti dei soci: I soci che detengono una partecipazione di minoranza (pari o superiore al 5% del capitale sociale) sono soggetti a restrizioni, ovvero che siano in possesso degli stessi requisiti richiesti per gli amministratori.
- Limiti sulle partecipazioni: Qualsiasi variazione della partecipazione che sia pari o superiore al 5% deve essere comunicata all'organo di controllo di riferimento.
- La gestione della crisi dell'impresa Bancaria / assicurativa: nel caso in cui risultasse insolvente l'impresa bancaria o assicurativa e si verificasse il presupposto che porterebbe un'altra società industriale in condizioni di insolvenza le società bancarie o assicurative non sono soggette a fallimento, ma si applica un'altra procedura concorsuale, la liquidazione coatta amministrativa che è molto simile alla procedura del fallimento.

La specialità di tali imprese è disciplinata non solo dal codice civile, ma è regolamentata anche da norme primarie e da norme regolamentari ulteriori e diverse.

Il TUB disciplina le imprese bancarie (articolo 385 del 1 settembre 1993). (Norma primaria) i regolamenti secondari emanati da Banca d'Italia verranno chiamate norme secondarie.

Per quanto riguarda la banca i primi processi normativi sono del 1926.

Le assicurazioni sono disciplinate dal Testo Unico delle Assicurazioni (decreto legislativo 7 settembre 2005 n°209).

Prima del TUB è possibile distinguere 4 periodi di formazione del sistema normativo in materia di

banca:

1. Dal 1861 al 1926
2. Dalla legge bancaria del 1926 alla legge bancaria del 1936
3. Dalla legislazione bancaria del 1936 agli anni '80
4. Dagli anni '80 al TUB nel 1993

Questo periodo dal 1861 al 1993 è un periodo di assenza di normazione in quanto le banche erano soggette solo al codice di commercio. Questo periodo è da ricordare per molte ragioni, tra cui:

- Le banche operanti in questo periodo erano banche o di derivazione tedesca o di derivazione francese; non esisteva un modello economico di banca italiana. La banca italiana nasceva con capitale tedesco o francese.
- In questi anni in assenza di regolamentazione le banche operanti nel nostro sistema che era un sistema imprenditoriale in formazione, le banche iniziavano a distinguersi fra loro in base al termine del finanziamento, cioè divisione tra breve termine (<18 mesi) e lungo termine (>18 mesi).
- Sistema cooperativo di credito.
- Nasce in questi anni l'istituzione della banca mista.

Banca mista: banca che partecipava in qualità di socia nelle imprese che stavano nascendo (prevalentemente imprese chimiche).

Questo comportamento senza un adeguato controllo portò al fallimento di diverse banche e a molta confusione; tutto ciò ha portato ad una prima regolamentazione del sistema bancario.

Con questo provvedimento abbiamo l'autorizzazione alla sola Banca d'Italia di poter emettere moneta, che diventa l'unico istituto di emissione, il che significava una riorganizzazione del sistema di politica monetaria.

Con il decreto legge del 1926 fa la sua comparsa il primo provvedimento di regolamentazione del sistema bancario.

- In questi anni ha origine l'IMI

Legge bancaria del 1936

- A seguito della crisi del 1929, con la legge del '36 nascerà l'IRI (istituto di ricostruzione industriale) e scomparirà l'istituzione della banca mista.
- Per riorganizzare il sistema imprese e il sistema banche dopo le crisi del 1929 distingue le banche che possono raccogliere risparmio a breve e investirlo a breve dalle banche che potevano raccogliere risparmio a lungo e investirlo a lungo

Gli anni successivi non hanno prodotto grandi cambiamenti, a parte:

- Entrata in vigore della costituzione repubblicana con particolare importanza per due articoli:
 - Articolo 41: l'iniziativa economica privata è libera, ma non si tratta di una libertà assoluta.
 - Articolo 47: Per la prima volta l'articolo 47 dice: la repubblica incoraggia il risparmio in tutte le sue forme e regola, controlla e coordina il sistema del credito.

Fino al 1993 con l'entrata in vigore del TUB non ci sono stati particolari interventi, tranne una norma del marzo del 1990 intitolata normativa sulla trasparenza bancaria. (Obbligo della forma scritta)

Con quella norma si era normato il principio che poi è ripreso dal TUB del '93, dal TUF del '98 e dal TUA del 2005, che dice che i contratti tutti i contratti bancari (ovviamente anche assicurativi ecc..) devono essere stipulati per scritto pena la nullità del contratto.

[Prima di questo periodo i contratti bancari erano in forma libera, potevano perciò essere stipulati anche in forma non scritta]

N.B Non si trova nessuna norma in nessun testo giuridico che contenga una disciplina del conto corrente di corrispondenza, poiché esso viene definito come **contratto innominato**, cioè un contratto che non è dotato di una disciplina legale. Non è mai stato disciplinato perché è un contratto in continua evoluzione in relazione ai rapporti tra la banca e il cliente, perciò la disciplina sarebbe continuamente da aggiornare poiché i rapporti tra banca e cliente sono in continuo mutamento.

Perché pur non essendo previsto prima della normativa del '90 il contratto di conto corrente è da sempre stato stipulato per iscritto?

La banca lo imponeva al cliente perché la forma scritta aveva non funzione di sostanza, ma al fine di dimostrarne in giudizio l'approvazione da parte del cliente/correntista.

Sino a quegli anni il contratto di conto corrente redatto per iscritto ad approvazione e non ad substantiam era utilizzato dal sistema bancario come contenitore delle norme bancarie uniformi. Una volta che queste norme venivano approvate dal cliente al momento della sottoscrizione del contratto comportavano l'impossibilità del cliente ad agire nei confronti della banca.

Caso clausola: Tutti i contratti di conto corrente contenevano una clausola (oggi assolutamente nulla) la quale diceva che se la banca concedeva credito al cliente nelle diverse forme, la banca non era obbligata ad indicare l'interesse che avrebbe applicato alla restituzione del capitale finanziario, ma per la determinazione dell'interesse si faceva riferimento ai cosiddetti "usi piazza" cioè i tassi applicati mediamente dalle banche operanti in quella zona geografica.

Caso Non rispettare norme di anatocismo: Possibilità per la banca di non adempiere al divieto di anatocismo. La banca si riservava il diritto di calcolare l'interesse sulle somme finanziate e di applicarlo trimestralmente con la conseguenza che l'interesse del secondo trimestre veniva calcolato non sulla quota capitale, ma sul montante. La norma civilistica dice che la banca può conteggiare l'interesse a fine anno e questo interesse non va a capitale, ma la banca può superare il divieto di anatocismo quando recedi dal contratto e chiedi ed ottieni dal giudice la possibilità di ottenere la restituzione dal soggetto ricevente il finanziamento e a questo punto gli interessi verranno calcolati non più sulla quota capitale, ma sul montante.

La banca per difendersi sosteneva che la capitalizzazione trimestrale degli interessi fosse un uso bancario.

Non vi era in alcun modo la prassi di stipulare le aperture di conto corrente in forma scritta in quanto la banca sosteneva che nel contratto di conto corrente fossero presenti tutte le norme necessarie a disciplinare le aperture di credito in conto corrente; ovviamente oggi la tesi non è più sostenibile, ma non lo era nemmeno allora, tant'è che alcune sentenze avevano dichiarato illeciti tali comportamenti.

Si arriva al TUB del 1993 che costituisce un punto di arrivo, e a sua volta punto di partenza del sistema bancario e sistema di controllo e di vigilanza da parte dell'organo di vigilanza che è Banca d'Italia.

Sistema di gerarchia delle fonti: Le norme che si collocano al vertice del sistema gerarchico condizionano e prevalgono sulle norme di rango inferiore.

Piramide:

1. In cima alla piramide delle norme si collocano la costituzione e le direttive comunitarie
2. Vi sono al secondo posto le leggi ordinarie, per quanto riguarda la banca si intende il TUB
3. I regolamenti, forte attività di regolamentazione esercitata dagli organi di controllo (Banca d'Italia; Consob; IVASS)
4. Norme regionali
5. Usi normativi e usi negoziali: per quanto riguarda il sistema bancario e assicurativo sono

stati repressi in quanto non si può fare riferimento agli usi.

Perché il legislatore ha derogato la libertà di forme per imporre nel 1990 l'obbligo della forma scritta con riferimento dei contratti bancari?

Questa scelta del legislatore va interpretata come una scelta a tutela del risparmiatore, poiché muove da presupposto che il cliente sottoscrittore legga e valuti le norme prima di firmare e di conseguenza che la sua sottoscrizione sia consapevole del contratto che ha firmato e dei vincoli ai quali sarà soggetto.

Il TUB chiude un processo di normazione introducendo un processo di disciplina innovativo rispetto al sistema esistente negli anni precedenti.

Principi:

- Principio di despecializzazione (*non c'è più la separazione delle scadenze, una banca può fare tutto. Si creano due modelli alternativi tra cui la banca può scegliere: il gruppo bancario e la banca universale.*)
- Principio di mutuo riconoscimento

ARTICOLO 1 (Qui non riportato perché estremamente lungo, GUARDA TUB)

Art 1: contiene le spiegazioni e le definizioni contenute nel testo stesso (tipo elenco del telefono)

Esempio: Art 1, comma 1, Lettera: descrive le autorità di vigilanza attribuendo all'espressione il significato e la funzione che quell'espressione ha.

Art 1, comma 2: Il testo unico bancario è un complesso unico di norme i cui destinatari sono le banche.

Prevede solo norme unilaterali, cioè riferite ad un solo soggetto coinvolto nel contratto.

Il TUB è un sistema articolato e complesso di norme che tutela il risparmiatore ponendo solo a carico della banca tutti gli obblighi presenti nel testo.

Chi sono le banche alle quali fa riferimento questo testo normativo?

Le banche italiane e quelle con sede sul suolo dello Stato Italiano (principio di Home Country Control).

Ragione dell'home country control: va ricercata nel fatto che il TUB è un testo di derivazione comunitaria

Per tale motivo la normativa esercitata da Banca D'Italia è uguale a quella utilizzata dalla Banca nazionale di un altro paese comunitario.

Non è così per le banche extra comunitarie, perché le norme utilizzate da Banca d'Italia sono in parte divergenti da quelle utilizzate dal paese extra comunitario.

Banca extra comunitaria: banca non avente sede in Italia o in un paese della comunità europea, su cui però Banca d'Italia ha comunque poteri di controllo e vigilanza.

Si parla infatti di Banche autorizzate ad operare in Italia SOLO per le banche extra-comunitarie.

Succursale: una sede che costituisce parte, sprovvista di una personalità giuridica, di una banca e che effettua in tutto o in parte l'attività bancaria.

Caso: L'atto di citazione va notificato al soggetto giuridico in grado di rispondere, cioè devo citare la sede principale e non la succursale, pena la nullità della citazione in giudizio.

Attività ammesse al mutuo riconoscimento [Lettera f del secondo comma dell'articolo 1]: cioè le attività qui specificate possono essere esercitate in Italia non solo dalle banche italiane, ma anche da quelle comunitarie, e se autorizzate, anche dalle banche extra-comunitarie:

1. Raccolta di depositi o di altri fondi con obbligo di restituzione.

[Nella prima legge bancaria del '36 si diceva che l'attività bancaria è la raccolta del risparmio per l'esercizio del credito]

Fino al tardo medioevo la banca aveva solamente la funzione di deposito.

L'ordine dei templari iniziò ad utilizzare i depositi per erogare il credito, esercitando quindi attività di credito, e fu proprio questo l'inizio del concetto di banca come soggetto giuridico preposto alla raccolta del risparmio per l'esercizio del credito. Istituto del deposito irregolare: Il depositante non perde il titolo di proprietà del bene depositato presso il depositario. Esempio: se stipulo il contratto di autorimessa della mia auto non perdo la proprietà dell'auto. (deposito regolare)

Nel deposito irregolare, e lo sono tutti i depositi bancari, il depositante perde la proprietà del deposito, infatti con il contratto di deposito la banca acquista la proprietà del denaro depositato, con l'obbligo però di restituzione della somma trasferita.

Come mai nel contratto di cassetta di sicurezza il cassettista non perde il possesso dei beni e nei depositi bancari sì?

Perché questo modo di agire permette alla banca di avere la piena disponibilità del denaro e se non fosse così la banca dovrebbe chiedere l'autorizzazione al cliente per ogni movimento, il che renderebbe estremamente difficile, se non impossibile l'attività bancaria.

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).

Si intendono tutte le forme tecniche che vedono la banca prestare una somma ad un soggetto terzo, il quale si impegna a restituire la somma ricevuta più una quota interesse.

3. Il leasing finanziario.

Si tratta di un contratto atipico e si distingue tra leasing finanziario e leasing operativo.

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.

Ha natura di finanziamento tutta l'attività bancaria di concessione di garanzie ai propri clienti.

A volte, è invece la banca che si pone come fideiussore del cliente; in questo caso se il cliente non pagasse, il terzo si rivarrebbe sulla banca, così facendo la banca offre un finanziamento al cliente.

Nel caso in cui chi ha utilizzato la linea di credito all'estinzione del contratto non pagasse la banca, la banca si rivarrebbe sul fideiussore per rientrare del suo credito.

Caso: l'appaltatore deve eseguire l'appalto.

Nel caso in cui non esegua l'appalto correttamente o in tempo scattano delle penali.

Il committente per essere sicuro che l'appaltatore sia in grado di pagare le penali, si accetta che si iscrivano alle gare di appalto. solamente le imprese che sono in possesso di una garanzia di fideiussione bancaria.

5. Emissione e gestione di mezzi di pagamento ("travellers cheques", lettere di credito) nella misura in cui quest'attività non rientra nel punto 4.
6. Rilascio di garanzie e impegni di firma.
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 di interesse
8. Partecipazione alle emissioni di titoli e prestazioni di servizi connessi
 9. Consulenza alle imprese in materia di struttura finanziaria, di strategia industriale e di questioni connesse, nonché consulenza e servizi nel campo delle concentrazioni e del rilievo delle imprese
 10. Servizi di intermediazione finanziaria del tipo “money broking”
 11. Gestione o consulenza nella gestione di patrimoni
 12. Custodia e amministrazione di valori mobiliari
 13. Servizi di informazione commerciale
 14. Locazione di cassette di sicurezza
 15. Altre attività che, in virtù delle misure di adattamento assunte dalle autorità comunitarie, sono aggiunte all’elenco allegato alla seconda.

Dal punto 7 le attività non sono regolate solo dal TUB ma anche dal TUF, poiché oltre che essere attività bancaria si tratta anche di attività di intermediazione finanziaria.

Se alle banche autorizzate è concesso l’esercizio dell’impresa bancaria, ovvero la raccolta del risparmio e l’erogazione di credito, vi sono altri soggetti regolati dal testo unico bancario, legittimati all’esercizio della sola attività di finanziamento e sono i soggetti indicati nell’articolo 106 del TUB.

Che sono come tali espressamente nominati nel secondo comma dell’articolo 1, laddove per l’appunto si dice che sono intermediari finanziari i soggetti iscritti nell’elenco previsto dall’articolo 106.

L’articolo 106 prevede che l’esercizio nei confronti del pubblico dell’attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma è riservato agli intermediari finanziari autorizzati iscritti apposito albo tenuto da Banca d’Italia.

Oltre all’attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, possono questi soggetti prestare altri servizi, come ad esempio: emissione di moneta elettronica e prestazione di servizi di pagamento; la prestazione di servizi di investimento, se autorizzati dal TUF e altre attività loro consentite dalla legge.

Qual è un soggetto giuridico rientrante nella disposizione dell’articolo 106 del TUB in quanto soggetto che eroga finanziamenti ed esercita questa sua attività in forma di impresa commerciale?

Una società che rientra nell’ambito dell’articolo 106, in quanto concede finanziamenti nei confronti del pubblico è una società di leasing. Le quali nella misura in cui acquistano un bene e lo danno in locazione finanziaria ad un soggetto che pagherà un canone erogano un finanziamento a quel soggetto.

Nel senso che attraverso il leasing, che è una figura mista di locazione e proprietà, è attività di finanziamento in quanto il conduttore del bene in leasing non deve impiegare una somma di denaro necessaria per acquistare il bene in leasing, ma spalma l’impiego di denaro nel corso nel tempo, avendo così il vantaggio di non dover immobilizzare una grande somma di denaro.

Un’altra società che rientra nella disciplina dell’articolo 106 del TUB è la società di factoring.

Le società di factoring esercitano nei confronti del pubblico la cessione dei crediti, cioè acquistano crediti, e concedono finanziamenti derivanti dalla cessione di credito e, talvolta anticipando al soggetto il credito che egli ha nei confronti del terzo, finanziano la sua attività di impresa, ma deve essere chiaro che una società finanziaria di cui all’articolo 106 del TUB, che sia una società di leasing, una società di factoring o una società che esercita attività di credito al consumo, che finanzia gli acquisti di beni, sono regolate per quanto di competenza dal TUB, ma non possono essere considerate banche.

La società indicate nell’articolo 106 non sono considerate banche perché non sono autorizzate ad esercitare l’attività di raccolta di depositi sotto qualsiasi forma e quindi dei due elementi che compongono, collegati funzionalmente fra loro, l’impresa bancaria (erogazione finanziamenti e raccolta fondi) ne esercitano uno solo (erogazione di finanziamenti). Sono però vigilati da Banca

d'Italia.

Cambiando scenario...

Nel TUB c'è un'espressione che si trova per la prima volta nel decreto legislativo del 1993 ed è "stretti legami".

"Stretti legami": i rapporti tra una banca e un soggetto italiano o estero che:

1. Chi controlla la banca (art 2359)
2. Chi è controllato dalla banca
3. Chi è controllato dallo stesso soggetto che controlla la banca
4. Chi partecipa nella banca con una percentuale almeno pari al 20% del capitale con diritto di voto
5. Chi è partecipato dalla banca con una quota di almeno il 20% del capitale con diritto di voto.

Queste espressioni che si troveranno poi disciplinate nella parte del testo unico che regola la partecipazione al capitale sociale di una banca, altro non sono che un'applicazione di diritto speciale dell'azione di controllo societario di cui all'articolo 2359 del codice civile con specifiche indicazioni.

La norma codicistica, nel definire le partecipazioni di controllo individua come società controllante un'altra società o comunque un soggetto controllante una società, chi in quella società detiene la maggioranza di diritto del capitale sociale, che nella norma codicistica è individuata in misura pari o superiore alla metà più uno del capitale sociale; oppure chi ha una partecipazione con capitale sociale in misura inferiore alla metà più uno del capitale sociale, ma la partecipazione posseduta è tale da governare l'assemblea.

L'ipotesi più frequente è di un soggetto, normalmente una società che non ha la metà +1 del capitale sociale, ma ha il 10/15%, nelle grandi società quotate in borsa, la partecipazione di controllo può scendere addirittura al di sotto dell'1% del capitale sociale.

Perché è anche in questi casi individuato come soggetto che controlla la società?

Perché la partecipazione posseduta pur non rappresentando una quota di maggioranza assoluta è tale da determinare la volontà dell'assemblea.

In Italia la soglia del controllo di fatto di una società attraverso una partecipazione azionaria in misura inferiore alla metà più 1 del capitale sociale si aggira intorno al 15/20% del capitale sociale; il che significa che avendo il 15% del capitale sociale ho tanti voti da poter governare le delibere assembleari, che il restante 85% è diffuso tra migliaia di azionisti e che nessuno abbia una partecipazione superiore alla mia.

Qui la norma del TUB in parte mutua l'articolo 2359 del codice civile laddove dice chi controlla la banca, cioè maggioranza di diritto (la metà più uno del capitale sociale) oppure una partecipazione inferiore alla maggioranza di diritto, ma tale da governare l'assemblea.

O chi è controllato dalla banca, o chi è controllato dallo stesso soggetto che controlla la banca.

Ma la norma di diritto speciale è più rigorosa dell'articolo 2359 del codice civile, perché fissa delle partecipazioni di importo predeterminato prevedendo ex legem (per norma di legge) che se vi è un soggetto che partecipa al capitale della banca in misura pari almeno al 20% del capitale con diritto di voto, quel soggetto anche se per l'articolo 2359 del codice civile non potrebbe essere come soggetto controllante, per la norma di diritto speciale del TUB è un soggetto che controlla la banca.

Esempio: vi è un soggetto che di una banca ha il 20% del capitale sociale; vi è un altro soggetto che di quella banca ha il 30% del capitale sociale e altri soggetti che hanno partecipazioni di importo analogo.

Chi ha il 20% in base alla norma civilistica 2359 non può essere individuato come soggetto controllore della banca. Perché non ha di per sé la maggioranza di diritto (metà più uno del capitale sociale) oppure una partecipazione tale da dominare l'assemblea.

Nella struttura del TUB, chi ha il 20% o più del 20% del capitale sociale di una banca e la sua partecipazione è costituita da azioni con voto pieno, anche se non è socio di maggioranza di diritto o non è in grado di governare l'assemblea è comunque individuato come un soggetto controllore della

banca.

Come mai questa anomalia?

Anche se non è un soggetto che rientra nella nozione di controllo dell'articolo 2359, quindi è un soggetto che con i voti a disposizione non è in grado di dominare l'assemblea, è comunque considerato un soggetto che controlla la banca.

Questa ragione va individuata nell'intenzione e volontà del legislatore di rendere trasparente al mercato chi ha partecipazioni qualificate al capitale di una società bancaria.

Le variazioni in più o in meno di queste partecipazioni devono essere comunicate a Banca d'Italia. Ovviamente restano fuori dall'ambito della norma tutti quei soggetti con partecipazione inferiore al 20%.

Prosegue poi il secondo comma dell'articolo 1 del TUB con definizioni di nomenclatura di istituti di moneta elettronica:

h-bis) Istituti di moneta elettronica: Le imprese diverse dalle banche che emettono moneta elettronica

h-bis.1) Istituti di moneta elettronica comunitari: gli istituti di moneta elettronica aventi sede legale e amministrazione centrale in uno stesso stato comunitario diverso dall'Italia.

h-ter) «moneta elettronica»: il valore monetario memorizzato elettronicamente, ivi inclusa la memorizzazione magnetica, rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente che sia emesso per effettuare operazioni di pagamento come definite all'articolo 1, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, e che sia accettato da persone fisiche e giuridiche diverse dall'emittente.

Cioè tutte quelle realtà ignote alla legge bancaria del '36, ma anche al TUB nella sua forma primaria, che progressivamente stanno sostituendo i metodi di pagamento di massa e la moneta cartacea.

Definizione che tiene conto dell'evoluzione dell'istituto stesso nella lettera h-quarter del secondo comma dell'articolo 1 si indica cosa si intende per partecipazioni: le azioni, le quote e gli altri strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi o comunque i diritti previsti dall'articolo 2351, ultimo comma, del codice civile.

Parte che verrà trattata solo a cenni: Parte pubblicistica del TUB: parte dedicata al sistema di disciplina e di controllo e vigilanza operato dagli organi preposti sulle banche italiane e extra-comunitarie e nei limiti previsti dalla legge sulle società finanziarie, che esercitano concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma senza però esercitare attività di raccolta fondi, presenti nell'articolo 106 del TUB.

Chi sono i soggetti vigilanti?

- Il comitato interministeriale per il credito e il risparmio che ha una funzione di alta vigilanza sul sistema bancario. (CICR)
- Il MEF
- La Banca d'Italia (con la legge del '36 diventa il soggetto preposto alla vigilanza bancaria oltre che all'emissione di moneta.)

La banca d'Italia nelle diverse forme previste nei suoi regolamenti esercita attività di controllo sia sulla struttura dell'impresa bancaria (con riferimento ad esempio alle tecniche di redazione del bilancio di esercizio; alla sussistenza dei presupposti patrimoniali per poter proseguire l'impresa bancaria; alla gestione delle crisi dell'impresa bancaria), ma esercita anche l'attività di controllo e di vigilanza degli organi amministrativi e di controllo della banca.

Avendo il controllo della banca, hanno il potere oltre che informativo e quindi di chiedere informazioni ulteriori e diverse oltre a quelle riportate nel bilancio d'esercizio, e anche un potere ispettivo, quindi verificare sul campo il regolare adempimento degli obblighi di legge sia con riguardo alla struttura interna e sia con riguardo ai rapporti con la clientela; ed

esercita potere sanzionatorio, nel senso che la Banca d'Italia laddove rilevi delle anomalie di comportamento o degli illeciti, cioè delle violazioni delle norme di legge del TUB, sanziona gli amministratori, i sindaci, e la società di revisione con una tipologia diversificata di sanzioni che vanno dalla sanzione amministrativa sino alla possibilità di sospendere e anche di revocare gli organi amministrativi e di controllo convocando l'assemblea della banca per la nomina dei nuovi amministratori e dei nuovi sindaci.

Spesso si dice che Banca d'Italia intervenga quando ormai "i buoi sono scappati dalla stalla" e quindi si imputa a Banca d'Italia un comportamento omissivo, cioè il fatto di non adempiere pienamente ai suoi obblighi di vigilanza. [tant'è vero che anche se si tratta di uno/due casi molto isolati e molto sporadici è intervenuta la magistratura ordinaria, che in un caso ha sanzionato Banca d'Italia e che in altri due casi ha sanzionato CONSOB, per il fatto di non aver diligentemente esercitato in via preventiva l'attività di controllo e di vigilanza su alcune banche, e quindi il fatto di non averlo fatto ha concorso al dissesto della banca in danno dei correntisti]

Commenti e interpretazione delle norme che disciplinano l'attività di impresa bancaria.

L'articolo 10 e i seguenti del testo unico.

Articolo 10

(Attività bancaria)

1. La raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito costituiscono l'attività bancaria. Essa ha carattere d'impresa.

2. L'esercizio dell'attività bancaria è riservato alle banche.

3. Le banche esercitano, oltre all'attività bancaria, ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna, nonché attività connesse o strumentali. Sono salve le riserve di attività previste dalla legge.

Articolo 10: Norma che ha una sua valenza storica. È sostanzialmente, se pur integrata, la norma già contenuta nella legge bancaria del 1936 e qui quel collegamento funzionale tra raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito viene resa estremamente evidente.

Comma 1: Dietro la disposizione al punto 1 si apre un'analisi articolata e complessa.

Quali sono gli elementi interpretativi che devono essere ricordati per una corretta analisi di questa forma?

Innanzitutto i due baricentri dell'impresa bancaria (la raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito).

La corretta interpretazione della norma porta a leggere la disposizione in questo modo: "la raccolta di risparmio tra il pubblico finalizzata per l'esercizio del credito."

N.B → La sola raccolta di risparmio tra il pubblico, disgiunta dall'esercizio del credito non è impresa bancaria.

[Ad esempio Poste Italiane raccoglie risparmio tra il pubblico (deposito postale, emissione di obbligazioni postali) ma non esercita credito, per tale motivo non è una banca].

Questa interpretazione normativa assolve innanzitutto dal compito di individuare il soggetto esercente l'attività di impresa bancaria; e quindi come tale sottoposto al controllo di vigilanza dell'organo preposto.

Questa interpretazione normativa assolve due funzioni:

- In positivo: è una banca e come tale soggetta alla disciplina del testo unico bancario e delle norme regolamentari di Banca d'Italia e per quanto di competenza di consob, solo se l'attività di impresa esercitata è costituita dalla raccolta del risparmio per l'esercizio del credito.
- In negativo: Non qualifica come banca, e come tale non soggetta pienamente al TUB, quel soggetto giuridico che esercita o solo attività di raccolta di risparmio o solo attività di erogazione del credito.

Rilevante è anche l'ultima proposizione del 1° comma dell'articolo 10: "Essa ha carattere di impresa".

Qui c'è il rinvio alla nozione gius-commercialistica di imprenditore commerciale (Art. 2082 C.C e Art. 2195 C.C): È imprenditore commerciale, colui che esercita una attività di impresa, cioè di produzione di beni e di servizi destinata al mercato. E che esercita una di quelle attività soggette all'obbligo di pubblicità con l'iscrizione nel registro delle imprese della camera di commercio.

Chi è l'imprenditore commerciale?

È quel soggetto che ha tutti i requisiti previsti nell'articolo 2082 del codice civile, non è un imprenditore agricolo, ma è un imprenditore che esercita una delle attività soggette ad obbligo di registrazione nel registro delle imprese.

A tal proposito, la norma che contiene l'elenco delle attività soggette all'obbligo di iscrizione nei registri della camera di commercio è proprio l'attività bancaria o assicurativa.

Quindi quando si dice che essa ha carattere di impresa significa che la banca che esercita attività di raccolta di risparmio tra il pubblico ed esercizio del credito è un imprenditore commerciale, soggetto quindi allo statuto dell'imprenditore commerciale, anche se lo statuto è modificato dalla normativa di diritto speciale.

Come tutti gli imprenditori commerciali, anche la banca:

- Deve, oltre che assolvere compiti di pubblicità presso l'albo delle imprese bancarie, assolvere anche a quelli presso il registro delle imprese del luogo ove ha la sede legale.
- È tenuto alla tenuta delle scritture contabili obbligatorie oltre a quelli specificatamente richiesti dai regolamenti di Banca d'Italia
- È soggetto a procedure concorsuali in caso di insolvenza, anche se alla banca non si applica la procedura di fallimento, ma si applica un'omologa procedura liquidatoria che è la liquidazione coatta amministrativa.

In quel "Essa ha carattere di impresa" il messaggio che lancia il 1° comma dell'articolo 10 è che la banca è un imprenditore commerciale e quindi soggetta allo statuto dell'imprenditore commerciale oltre alla disciplina di pubblicità espressamente prevista dal regolamento di Banca d'Italia.

Ultima considerazione: Che la raccolta del risparmio e l'esercizio del credito costituiscono impresa bancaria solo se esercitata nei confronti del mercato.

Secondo comma: anche questa è una norma che risale al 1936, e nasce come risposta alla grande crisi del 1929 che aveva pesantemente coinvolto le banche di partecipazione fino ad allora operanti, ed è una norma di diritto speciale.

La norma dice che l'esercizio dell'attività bancaria è riservata alle banche, e l'attività di impresa bancaria è una attività che dalla banca deve essere esercitata in via esclusiva. [Dunque la banca non può esercitare altre attività se non quella di raccolta di risparmi, esercizio del credito e altre attività indicate nel 3° comma dell'articolo 10.]

Oggi una banca non esercita solo l'attività di raccolta del risparmio ed esercizio del credito, ma esercita anche attività di intermediazione finanziaria.

Cioè oggi la banca è legittimata a esercitare, nei confronti del pubblico, prestazioni di servizi di investimento come regolati dal TUF nel 1998.

La banca non può esercitare nessun'altra attività, in particolare attività di partecipazione, se non nei casi espressamente previsti dalla legge, in società industriali e commerciali, anche se poi in moltissimi casi le banche, attraverso controlli di fatto partecipano alle società industriali.

Si tratta di una norma di diritto speciale, sicuramente è una norma limitativa dell'autonomia e libertà di impresa di cui all'articolo 41 della costituzione. Non bisogna però dimenticare che l'articolo 41 pur riconoscendo la libertà di iniziativa economica privata e pubblica, al tempo stesso la limita dicendo che essa non può svolgersi con i principi dell'utilità sociale.

E non bisogna trascurare anche l'articolo 47 che individua nella tutela del credito una tutela costituzionale.

L'articolo 10 delimita quindi il soggetto banca con riferimento all'oggetto sociale, in particolare alle attività che costituiscono l'oggetto sociale, e qualifica questa attività come attività di impresa commerciale.

Cosa succede se un soggetto che non è banca nel significato del TUB esercita attività bancaria (banche di fatto)?

Soprattutto in passato vi sono stati numerosi casi di soggetti che esercitavano attività di raccolta di risparmio fra il pubblico per l'esercizio del credito senza autorizzazione di Banca d'Italia e quindi senza essere iscritti nell'albo delle imprese bancarie e hanno operato per anni senza che l'organo di vigilanza se ne accorgesse. (esempio: famoso caso della banca Giuffré)

Ancora oggi anche se in forma non così manifesta, esistono le banche di fatto. (esempio della banca popolare di Torino → non è mai esistito, ma al sud facevano circolare degli assegni circolari di questa banca.)

Come è gestita la banca di fatto?

Sotto il profilo della tutela dei correntisti con l'intervento di Banca d'Italia si applica alla banca di fatto il trasferimento dei conti ad altre banche e poi la banca di fatto viene assoggettata alla procedura di liquidazione coatta amministrativa.

ARTICOLO 11

Articolo 11

(Raccolta del risparmio)

1. Ai fini del presente decreto legislativo è raccolta del risparmio l'acquisizione di fondi con obbligo di rimborso, sia sotto forma di depositi sia sotto altra forma.
2. La raccolta del risparmio tra il pubblico è vietata ai soggetti diversi dalle banche.
- 2-bis. Non costituisce raccolta del risparmio tra il pubblico la ricezione di fondi connessa all'emissione di moneta elettronica.
- 2-ter. Non costituisce raccolta del risparmio tra il pubblico la ricezione di fondi da inserire in conti di pagamento utilizzati esclusivamente per la prestazione di servizi di pagamento.
3. Il CICR stabilisce limiti e criteri, anche con riguardo all'attività ed alla forma giuridica del soggetto che acquisisce fondi, in base ai quali non costituisce raccolta del risparmio tra il pubblico quella effettuata presso specifiche categorie individuate in ragione di rapporti societari o di lavoro.
4. Il divieto di raccolta del risparmio tra il pubblico non si applica:
 - a) agli Stati comunitari, agli organismi internazionali ai quali aderiscono uno o più Stati comunitari, agli enti pubblici territoriali ai quali la raccolta del risparmio è consentita in base agli ordinamenti nazionali degli Stati comunitari;
 - b) agli Stati terzi ed ai soggetti esteri abilitati da speciali disposizioni del diritto italiano;
 - c) alle società, per la raccolta effettuata ai sensi del codice civile mediante obbligazioni, titoli di debito od altri strumenti finanziari;
 - d) alle altre ipotesi di raccolta espressamente consentite dalla legge, nel rispetto del principio di tutela del risparmio.
- 4-bis. Il CICR determina i criteri per l'individuazione degli strumenti finanziari, comunque denominati, la cui emissione costituisce raccolta del risparmio.
- 4-ter. Se non disciplinati dalla legge, il CICR fissa limiti all'emissione e, su proposta formulata dalla Banca d'Italia sentita la CONSOB, può determinare durata e taglio degli strumenti finanziari, diversi dalle obbligazioni, utilizzati per la raccolta tra il pubblico.
- 4-quater. Il CICR, a fini di tutela della riserva dell'attività bancaria, stabilisce criteri e limiti, anche in deroga a quanto previsto dal codice civile, per la raccolta effettuata dai soggetti che esercitano nei confronti del pubblico attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi

forma.

4-*quinqües*. A fini di tutela del risparmio, gli investitori professionali, che ai sensi del codice civile rispondono della solvenza della società per le obbligazioni, i titoli di debito e gli altri strumenti finanziari emessi dalla stessa, devono rispettare idonei requisiti patrimoniali stabiliti dalle competenti autorità di vigilanza (1).

5. Nei casi previsti dal comma 4, lettere *c*) e *d*), sono comunque precluse la raccolta di fondi a vista ed ogni forma di raccolta collegata all'emissione od alla gestione di mezzi di pagamento a spendibilità generalizzata.

Commento:

La successiva norma dell'articolo 11 qualifica la nozione di raccolta di risparmio sia in positivo sia in negativo.

- In positivo: Ai fini del presente decreto legislativo è raccolta del risparmio l'acquisizione di fondi con obbligo di rimborso, sia sotto forma di depositi sia sotto altra forma.
- In negativo: La raccolta di risparmio tra il pubblico è vietata ai soggetti diversi dalle banche.

Vi sono delle situazioni (attività economiche) che tecnicamente sono raccolte di risparmio, ma che in negativo non sono qualificate come raccolte del risparmio, e quindi il soggetto che le esercita non è sottoposto alla disciplina del TUB. [Ad esempio non costituisce raccolta di risparmio tra il pubblico la ricezione di fondi connessa all'emissione di una carta di credito → Queste società ad esempio raccolgono fondi che utilizzano per la copertura delle spese effettuate con carta di credito, ma non sono delle banche. Inoltre esercitano un'attività di prestazione di un servizio di pagamento per conto altrui e quindi il denaro che viene raccolto è strumentale solo all'attività di pagamento attraverso carte di credito, carte prepagate, ecc., ma non sono considerate raccolta del risparmio.]

ARTICOLO 12

Articolo 12

(Obbligazioni e titoli di deposito emessi dalle banche)

1. Le banche, in qualunque forma costituite, possono emettere obbligazioni, anche convertibili, nominative o al portatore.

2. *(Abrogato)*

3. L'emissione delle obbligazioni non convertibili o convertibili in titoli di altre società è deliberata dall'organo amministrativo; non si applicano gli articoli 2410, 2412, 2413, 2414, primo comma, n. 3, 2414-*bis*, 2415, 2416, 2417, 2418 e 2419 del codice civile.

4. Alle obbligazioni convertibili in azioni proprie si applicano le norme del codice civile, eccetto l'articolo 2412.

4-*bis*. I commi 3 e 4 si applicano anche agli strumenti finanziari assoggettati alla disciplina delle obbligazioni prevista dal codice civile.

5. La Banca d'Italia disciplina l'emissione da parte delle banche delle obbligazioni non convertibili o convertibili in titoli di altre società nonché degli strumenti finanziari diversi dalle partecipazioni.

6. Le banche possono emettere titoli di deposito nominativi o al portatore. La Banca d'Italia può disciplinarne le modalità di emissione.

7. La Banca d'Italia disciplina le emissioni da parte delle banche di prestiti subordinati,

irredimibili ovvero rimborsabili previa autorizzazione della medesima Banca d'Italia. Tali emissioni possono avvenire anche sotto forma di obbligazioni o di titoli di deposito.

Commento:

Le banche poi possono emettere in qualsiasi forma costituita, sia società per azioni, sia società cooperativa per azioni (SCARL) obbligazioni anche convertibili nominative o al portatore (art. 12). Il fatto che questo diritto sia espressamente indicato sta a indicare che alle obbligazioni bancarie si applica non solamente la normativa civilistica in materia di emissione di obbligazioni, ma anche la specifica normativa di diritto speciale contenuta nel TUB ed in particolare nei regolamenti di Banca d'Italia che indicano le emissioni di obbligazioni.

I titoli obbligazionari emessi dalle banche sono compresi anche nel Testo Unico della Finanza del 1998.

Il capitolo successivo del TUB è dedicato alla disciplina delle condizioni che se sussistenti legittimano il soggetto imprenditore commerciale che esercita l'attività bancaria ad operare come impresa bancaria; ovvero l'autorizzazione di Banca d'Italia all'esercizio dell'impresa bancaria con l'iscrizione nel registro delle imprese e nell'albo delle imprese bancarie.

Non basta essere una S.p.A. che ha i requisiti specifici richiesti dal TUB e dal regolamento Banca d'Italia sotto il profilo del capitale sociale e dell'autonomia patrimoniale, ecc., ma l'esercizio dell'impresa bancaria può essere iniziato e quindi proseguito se e in quanto la società bancaria è autorizzata ad operare come banca con l'iscrizione nell'albo delle imprese bancarie tenuto da Banca d'Italia.

Lo stesso criterio vale anche per altri soggetti che operano nel mercato del credito o nella finanza in senso lato. (Ad esempio una SIM)

ARTICOLO 13

Articolo 13

(Albo)

1. Fermo restando quanto previsto dalle disposizioni del MVU in tema di pubblicazione dell'elenco dei soggetti vigilati, la Banca d'Italia iscrive in un apposito albo le banche italiane e le succursali in Italia di banche extracomunitarie, nonché le succursali delle banche comunitarie stabilite nel territorio della Repubblica.
2. Le banche indicano negli atti e nella corrispondenza l'iscrizione nell'albo.

Commento:

L'articolo 13 specifica che la Banca d'Italia iscrive in un apposito albo le banche autorizzate in Italia e le succursali delle banche comunitarie stabilite nel territorio della Repubblica.

Se una banca, pur avendo tutti i requisiti di diritto speciale previsti dall'ordinamento di riferimento (TUB), ma non è iscritta nell'albo delle imprese bancarie esercita un'attività illecita e come tale sarà sottoposta alla procedura di liquidazione coatta amministrativa.

Chi è l'imprenditore illecito?

Quel soggetto che esercita un'attività economica in contrasto con le leggi o l'ordine pubblico.

È anche impresa illecita quella società che esercita una attività di per sé lecita, ma che non abbia ancora ottenuto autorizzazione allo svolgimento di tale attività.

Articolo 14

L'articolo 14 prevede che Banca d'Italia autorizzi una società ad esercitare l'attività bancaria quando sussistano le seguenti condizioni:

- a)** sia adottata la forma di società per azioni o di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata (SCARL);

- a-bis)** la sede legale e la direzione generale siano situate nel territorio della Repubblica;
- b)** il capitale versato sia di ammontare non inferiore a quello determinato dalla Banca d'Italia;
 → il socio deve essere effettuare per intero il conferimento.
 → il capitale deve coincidere fino all'ultimo centesimo con il capitale versato.
- c)** venga presentato un programma concernente l'attività iniziale, unitamente all'atto costitutivo e allo statuto;
 → Presentazione di un piano industriale e finanziario
- d)** sussistano i presupposti per il rilascio dell'autorizzazione prevista dall'articolo 19 per i titolari delle partecipazioni ivi indicate;
- e)** i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo siano idonei, ai sensi dell'articolo 26;
 → specifici requisiti di professionalità: ad esempio essere stati dirigenti in imprese bancarie o assicurative. Requisiti che facciano capire che il soggetto sia adatto professionalmente a ricoprire ruoli di amministrazione nella banca.
- f)** non sussistano, tra la banca o i soggetti del gruppo di appartenenza e altri soggetti, stretti legami che ostacolano l'effettivo esercizio delle funzioni di vigilanza.
2. L'autorizzazione è rilasciata dalla BCE, su proposta della Banca d'Italia; è negata, dalla Banca d'Italia o dalla BCE, quando dalla verifica delle condizioni indicate nel comma 1 non risulti garantita la sana e prudente gestione.
- 2-bis. (Abrogato).*
3. Non si può dare corso al procedimento per l'iscrizione nel registro delle imprese se non consti l'autorizzazione del comma 1.
- 3-bis.* La revoca dell'autorizzazione è disposta dalla BCE, sentita la Banca d'Italia o su proposta di questa, quando sussiste una o più delle seguenti condizioni:
- a) sono venute meno le condizioni in base alle quali l'autorizzazione è stata rilasciata;
 - b) l'autorizzazione è stata ottenuta presentando false dichiarazioni;
 - c) è accertata l'interruzione dell'attività bancaria per un periodo continuativo superiore a sei mesi (1).
- 3-ter.* La revoca dell'autorizzazione è inoltre disposta dalla BCE, su proposta della Banca d'Italia, nei casi di liquidazione coatta amministrativa ai sensi dell'articolo 80 (2).
4. Lo stabilimento in Italia della prima succursale di una banca extracomunitaria è autorizzato dalla Banca d'Italia, sentito il Ministero degli affari esteri, subordinatamente al rispetto di condizioni corrispondenti a quelle del comma 1, lettere b), c) ed e) (3).
 L'autorizzazione è rilasciata tenendo anche conto della condizione di reciprocità.
- 4-bis.* La Banca d'Italia emana disposizioni attuative del presente articolo (4).

Le norme che disciplinano il sistema dell'impresa bancaria.

Norma dell'articolo 10 del TUB indica la nozione di attività bancaria richiamando la legge bancaria del '36 segnalando che la composizione della raccolta del risparmio pubblico e dell'esercizio del credito costituiscono l'attività bancaria, va interpretata come raccolta di risparmio tra il pubblico per l'esercizio dell'impresa bancaria, in quanto la raccolta del risparmio è necessaria per l'erogazione del credito.

In altre parole, la banca nell'esercizio del credito non impiega fondi propri (è espressamente vietato da Banca d'Italia), ma impiega denaro raccolto presso il pubblico, anche se il denaro che la banca

utilizza per l'esercizio del credito è di proprietà della banca, in quanto le forme tecniche degli strumenti di raccolta del credito sono da ricondurre nella forma di deposito irregolare. Le banche possono anche esercitare attività finanziarie, quindi le attività proprie del sistema dell'intermediazione finanziaria, come regolato dal TUF nel 1998.

La norma successiva disciplina le diverse tecniche di raccolta dei depositi: le banche possono anche drenare il risparmio tra il pubblico non solo nelle tradizionali forme (conti correnti e depositi), ma anche emettendo obbligazioni, che collocano poi nel mercato, o titoli di deposito.

Nel momento in cui la banca colloca nel mercato un prestito obbligazionario, quell'attività è un'attività che presenta un duplice profilo (attività finanziaria e raccolta del risparmio)
[È di tutta evidenza che nel momento in cui una banca emette un prestito obbligazionario e lo colloca presso un pubblico di consumatori allora si profila una fattispecie di conflitto di interesse. L'operazione non è vietata, ma a condizione che nei prospetti informativi che sono a corredo dell'emissione del prestito deve essere indicata la situazione di conflitto di interessi.]

Il TUF quando deve disciplinare i prodotti bancari che vengono collocati presso il pubblico dei risparmiatori, così come i prodotti finanziari e assicurativi, regola queste situazioni con norme specifiche contenute nel Testo Unico obbligando il soggetto in questione ad osservare le norme del TUF in particolare deve essere sottoscritto un contratto tra le parti, e nel contratto devono essere riportate le norme indicate dal TUF e dal regolamento CONSOB e il titolo obbligazionario collocato nel mercato è soggetto a particolari discipline di controllo a tutela del consumatore proprio al fine di garantire che non vi sia il rischio di insolvenza.

Dal complesso di norme (articolo 10 e 11) che disciplinano l'attività bancaria si evince il principio per il quale l'esercizio di attività bancaria è un esercizio riservato alla banca. → Soggetti che non sono banche non possono esercitare l'attività bancaria (Banca di fatto).

La banca vecchia banca universale (mista) che svolgeva attività imprenditoriale anche se in forma indiretta, cioè partecipando al capitale di società commerciali ed industriali, è una vicenda che ancora adesso in quanto espressamente vietata è indice del fenomeno patologico che aveva colpito il sistema bancario e industriale nel 1929 che ha portato all'insolvenza delle grandi banche di origine tedesca e di origine francese che operavano nel nostro sistema. Questa situazione ha portato alla legge bancaria del '36.

Una banca non può partecipare neppure in forma indiretta a società commerciali o industriali per evitare che si possa riproporre la situazione del '29 dove a seguito dell'insolvenza diffusa del sistema imprenditoriale si era verificata anche l'insolvenza diffusa del sistema bancario. In quest'ottica la disciplina normativa indica il perimetro dell'attività delle banche con il principio di esclusività sia nel senso che le attività bancarie possono essere svolte solo dalla banca, e che le banche non possono esercitare attività diverse da quella bancaria e finanziaria si collega poi a tutto il sistema che governa le procedure di controllo e di vigilanza di Banca d'Italia e di consob sul sistema stesso in un'ottica di tutela dei depositanti.

Il fatto che per esercitare l'attività bancaria occorra esercitarla utilizzando i tipi di società espressamente indicati dal legislatore (SCARL e S.p.A.), il fatto che queste società siano società di diritto speciale, ecc. (vd. Articolo 14).

Tutti questi elementi di diritto speciale (articolo 14) devono sussistere nel momento in cui la banca si presenta al mercato per esercitare l'attività bancaria e finanziaria, quindi per ottenere l'iscrizione all'albo delle imprese bancarie tenuto da Banca d'Italia.

L'atto amministrativo dell'iscrizione nell'albo produce automaticamente l'autorizzazione alla banca da parte di Banca d'Italia ad operare l'attività bancaria. → Senza autorizzazione si parla di impresa illecita.

I soggetti banca per quanto attiene sia la loro forma giuridica impiegata sia per quanto attiene particolari attività di impresa bancaria.

Prosegue il TUB individuando i soggetti banca per quanto attiene sia la loro forma giuridica impiegata sia per quanto attiene particolari attività di impresa bancaria.

Due ripartizioni:

1. Banca ordinaria → strutturata in forma di società per azioni
2. Banche popolari

Per la verità non vi è alcuna distinzione sotto il profilo dell'impresa bancaria esercitata da una banca popolare e da una organizzata in forma di S.p.A.

La distinzione esisteva in passato, poiché le banche popolari alla nascita, cioè all'inizio del '900, avevano una stretta correlazione con il territorio nel quale operavano, i crediti potevano essere concessi solo ai soci della banca cooperativa e non potevano aprire succursali oltre il territorio in cui operavano, ed erano quindi dei soggetti che raccoglievano risparmio e erogavano credito ma mirato all'esigenza dell'imprenditoria locale, in particolare per l'impresa artigiana.

Con il passare del tempo questi limiti sono venuti meno e di conseguenza non vi sono differenze a livello di attività svolta dalle due forme societarie.

Vi sono poi norme che se riferite all'epoca in cui sono state normate (1993) costituivano già in all'ora degli elementi di significativa originalità in quanto introducevano delle nozioni giuridiche che non erano conosciute da altri sistemi di imprese; con riferimento in particolare alla disciplina dei gruppi bancari che ancora oggi, nonostante la riforma del 2005 del diritto societario, non esiste una nozione ed una disciplina specifica di gruppo di società.

La società capogruppo risponde delle attività illecite e o comunque è responsabile per fatti commessi dalle società controllate nel gruppo.

[Esempio a tal proposito è la legge tedesca sui gruppi che risale al 1937, in cui si dice che dell'insolvenza di una società del gruppo risponde la società capogruppo.]

Come mai?

Perché il gruppo di imprese dal punto di vista della scienza aziendalistica è considerata un'unica impresa, ancorché esercitata da più soggetti, la logica è quella per la quale una società del gruppo è insolvente, l'insolvenza della società potrebbe essere ricondotta alla politica di gruppo definita dalla società capogruppo e quindi deve essere la società capogruppo a risponderne.

Nel nostro sistema questo principio non è stato recepito, vi sono norme che prevedono che una società controllante una società controllata, le azioni possedute dalla controllata nella controllante sono prive di diritto di voto.

Il gruppo bancario.

Nel 1993 entra in vigore il TUB e nel TUB compaiono più norme che disciplinano il gruppo bancario, poi la stessa scelta verrà fatta dal legislatore quando disciplinerà il gruppo dell'intermediazione finanziaria nel TUF, e poi per il gruppo assicurativo nel codice delle assicurazioni.

N.B. → Non esiste una nozione civilistica di diritto comune di gruppi di società (tranne gli articoli 2359 e seguenti, e l'articolo 2497 e seguenti), ma esiste invece una nozione di gruppo bancario, assicurativo e di intermediazione finanziaria. (articolo 60)

Articolo 60

È importante soffermarsi su questa norma, sia perché il gruppo bancario è normato in quanto tale, sia perché è riconosciuto come un soggetto che governa un sistema di società partecipate, al gruppo bancario sono attribuite specifiche funzioni e specifici compiti che se violati comporteranno la responsabilità dei vertici della società capogruppo.

La norma dice:

Articolo 60 (Composizione)

1. Il gruppo bancario è composto alternativamente:

- a) dalla banca italiana capogruppo e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate;
- b) dalla società finanziaria o dalla società di partecipazione finanziaria mista capogruppo italiana e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate, quando nell'insieme delle società da essa partecipate vi sia almeno una banca italiana controllata e abbiano rilevanza determinante, secondo quanto stabilito dalla Banca d'Italia, le partecipazioni in società bancarie e finanziarie (3).

Dalla lettera a) si può notare che il gruppo bancario è tale se vi è una banca capogruppo e se le società nel del gruppo sono banche, società finanziarie, o società strumentali, cioè società che hanno come attività di impresa attività connesse, funzionali e strumentali all'esercizio dell'impresa bancaria o dell'impresa dell'intermediazione finanziaria.

Nel gruppo bancario vi è una società capogruppo la quale utilizzando lo strumento partecipativo, strumento azionario (articolo 2359) controlla altre società come ad esempio altre banche e altre società finanziarie (art 106 del TUB) o società strumentali.

La nozione di controllo dell'articolo 2359 → il controllo può essere esercitato tramite il possesso azionario di una società che detiene azioni di altra società e un controllo di fatto, cioè un controllo che si verifica ma non attraverso lo strumento partecipativo, ma in forza particolari vincoli contrattuali che legano la controllante alla controllata.

Per quanto riguarda il controllo esercitato tramite il possesso azionario si hanno le ipotesi di maggioranza di diritto e maggioranza di fatto:

- La maggioranza in diritto è quando una società detiene la metà + 1 del capitale sociale
- La maggioranza di fatto è quando la percentuale di partecipazione è inferiore alla metà + 1 del capitale, ma la quota è tale da governare l'assemblea.

La lettera a) è quella che rifletta la realtà di oggi del gruppo bancario.

La lettera b) è un fenomeno meno diffuso rispetto alla lettera a) e si riferisce a gruppi finanziari nel cui ambito opera una banca partecipata di diritto italiano controllata da una società finanziaria che può essere anche di diritto comunitario.

In entrambi i casi però resta sempre fermo il principio per il quale il gruppo bancario, qualunque delle due lettere sia, la regola è sempre quella dell'esclusività dell'impresa esercitata, che opera sia come divieto di esercitare l'attività bancaria a chi non è banca, ma anche come divieto a chi è banca di svolgere attività diverse da quella bancaria.

Art. 61 (capogruppo)

1. Capogruppo è la banca italiana o la società finanziaria o la società di partecipazione finanziaria mista con sede legale in Italia, cui fa capo il controllo (2359) delle società componenti il gruppo bancario e che non sia, a sua volta, controllata da un'altra banca italiana o da un'altra società finanziaria o società di partecipazione finanziaria mista con sede legale in Italia, che possa essere considerata capogruppo.
→ *qui c'è una definizione di società bancaria sotto il profilo positivo e negativo:*
Positivo: è indicato che la banca, la società di partecipazione finanziaria o la società di partecipazione finanziaria mista che controlla un gruppo di banche, società finanziarie, dell'intermediazione finanziaria, strumentali e connesse
Negativo: La società capogruppo non deve essere controllata (Articolo 2359) da altre società bancarie, perché altrimenti sarebbe questa la società capogruppo.
2. (Abrogato)
3. Ferma restando la specifica disciplina dell'attività bancaria, la capogruppo è soggetta ai controlli di vigilanza previsti dal presente capo. La Banca d'Italia accerta che lo statuto della capogruppo e le sue modificazioni non contrastino con la gestione sana e prudente

del gruppo stesso.

4. La capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e di coordinamento, emana disposizioni alle componenti del gruppo per l'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo. Gli amministratori delle società del gruppo sono tenuti a fornire ogni dato e informazione per l'emanazione delle disposizioni e la necessaria collaborazione per il rispetto delle norme sulla vigilanza consolidata.
→ Art 2359 e Art 2497 e seguenti del codice civile
5. Alla società finanziaria e alla società di partecipazione finanziaria mista capogruppo si applica l'articolo 52.

L'articolo 61 fissa i principi che commutano in un gruppo bancario prescrivendo regole di comportamento che se violate comporteranno la responsabilità della società capogruppo che non è dato ritrovare per quanto riguarda gruppi di società di diritto comune e che non esercitano attività bancaria, finanziaria o assicurativa.

I commi successivi disciplinano per contro quelli che sono compiti, funzioni e responsabilità della capogruppo del gruppo bancario.

Ferma restando la specifica disciplina della attività bancaria, la capogruppo è soggetta ai controlli di vigilanza previsti da Banca d'Italia che accerta che lo statuto della capogruppo non contrasti con la gestione sana e prudente del gruppo stesso.

La società capogruppo di un gruppo bancario esercita attività bancaria e come tale è soggetta alle attività di controllo e di vigilanza che Banca d'Italia pone in essere.

Ma la società capogruppo è soggetta ad un'ulteriore sistema di controllo e di vigilanza, questo controllo ha per fine quello di accertare che la capogruppo eserciti una politica di gruppo connotata dalla regola della gestione sana e prudente del gruppo stesso.

Come vanno interpretate queste espressioni?

Sta a significare che la società capogruppo non solamente è titolare della sua impresa bancaria, ma è anche titolare dell'impresa bancaria di gruppo, pur conservando le società partecipanti al gruppo una propria autonomia patrimoniale, una propria soggettività giuridica, ma la gestione del gruppo, e quindi le indicazioni delle direttive e delle prescrizioni che il gruppo impartisce alle società del gruppo, è della società capogruppo, la quale ha l'obbligo a che tutte le società del gruppo e quindi il gruppo stesso sia caratterizzato da una gestione sana e prudente.

Cosa vuol dire sana e prudente?

Espressione che ricorre spesso nel mondo delle società bancarie, vuol dire che le scelte di impresa che vengono adottate in una logica di gruppo devono essere tali da non recare pregiudizio al patrimonio delle società singole e quindi al patrimonio di gruppo, al fine della tutela del sistema dei risparmiatori che accede al gruppo bancario.

La società capogruppo non governa solo la sua impresa bancaria, ma governa anche l'impresa di gruppo.

Quindi chi decide la politica di gruppo e chi risponde se lo stato di insolvenza è stato provocato da scelte della capogruppo non connotate dalla regola della sana e prudente gestione è la società capogruppo.

L'obbligo di tenere una gestione sana e prudente del gruppo comporta una serie di poteri per la capogruppo, e questi poteri sono vincolanti per le società partecipanti.

Nel momento stesso in cui Banca d'Italia impartisce alla società capogruppo regole, prescrizioni, direttive mirate alla stabilità del credito, di esercizio, ecc.. la capogruppo deve ribaltarle sulle società del gruppo e deve vigilare che queste istruzioni, direttive e prescrizioni siano adempiute. Questo sta già nelle norme civilistiche 2497 e seguenti del codice civile che ne disciplinano le attività di direzione e di coordinamento, ma è ulteriormente rafforzato dal momento che per l'articolo 2497 non c'è un organo di vigilanza che a monte impartisce istruzioni.

Qui, nella specificità del TUB vi è a monte l'organo di vigilanza che nell'esercizio della sua attività di controllo e di vigilanza impartisce istruzioni e direttive alla capogruppo che a sua volta le girerà alle società del gruppo e controllerà a sua volta che queste istruzioni siano adempiute. → Tant'è che gli amministratori delle società del gruppo sono tenute a fornire ogni dato alla capogruppo per il rispetto delle norme sulla vigilanza consolidata.

Perché questo sistema?

Perché Banca d'Italia possa tramite la società capogruppo esercitare attività di vigilanza consolidata sulle società del gruppo.

In modo molto significativo da queste norme emerge un ulteriore elemento: costruendo il gruppo bancario, individuando la capogruppo, chi sono le società partecipanti al gruppo, prevedendo un sistema di controllo e di vigilanza esercitato da Banca d'Italia tramite il sistema di vigilanza consolidata, emerge l'unicità dell'impresa bancaria che è esercitata tramite tanti soggetti di diritto quanti sono la capogruppo e le società del gruppo ma l'impresa bancaria è individuata nella sua unicità.

Nel 1993 se pur riferito al mondo dell'impresa bancaria, la stessa regola verrà poi ripetuta per imprese finanziarie e assicurative, il legislatore prende atto e riconosce costruendo il sistema di vigilanza consolidata di gruppo che se esiste anche in punto di diritto una nozione di impresa di gruppo che ha una sua unitarietà.

Se si deve assistere una società di un gruppo per verificare il suo stato di salute (livello di solvibilità) si va a vedere il bilancio d'esercizio della società, ma si deve osservare anche il bilancio consolidato, questo perché il bilancio di una società partecipata può esporre una situazione florida e sicura, ma quella realtà dice poco di una logica di gruppo.

Proprio per la particolarità dell'insieme di diritti, doveri e responsabilità che connotano l'impresa della società capogruppo che esercita oltre all'attività bancaria anche un'attività di coordinamento delle società del gruppo.

Proprio perché sulla capogruppo il legislatore fa convergere funzioni e obblighi, questo si ribalta nell'applicazione di maggior rigore per i soggetti che esercitano l'attività di amministrazione e di direzione facente parte del gruppo bancario.

ARTICOLO 62

Articolo 62 (4)

(Idoneità degli esponenti)

1. Ai soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso la società finanziaria e la società di partecipazione finanziaria mista capogruppo si applica l'articolo 26 e le relative disposizioni attuative, salvo quanto previsto dall'articolo 67-bis.

Cosa sta dietro le parole amministrazione, direzione e controllo?

Gli amministratori sono i membri del Consiglio d'amministrazione, direzione sono i direttori generali o i dirigenti, controllo sono i membri del collegio sindacale, ma attenzione perché l'espressione controllo non si riferisce solamente ai membri del collegio sindacale che esercitano la loro attività sindacale, ma anche alla società di revisione che svolge attività di tenuta dei conti. Non esiste solo l'albo delle banche, ma esiste anche l'albo dei gruppi bancari, e la capogruppo ha l'obbligo di comunicare a Banca d'Italia le variazioni del gruppo ai fini di pubblicità, trasparenza di mercato, ai fini della rilevazione di situazioni di conflitto di interessi.

Caso: Normalmente in un gruppo bancario di diritto italiano che abbia sede in Italia o meno, fa parte del gruppo una società che non esercita un'attività di impresa bancaria, né finanziaria, ma che esercita un'attività strumentale all'impresa bancaria o finanziaria, cioè quella di accedere al mercato primario dei titoli, in particolare obbligazioni, negoziate in mercati non regolamentati sottoscrivendo quindi questi prestiti obbligazionari emessi da stati esteri per poi ricollocarli nell'ambito del gruppo perché siano negoziati sul mercato secondario, cioè con la clientela retail.

Il caso più noto che aveva coinvolto tutti i gruppi bancari fu il caso dei bond argentini. L'Argentina emetteva prestiti obbligazionari che venivano negoziati nel mercato primario a livello comunitario e nel mercato primario non poteva operare un investitore qualsiasi, ma solamente investitori istituzionali, perché queste emissioni erano connotate da particolari profili di rischio e quindi si riteneva che l'investitore istituzionale potesse valutare adeguatamente il livello di rischio e affrontarne le conseguenze.

Cosa era accaduto?

Che la società del gruppo bancario che per attività impresa aveva unicamente la sottoscrizione in prima emissione di titoli emessi dallo stato argentino sottoscriveva una quantità di questi titoli. Trattandosi di una società appartenente al gruppo bancario era qualificata come investitore istituzionale, quindi in grado di verificare e di comprendere tutte le informazioni contenute nei prospetti informativi a corredo di queste obbligazioni, ma poi accadeva che queste obbligazioni non erano mantenute nel patrimonio della società del gruppo bancario che le aveva sottoscritte in prima emissione, ma venivano dalla società collocate presso le banche del gruppo bancario.

N.B. → Nulla di illecito, poiché non vi è alcuna norma, né nel TUB, né nel TUF che impedisca ad una società bancaria o di intermediazione finanziaria di negoziare, per conto della propria clientela, titoli sottoscritti in prima emissione da una società del suo gruppo; ma alla condizione che nel momento in cui la banca retail negoziava per conto dei suoi clienti (risparmiatori) le obbligazioni in questione (sottoscritte in prima emissione dalla sua società di collocamento nel mercato primario), comunicasse in sede di negoziazione di questi titoli all'investitore, il cui interesse è quello di comperare questi titoli, la posizione di conflitto di interessi.

La comunicazione della situazione del conflitto di interessi non era mai avvenuta e quando poi consob e Banca d'Italia avevano avviato un procedimento istruttorio nei confronti delle banche per aver negoziato titoli sottoscritti da una società del loro gruppo e poi collocati nel mercato retail i vertici delle banche capogruppo dicevano che non sussistesse il conflitto di interessi perché la società sottoscrittrice operava in piena autonomia e non era soggetta ad istruzioni del gruppo.

Questa tesi, anche se effettivamente non c'erano state direttive da parte della capogruppo alla società di sottoscrizione, però oggettivamente si era verificata una situazione di conflitto di interesse non denunciata all'investitore, tanto che consob aveva sanzionato gli organi gestori della capogruppo con pesanti sanzioni amministrative.

Questa situazione verrà utilizzata anche dal giudice civile che doveva decidere della controversia tra chi aveva acquistato i titoli in questione (esempio: bond argentini, Cirio, Parmalat) e la banca che li aveva venduti in contropartita diretta e non ha adempiuto l'obbligo di comunicare il conflitto di interesse per condannare la banca al risarcimento del danno pari all'importo che il risparmiatore aveva investito in queste obbligazioni.

Viceversa se negoziando queste obbligazioni (Bond argentini, Cirio, Parmalat) la banca avesse avvisato i clienti del conflitto di interessi sarebbe stata immune da qualsiasi censura e condanna.

Tutto questo per indicare l'utilità di pubblicità dell'albo dei gruppi bancari.

Il risparmiatore ha la possibilità di verificare se la banca versa in conflitto di interessi, accedendo al sito Banca d'Italia dell'impresa capogruppo e può vedere l'esatta composizione del gruppo bancario e di conseguenza verificare se sussistono delle situazioni di conflitto di interessi.

Le norme (di sola lettura) 65 e seguenti disciplinano le attività di vigilanza e le diverse fattispecie della vigilanza.

Parte privatistica della disciplina delle attività bancaria (art 115 e ss. Del TUB)

Le norme recepite dal TUB degli articoli 115 e seguenti avevano trovato una prima definizione

della legge del 1990 denominata normativa sui rapporti bancari.

Tale norma aveva introdotto la regola di pubblicità del sistema bancario, cioè comunicare al mercato termini, condizioni e modalità di esercizio delle prestazioni dei servizi bancari; aveva introdotto l'obbligo di forma scritta per i contratti bancari e aveva apportato modifiche a norme del codice civile in materia di legge.

Nel 1990 è quindi fissato il principio per cui tutti i contratti bancari potevano essere ritenuti validi ed efficaci se perfezionati in forma scritta tra banca e cliente. Per tutta una serie di ragioni non aventi a che fare con il diritto, la maggior parte delle banche aveva applicato questa legge solo in parte, cioè solo a quei contratti che già prima della legge erano stipulati in forma scritta, e fa questo non per rispettare la legge, ma per tutelare sé stessa. → (un contratto da sempre era perfezionato per iscritto, il contratto di conto corrente per corrispondenza).

Vi è un'unica norma che afferma che le operazioni bancarie possono essere regolate in conto corrente. Il conto corrente viene individuato come strumento di esecuzione di un altro contratto. Questo contratto veniva stipulato per iscritto perché non essendo munito di una disciplina legale veniva utilizzato come contenitore delle norme predisposte in sede di associazione bancaria italiana (ABI).

L'ABI intendeva tutelare la posizione contrattuale della banca, e quindi il conto corrente era contenitore di norme che erano espressione di uno squilibrio contrattuale a favore della banca.

Come mai queste norme pur norme ABI che regolavano il conto corrente erano da ritenersi valide ed efficaci?

In forza di un principio per il quale le norme in un contratto, a condizione che non siano contrarie ai principi dell'ordine pubblico, hanno valore di legge tra le parti.

ESEMPIO: [In favore della banca il danno e in danno del cliente.] Il contratto di pegno.

Contratto di garanzia che viene stipulato con un creditore e un debitore in forza del quale un bene mobile esce dalla disponibilità del datore del pegno per entrare nella disponibilità del creditore pignoratizio che lo usa non alterandone la funzione e di non diminuirne il valore. Se al termine il debitore non adempie all'obbligazione, il creditore non diventa proprietario del pegno, ma deve vendere il pegno e rivalersi sul ricavato. Se il pegno ecceda il valore stabilito il pegno deve essere costituito in forma scritta, se così non fosse il creditore in caso di insolvenza non può rifarsi sul valore della vendita del pegno.

Sul contratto si legge che se la banca è creditore nei confronti di un correntista la banca ha diritto di pegno e di ritenzione su qualsiasi altro bene del correntista presso la banca

Cosa sta a significare?

Che senza necessità di stipulare questo pegno in forma atipica, ma solo per le norme presenti sul contratto di conto corrente, se ad esempio un correntista "va in rosso" ad esempio emissione di assegno scoperto la banca ha due alternative: fa protesto, ma può discrezionalmente concedere un'apertura di credito temporanea per un importo pari all'assegno emesso allo scoperto, questo succede però se la banca prende a pegno un bene dal cliente.

Cosa succede?

La banca diventa temporaneamente creditore del cliente.

Si suppone che il correntista che ha emesso l'assegno allo scoperto coperto dal credito della banca abbia un altro conto corrente con provvista. La banca a questo punto senza nulla comunicare al cliente va a soddisfarsi del suo credito con il debito che la banca ha nei confronti del correntista con l'altro conto che ha disponibilità fondi. Qui c'è il fenomeno della compensazione e rientra dell'affidamento temporaneo.

Il caso più significativo è contenuto nella stessa norma di conto corrente e permette alla banca di rientrare dei propri crediti.

Ritorniamo sempre al caso dell'assegno scoperto, se il titolare fosse possessore di un portafoglio titoli, nel quale sono presenti titoli di stato, la banca può esercitare, senza contratto di pegno, un pegno su quei titoli, perché c'è una norma presente sul contratto di

conto corrente e firmata dal correntista, e li vende rivalendosi sul ricavato sino a soddisfare il credito concesso al correntista per l'anticipazione dell'assegno.

La banca in questo caso esercita la funzione del creditore pignoratorio anche senza che venga stipulato tra le parti un contratto di pegno

Caso ancora più estremo: la norma del contratto di conto corrente dice che la banca ha la facoltà di esercitare il diritto di pegno e di ritenzione sui beni di pertinenza del correntista senza necessità di dover provare che quei titoli sono di proprietà di correntista emittente dell'assegno scoperto. Esempio di presa a pegno di titoli dal portafoglio titoli cointestato tra debitore e un terzo soggetto. La banca può esercitare il suo diritto sul conto deposito cointestato anche tenendo all'oscuro di tutto questo il cointestatario.

Se il cointestatario va a fare un estratto conto titoli non troverà più i BOT venduti dalla banca.

Se si recasse in banca lamentandosi di ciò non avrebbe ragione perché la norma contrattuale del conto deposito e conto corrente prevedono questa fattispecie e non prevedono l'obbligo della banca di informare il cointestatario.

Il cointestatario si rifarà sul debitore cointestatario che dovrà ricostituire la provvista.

La forma scritta del conto corrente non è ad substantiam, ma ad probationem.

Cosa era accaduto nel 1990?

Nonostante l'opinione contraria dei legali e dei consulenti esterni della banca che raccomandavano di adempiere alla legge, il sistema bancario, a parte rare eccezioni, aveva ignorato la norma di legge, sostenendo che l'apertura di credito ha una sua disciplina legale, ma soprattutto sostenendo che il contratto di apertura di credito è un pezzo del conto corrente di corrispondenza.

Cosa successe in conseguenza?

Che non pochi correntisti affidati, in forza delle sole norme di conto corrente, nel momento in cui la banca recedeva dal contratto di apertura di conto corrente e chiedeva la restituzione delle somme affidate e non restituite nel corso del rapporto, con l'aggiunta degli interessi superiori a quelli legali, il cliente citava la banca in giudizio e mancando il contratto stipulato per iscritto stipulato distintamente dal conto corrente il cliente vinceva la causa.

Dopo una serie di decisioni, le banche hanno dato ascolto ai consulenti che prospettavano questo comportamento giurisprudenziale e dal 1993, con l'entrata in vigore del TUB, il contratto di apertura di conto corrente non sarà più compreso nel contratto di conto corrente, ma sarà un contratto a sé.

Il principio contenuto nella legge del 1990 (trasparenza) verrà poi ripreso nel TUB in modo inequivoco, tant'è che le banche si sono adeguate e tutti i loro contratti sono redatti per iscritto.

Fideiussione.

La legge del 1990 disciplinava anche un altro istituto centrale dei rapporti tra il sistema della banca e il sistema della clientela finanziaria (che riceve un finanziamento da parte della banca).

I finanziamenti che da quel momento, come oggi, sono concessi o a fronte di garanzie concesse o direttamente dal cliente finanziato o da terzi nell'interesse del cliente.

Tra le garanzie personali concesse da terzi in favore della banca finanziatrice e negli interessi del cliente finanziario c'è la fideiussione.

Negli anni '60 la banca crea un modello contrattuale di fideiussione diverso da quello civilistico.

Definizione di fideiussione?

Obbligazione che si assume il garante nei confronti del creditore di un terzo obbligandosi ad adempiere l'obbligazione nell'ipotesi in cui l'obbligato principale (fideiubito) non fosse in grado di adempiere quanto si era impegnato nei confronti del creditore.

La fideiussione civilistica ha alcuni elementi che la qualificano:

- È un negozio di garanzia che vede il fideiussore agire in seconda battuta (sussidiarietà).
- Causalità: il fideiussore è nella stessa posizione del debitore poiché tutte le eccezioni che il

fideiubito (debitore) potrebbe rivolgere al creditore possono essere sollevate anche dal fideiussore.

- Il fideiussore risponde nei limiti del debito del debitore garantito.

Fideiussione bancaria

Nel corso degli anni il modello civilistico della fideiussione viene, nel mondo bancario, totalmente modificato, fino a creare per volontà delle parti un nuovo modello di contratto di garanzia (fideiussione bancaria o omnibus).

Questo nuovo contratto di garanzia, creato dal sistema bancario al fine di garantire la prestazione del debitore, innanzitutto si qualifica come obbligazione autonoma e principale rispetto alla fideiussione civilistica.

Nella fideiussione bancaria (omnibus) si perdono gli elementi caratterizzanti la fideiussione civilistica (sussidiarietà, causalità, limiti di debito).

→ La causalità si perde perché la fideiussione omnibus diventa un negozio astratto.

[Negozio astratto → Nella fideiussione omnibus c'è una clausola in cui è scritto che il fideiussore risponde per tutte le obbligazioni nei confronti della banca del fideiubito già poste in essere al momento della sottoscrizione e quelle che nascono dopo la stipulazione della fideiussione.]

Quale elemento connotava il rapporto fideiussorio?

La struttura di questa fideiussione omnibus poneva il fideiussore nella condizione di rispondere delle obbligazioni presenti, passate e future del fideiubito indipendentemente dal fatto che fosse, o non fosse, stato posto a conoscenza di queste obbligazioni.

Ci sono ancora due elementi:

1. Nella fideiussione omnibus non era indicato il limite massimo di esposizione del fideiussore.
 - anche se si era la clausola che prevedeva l'adempimento dell'obbligazione fideiussoria per tutti i debiti presenti, passati o futuri del debitore garantito, il contratto di fideiussione non indicava un importo massimo garantito.
2. Un ulteriore elemento è che nella fideiussione omnibus il credito garantito è un credito esigibile a prima richiesta (o a semplice richiesta scritta). [La banca si soddisfa subito sul patrimonio del fideiussore]

→ Nel tempo si era venuta a creare una serie di situazioni patologiche.

Un esempio: Alla morte di un soggetto, i suoi eredi accettano l'eredità e non avevano nessuna conoscenza del fatto che il de cuius aveva concesso ad una banca una garanzia fideiussione omnibus, quindi non avevano alcun timore che il patrimonio ricevuto in eredità e accettato senza beneficio di inventario potesse essergli portato via.

Dopo qualche tempo, si vedono recapitare dalla banca una lettera raccomandata con avviso di ricevuta, in cui la banca dice che il de cuius aveva dato una garanzia fideiussoria senza limiti di importo, nell'interesse di una società Alfa, cliente affidata della banca, la quale è stata dichiarata fallita, e di conseguenza essendosi l'obbligazione trasferita agli eredi per vincolo ereditario, questi ultimi sono tenuti a pagare la somma di denaro garantita dalla fideiussione.

Il legislatore interviene con la normativa sulla trasparenza del 1990 e modifica alcune norme nel contratto di fideiussione civilistica che per volontà del legislatore si trasferivano anche al contratto della fideiussione omnibus.

Due di queste regole:

- Al momento in cui veniva concessa una garanzia fideiussoria, anche per obbligazione future, la fideiussione (sia civilistica che omnibus) poteva essere ritenuta valida ed efficace se nel momento in cui era concessa nella fideiussione era

- indicato l'importo massimo garantito (comprensivo di interessi, spese, ecc)
- Soprattutto per via giurisprudenziale si impone alla banca un obbligo informativo, cioè se varia l'importo di esposizione debitoria del fideiubito la banca finanziatrice ha l'obbligo di informare anche il fideiussore.
 - il fideiussore può decidere di uscire dal contratto di fideiussione omnibus, ma per volontà contrattuale questo recesso è un recesso che comporta comunque pesanti obblighi per il fideiussore (pagamento di tutta l'esposizione debitoria del cliente garantito entro i limiti dell'importo massimo garantito).

N.B. → Pur essendo intervenuto il legislatore a garanzia del fideiussore stabilendo un tetto massimo di importo richiedibile, le altre clausole della fideiussione omnibus non sono state "toccate" (in particolare quella per il quale il fideiussore non possa sollevare eccezioni).

Caso clausola per il quale il fideiussore non può sollevare eccezioni: La banca pretende nei confronti di un soggetto garantito la restituzione una certa somma di denaro composta di capitale e interessi, ma questi interessi erano stati conteggiati con il criterio, poi diversamente normato dalla legge, della capitalizzazione trimestrale degli interessi.

Il cliente invoca il criterio di anatocismo davanti al giudice che dà ragione al cliente.

Questa è un'eccezione ex legem che il cliente garantito può opporre alla banca.

Il cliente non paga quanto richiesto dalla banca, allora la banca si rivale sul fideiussore, e chiede al fideiussore il pagamento di una somma data da capitale più interesse capitalizzati trimestralmente (chiesto prima).

A questo punto vi sono due teorie di giurisprudenza opposte.

Vi è giurisprudenza che dice che poiché la fideiussione omnibus è una fideiussione astratta che non ha un legame con il rapporto sottostante banca - cliente garantito e poiché il fideiussore è tenuto a pagare a prima richiesta senza poter sollevare eccezioni, il fideiussore si vede costretto a pagare la somma.

Il fideiussore può evitare il pagamento solo nel caso dell'exceptio doli (eccezione di dolo), ovvero quando il fideiussore si rifiuta di pagare a fronte di un comportamento doloso da parte della banca.

In questo caso molti fideiussori sono riusciti a liberarsi dall'obbligo di pagare quanto richiesto dalla banca perché invocando l'illiceità della capitalizzazione trimestrale, nel momento in cui la banca chiedeva loro il pagamento degli interessi capitalizzati trimestralmente, chiedevano che il giudice accertasse che il comportamento della banca era un comportamento doloso o colposo, perché in violazione di una norma di legge e sono riusciti ad evitare il pagamento delle somme richieste.

Il recesso.

Al fideiussore è consentito recedere a condizione che paghi quanto in quel momento il cliente garantito deve alla banca.

Uscire da un contratto di fideiussione si può fare, ma è quasi impossibile.

Il recesso è un recesso che vede il fideiussore liberato da successivi adempimenti ma fino ad un certo punto, nel senso che la norma pattizia prevede che nel caso in cui il cliente garantito fosse assoggettato ad una procedura concorsuale (fallimento) si verifica il fenomeno della reviviscenza del rapporto fideiussorio e il fideiussore risponderà nei confronti della banca, entro i limiti dell'importo massimo garantito, delle somme che la banca non è riuscita a recuperare dal soggetto fallito.

Caso: il fideiubito offre una fideiussione nei confronti di un terzo.

Il fideiussore principale non deve essere per forza informato.

In caso di inadempienza del terzo la banca si rivarrà sul fideiussore (il mio fideiubito), ma la banca se valutasse che questo soggetto, che è da me garantito con fideiussione, non è

solvibile o non facilmente solvibile può rifarsi su di me (primo fideiussore)
 [Tutto questo si verifica per la clausola per la quale il fideiussore risponde per tutte le obbligazioni presenti, passate e future]

Morale: NON concedere MAI fideiussioni!

Proprio intervenendo sia sulla materia dei contratti di banca, sia su quelli di diritto comune il legislatore del '90 ha iniziato a costruire una trama che sarà riversata nel TUB del 1993.

Dato un riferimento all'obbligatorietà della forma scritta del contratto o alla necessità di imporre un importo massimo garantito e di obbligare la banca del fideiussore, qual è l'elemento comune sottostante la ratio di questi elementi (questa ratio costituirà l'asse portante del sistema di disciplina dei rapporti contrattuali tra banca e cliente.)?

L'obbligo dell'informare. Tanto il TUB, per quanto riguarda la regolamentazione dei rapporti banca - cliente, quanto il TUF che è modellato sul TUB su questo profilo, hanno come scheletro portante riguardante questa disciplina l'informazione, cioè l'obbligo dell'intermediario di informare la controparte.

I contratti bancari, così come i contratti dell'intermediazione finanziaria, fino all'entrata in vigore della legge del 1990 e poi del TUB e del TUF erano contratti a forma libera.

Perché il legislatore negli articoli 115 e seguenti del TUB ha voluto sacrificare quello che era un principio liberista del codice civile (libertà di forma)?

Perché il legislatore si è immaginato che obbligando entrambe le parti a sottoscrivere un contratto, quel contratto possa far capire a chi lo firma le condizioni contrattuali che sta accettando.

Articoli 115 e seguenti del TUB. (Norme cardine)

Le norme in questione sono legate da un filo comune, ed è il filo dell'informazione.

Il legislatore ritiene l'informazione un elemento essenziale per il perfezionamento dei rapporti.

L'informazione viene intesa come strumento di tutela della posizione del correntista.

Le norme riportate nel titolo sesto "trasparenza delle condizioni contrattuali nei rapporti con i clienti" sono certamente norme dirette a disciplinare il contratto perfezionato tra banca e cliente, qualsiasi sia il contratto di riferimento, e per tanto nell'ipotesi in cui la banca dovesse violare le norme contrattuali e il cliente per effetto della violazione da parte della banca di queste norme, potrà pretendere dalla banca un risarcimento del danno, rispondendo la banca a titolo di responsabilità contrattuale.

L'articolo 116 che tratta della pubblicità (responsabilità extra-contrattuale; Art 2043 del codice civile) impone alla banca adempimenti agli obblighi informativi nei confronti del mercato (ad incertam personam).

Questi obblighi informativi devono essere adempiuti e se non adempiuti comportassero un danno verso un terzo anche non contraente la banca dovrà risarcire il danno patito dal terzo.

La stessa scelta è stata adottata dal legislatore anche nella disciplina dei servizi finanziari.

Anche nel TUF è regolamentata la responsabilità contrattuale dell'intermediario finanziario nell'ipotesi in cui dovesse violare il contratto dell'intermediazione finanziaria e dalla violazione conseguisse un danno per il cliente; ma è anche regolata la responsabilità extra-contrattuale dell'intermediario nei confronti di terzi non clienti, allorquando sono poste a carico dell'intermediario obblighi informativi a prescindere dalla stipulazione di un contratto.

Articolo 115

Ambito di applicazione delle norme dirette a disciplinare le operazioni e i servizi bancari e finanziari.

Articolo 115 (3)*(Ambito di applicazione)*

1. Le norme del presente titolo si applicano alle attività svolte nel territorio della Repubblica dalle banche e dagli intermediari finanziari (4).

2. Il Ministro dell'economia e delle finanze può individuare, in considerazione dell'attività svolta, altri soggetti da sottoporre alle norme del presente capo.

3. Le disposizioni del presente capo, a meno che siano espressamente richiamate, non si applicano ai contratti di credito disciplinati dai capi I-bis e II e ai servizi di pagamento disciplinati dal capo II-bis (5).

Commento:

Il punto 1 dice che non sono norme regolatrici unicamente dei contratti bancari, ma sono anche norme regolatrici dirette a disciplinare il rapporto di investimento tra un intermediario finanziario e un investitore finale.

Il punto 2 è indice di una scelta legislativa che, con riferimento ai rapporti bancari e a quelli dell'intermediazione finanziaria, non ha costruito un sistema chiuso, ma sono state opportunamente inserite delle norme aperte.

Il TUF dice che le norme sugli strumenti finanziari si applicano quando un servizio di investimento ha per oggetto uno strumento finanziario e presenta un elenco di strumenti finanziari, ma non è un elenco chiuso in quanto una clausola include anche tutti i prodotti finanziari.

In sintesi, sia con riferimento ai soggetti destinatari del TUB che a quelli destinatari del TUF non si tratta di elenchi chiusi.

Il legislatore consapevole che il mercato dei prodotti bancari e di quelli finanziari è in continua evoluzione, ha introdotto delle clausole aperte nelle norme, che permetteranno al momento della nascita di un nuovo prodotto di essere recepito nel TUB o nel TUF senza la necessità di una specifica normativa.

Articolo 116 (pubblicità)

Se violata questa norma comporta la responsabilità extra contrattuale della banca (art 2043 → *“Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”*).

La banca deve adempiere la norma dell'art 116 nei confronti del pubblico.

Articolo 116 (6)*(Pubblicità)*

1. Le banche e gli intermediari finanziari rendono noti in modo chiaro ai clienti i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora e le valute applicate per l'imputazione degli interessi. Per le operazioni di finanziamento, comunque denominate, è pubblicizzato il tasso effettivo globale medio previsto dall'articolo 2, commi 1 e 2, della legge 7 marzo 1996, n. 108. Non può essere fatto rinvio agli usi.

1-bis. Le banche e gli intermediari finanziari rendono noti gli indicatori che assicurano la trasparenza informativa alla clientela, quali l'indicatore sintetico di costo e il profilo dell'utente, anche attraverso gli sportelli automatici e gli strumenti di accesso tramite internet ai servizi bancari (1).

2. Il Ministro dell'economia e delle finanze, sentite la CONSOB e la Banca d'Italia, stabilisce, con riguardo ai titoli di Stato:

a) criteri e parametri per la determinazione delle eventuali commissioni massime addebitabili alla clientela in occasione del collocamento;

b) criteri e parametri volti a garantire la trasparente determinazione dei rendimenti;

c) gli ulteriori obblighi di pubblicità, trasparenza e propaganda, da osservare nell'attività di collocamento.

3. Il CICR:

a) individua le operazioni e i servizi da sottoporre a pubblicità;

b) detta disposizioni relative alla forma, al contenuto, alle modalità della pubblicità e alla conservazione agli atti dei documenti comprovanti le informazioni pubblicizzate;

c) stabilisce 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) individua gli elementi essenziali, fra quelli previsti dal comma 1, che devono essere indicati negli annunci pubblicitari e nelle offerte, con qualsiasi mezzo effettuati, con cui i soggetti indicati nell'articolo 115 rendono nota la disponibilità delle operazioni e dei servizi.

4. Le informazioni pubblicizzate non costituiscono offerta al pubblico a norma dell'articolo 1336 del codice civile.

Commento:

La banca ha l'obbligo di inserire tutti gli elementi citati al punto 1 nel contratto che disciplina il rapporto tra la banca e il cliente, ma ha l'obbligo di rendere note al mercato le informazioni sui tassi di interesse applicati su prezzi e altre condizioni contrattuali, sugli interessi di mora, sulle valute. È inoltre un obbligo per la banca che queste informazioni siano predisposte secondo schemi facilmente confrontabili, al fine di adempiere all'obbligo informativo.

La banca ha l'obbligo di fornire informazioni in modo chiaro ai clienti utilizzando questi due strumenti:

- Fogli analitici informativi
- Avvisi sintetici

Del comma I dell'articolo 116 del TUB è fondamentale notare è l'utilizzo dell'espressione "in modo chiaro".

Cosa significa questa espressione?

Vuol dire che la banca non può limitarsi a comunicare i dati informativi, ma deve farlo in modo chiaro, cioè in modo che questi dati informativi siano comprensibili da chiunque.

Inoltre l'informazione pubblicitaria deve essere non fuorviante, cioè non deve contenere delle informazioni che fanno credere al potenziale cliente una certa condizione che poi si rivela diversa da quella realmente applicata. Il cliente non deve essere quindi indotto in errore.

Caso classico che si riferisce a questo comma: quando nella realtà di banca si vende un certo prodotto bancario o la banca assiste la vendita di un prodotto commerciale, e c'è scritto che il finanziamento sarà erogato a tasso 0.

Poi scritto molto in piccolo c'è l'indicazione del TAEG che è il reale costo dell'operazione. Il cliente non "conoscente" della materia economica una volta contratto il finanziamento si

trova ad avere l'applicazione di spese.

La giurisprudenza ha sanzionato la banca che aveva sì indicato TAN e TAEG, ma non lo aveva fatto in modo chiaro.

La stessa regola vale per quanto riguarda anche l'intermediazione finanziaria (ad esempio per quanto riguarda gli ordini di acquisto di un determinato strumento finanziario.)

Domanda d'esame: **Quali sono gli obblighi della pubblicità in relazione ai prodotti bancari?**

Oltre a quelli elencati nell'articolo 115 ha l'obbligo di esporre le informazioni in modo chiaro (adempiere in modo chiaro la disciplina della pubblicità) e questa è applicazione e espressione della regola della buona fede che deve essere osservata dalla banca anche nei confronti di chi non è cliente (nei confronti del mercato).

Con buona fede si intende comportarsi in modo diligente, corretto e trasparente.

Articolo 117

Questo articolo è già stato anticipato nei suoi fondamenti dalla legge sulla trasparenza del 1990. Vi è quindi uno stretto collegamento tra l'articolo 117 del TUB e l'articolo 23 del Testo Unico dell'intermediazione finanziaria, poiché la ratio sottostante entrambe le norme è la medesima.

2. Il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma.

3. Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo.

4. I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora.

5. (Abrogato)

6. Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati.

7. In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano:

a) il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione;

b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto.

8. La Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia.

Articolo 117 (Contratti) (2)

1. I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti.

Commento:

Il primo e il terzo comma vanno saldati l'uno con l'altro.

Requisito della forma scritta ad substantiam e non ad probationem, cioè non serve solamente come era in passato (prima dell'obbligo della forma scritta) per provare gli obblighi banca/cliente in caso di controversie in modo da opporre o da una parte o dall'altra la norma sottoscritta nel contratto, ma qui il contratto deve essere stipulato in forma scritta affinché sia valido.

N.B. → Bisogna notare che la mancata consegna di una copia del contratto al cliente non causa nullità.

La nullità del contratto viene dichiarata e precettata dal giudice nel solo caso in cui il contratto non sia redatto per iscritto.

La mancata consegna di un esemplare del contratto al cliente non è causa di nullità del contratto, ma è semmai la violazione da parte della banca di un obbligo contrattuale che si è assunta nel momento della stipulazione per iscritto del contratto che se causa danno al cliente e il cliente è in grado di provare in giudizio di aver patito un danno dalla mancata consegna del contratto potrà pretendere il risarcimento del danno. **NON È PERO' CAUSA DI NULLITA' DEL CONTRATTO.**

Caso: *“I contratti sono redatti per iscritto. Sorge una controversia tra cliente e banca e il cliente cita in giudizio la banca.”*

La banca deve innanzitutto provare di aver stipulato per iscritto il contratto, poiché se non riuscisse a provarlo allora tutte le domande del cliente saranno accolte perché la nullità azzera le prestazioni contrattuali e quindi si applicheranno le discipline legali.

La banca costituendosi in giudizio prova di aver stipulato per iscritto il contratto e deposita alla sua comparsa di costituzione in giudizio una copia del contratto che reca la sola firma del cliente.

Come mai il contratto porta solo la firma del cliente?

Perché tutti i contratti bancari, come tutti i contratti dell'intermediazione finanziaria sono perfezionati dalle parti per iscritto secondo la prassi dello scambio di lettere commerciali (perché esiste una norma fiscale per la quale non sono sottoposti a tassazione i contratti che vengono scambiati tra le parti per lettera commerciale).

La giurisprudenza ha affrontato questo problema e lo ha risolto in modo non univoco, ma con comportamenti oscillanti nel tempo.

Primo orientamento: Qualche giudice ha sostenuto che laddove la banca produca in giudizio copia scritta del contratto con la firma del cliente, il contratto è da ritenersi comunque nullo per difetto di forma scritta.

Perché il giudice lo dichiara nullo?

Perché richiama i principi generali in materia di contratto → il documento contrattuale deve provare che vi è una comune volontà delle parti nell'accettare le norme dedotte nel contratto.

Quali sono gli elementi del contratto?

- La causa: che non deve essere illecita
- L'oggetto: che non deve essere illecito, impossibile, indeterminato o indeterminabile
- La forma (se prevista dall'ordinamento)
- La volontà delle parti (elemento cardine che se sussiste prova l'esistenza del contratto)

Questo perché un contratto si ritiene perfezionato quando chi ha fatto la proposta viene a conoscenza dell'accettazione della controparte.

Quand'è il documento contrattuale che attesta formata la volontà delle parti?

Quando il documento contrattuale reca in calce la firma di entrambi i contraenti.

Ecco quindi perché il giudice che ritiene nullo per difetto di forma scritta il contratto prodotto in giudizio con la sola firma del cliente sostiene la tesi della nullità, perché dice: *“Questo documento con la firma del solo cliente non attesta la formazione della volontà contrattuale”*

La banca come potrebbe adempiere all'obbligo di firma?

Dando adempimento al primo comma dell'articolo 117 e cioè la banca dovrebbe consegnare al cliente la copia del contratto con la firma della banca stessa.

Questo orientamento giurisprudenziale avrebbe avuto degli effetti disastrosi sul sistema bancario perché avrebbe innescato una valanga di casi dove tutti i clienti, per qualsiasi controversia, avrebbero citato in giudizio la banca sostenendo che il contratto è nullo per difetto di forma scritta perché la banca non è in grado di provare di aver consegnato al cliente l'esemplare recante la firma della banca stessa, e avrebbero così richiesto che venisse dichiarata la nullità del contratto.

Secondo orientamento: **I giudici che hanno sostenuto una diversa tesi e che quindi hanno ritenuto valido il contratto stipulato validamente in forma scritta e ancorché prodotto in giudizio la copia del contratto con la sola firma del cliente, che ragionamento hanno fatto?** Hanno innanzitutto rilevato che per prassi bancaria i contratti si formano con scambio di

lettere commerciali.

Quindi nel momento in cui la banca ha in mano il contratto con la firma del solo cliente, quel contratto prova che il cliente ha ricevuto la proposta della banca, l'ha accettata e comunica alla banca di averla accettata; quindi questo prova la formazione della volontà contrattuale e di conseguenza la validità del contratto.

Vi è un secondo argomento a sostegno di quest'ultima tesi → I giudici si sono posti la seguente domanda: “perché il legislatore del '90 e poi del '93, derogando al principio della libertà di forma nello stipulare i contratti, e quindi all'autonomia contrattuale che si spinge fino a che siano le parti a decidere in che forma stipulare i contratti, per i contratti bancari prevede l'obbligo della forma scritta?”

La risposta che gli interpreti hanno dato alla domanda rinvia all'obbligo di informare.

Il contratto redatto per iscritto è dal legislatore ritenuto lo strumento necessario ed essenziale perché il cliente firmando il contratto si renda conto di quelle che sono le prescrizioni contrattuali e quindi la sua sia una volontà consapevole.

Quindi il contratto fornito dalla banca e firmato dal solo cliente attesta che il cliente è a conoscenza delle regole contrattuali e quindi è soddisfatto l'obbligo di informare (da parte della banca) e dunque il contratto è da ritenersi valido anche se la banca non sia in grado di provare in giudizio di aver prodotto l'esemplare con la sua firma.

Un tentativo del sistema bancario è sempre stato quello di dare applicazione alla seconda parte del comma 1 dell'articolo 117 inviando in forma raccomandata la copia del contratto con la firma della banca.

Il secondo comma non ha trovato applicazione.

Quarto comma → Il legislatore del 1990 e poi quello del TUB nel 1993 derogando il principio dell'autonomia contrattuale e quindi la libertà dei contraenti di perfezionare il contratto nella formula che ritengono più opportuna, ha imposto l'obbligo della forma scritta.

Quindi il legislatore è intervenuto limitando l'autonomia contrattuale delle parti e ha imposto l'obbligo della forma scritta.

Ma il legislatore ha ulteriormente ridotto l'autonomia contrattuale a tutela del cliente della banca imponendo l'obbligo per la banca di inserire nel contratto tutta una serie di elementi contrattuali, che devono necessariamente esserci, pena la nullità del contratto.

Le cause di nullità di un contratto bancario sono da individuare:

- Nella mancata redazione del contratto in forma scritta
- Nel fatto che il contratto pur essendo stipulato per iscritto non contiene quegli elementi negoziali precisati dal comma 4 → I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizioni praticati, inclusi per i contratti di credito, eventuali maggiori oneri in caso di mora.

In questo comma (quarto) viene ripreso l'articolo 116.

Le cause di nullità non sono solamente date dalla mancata redazione del contratto in forma scritta e che il contratto non preveda le condizioni economiche del contratto, ma il contratto è altresì nullo, quantomeno con riferimento alle clausole censurate, laddove contenga clausole vietate che sono quelle specificate nel sesto comma.

N.B → se la mancanza della forma scritta o la mancanza dell'indicazione delle condizioni economiche del contratto sono causa di nullità per l'intero contratto, la disposizione del comma 6 colpisce con la sanzione di nullità, non l'intero contratto, ma solamente quelle clausole di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati, nonché quelle che prevedono tassi o prezzi e condizioni più sfavorevoli per il cliente rispetto a quelli pubblicizzati.

Questa norma è una norma ormai da decenni inviolata dal sistema bancario, poiché in ogni contratto vengono indicati i tassi di interessi applicati al cliente, richiamano un precedente risalente agli anni '50 - '60, quando le banche, anche perché a regolare i rapporti tra banca e cliente erano

solamente le norme bancarie uniformi, nei contratti di allora non era indicato il tasso di interesse, ma si diceva “per la determinazione del tasso di interesse si fa riferimento agli interessi normalmente praticati nella piazza ove opera la banca (usi piazza)”.

Questa clausola sarebbe nulla, così come è nulla la clausola per la quale sono indicati i tassi di interesse (o prezzi o altre condizioni) di importi più elevati rispetto a quelli pubblicizzati dalla banca (articolo 116 TUB).

Chiude il discorso della nullità il comma 7 (Norma imperativa non derogabile dalla volontà delle parti).

Il comma 8 è un'ipotesi che non si è ancora verificato.

Schema complessivo dell'articolo 117:

- I contratti devono essere redatti per iscritto (nel caso in cui non lo fosse il contratto è nullo)
- Il contratto è altresì nullo se non indica le condizioni economiche compresi i tassi di interesse
- Sono nulle le singole clausole che rinviino agli usi che applichino condizioni economiche di importo maggiore a quanto pubblicizzato
- Tuttavia il contratto ancorché nullo, ha avuto esecuzione tra le parti, e in base al principio generale della conservazione degli effetti di un contratto anche se nullo, il legislatore interviene, si sostituisce alla volontà delle parti e nell'ipotesi di nullità intera del contratto o nullità di singole clausole, per quanto riguarda i tassi di interesse introduce una clausola legale (rinvio ai tassi di titoli simili) e per quanto riguarda le altre condizioni economiche indica che troveranno applicazione tra le parti quelle pubblicizzate ai sensi dell'articolo 116 del TUB

Le norme che seguono (117-bis e seguenti) sono espressione di quella che è la politica legislativa seguita dal legislatore nella redazione del TUB. E tutte queste norme, compresi gli articoli 116 e 117, sono norme dettate al fine di predisporre un sistema di tutela del contraente della banca.

Perché un sistema di tutela del contraente della banca?

Perché il legislatore laddove rilevi o fatti di nullità parziale del contratto o laddove ritenga di dover limitare l'autonomia contrattuale delle parti, cioè di ridurre la libertà di scrivere le norme del contratto, interviene dettando una disciplina legale certamente più favorevole al cliente, proprio per tutelare il cliente nei rapporti con il sistema bancario

Articolo 117- bis (inserito nel 2011 dal legislatore)

L'articolo 117-bis tratta della remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti.

Cosa sono gli affidamenti?

L'espressione affidamento non è un'espressione che coincide con il lessico giuridico, nel senso che “affidamento” è un modo usato nella prassi bancaria per identificare i contratti di apertura di credito.

Cosa sono gli sconfinamenti?

Lo stesso discorso degli affidamenti vale per quanto riguarda gli sconfinamenti.

Testo integrale dell'articolo →

Articolo 117-bis (1)

(Remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti)

1. I contratti di apertura di credito possono prevedere, quali unici

oneri a carico del cliente, una commissione onnicomprensiva, calcolata in maniera proporzionale rispetto alla somma messa a disposizione del cliente e alla durata dell'affidamento, e un tasso di interesse debitore sulle somme prelevate. L'ammontare della commissione, determinata in coerenza con la delibera del CICR anche in relazione alle specifiche tipologie di apertura di credito e con particolare riguardo per i conti correnti, non può superare lo 0,5 per cento, per trimestre, della somma messa a disposizione del cliente (1).

2. A fronte di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido, i contratti di conto corrente e di apertura di credito possono prevedere, quali unici oneri a carico del cliente, una commissione di istruttoria veloce determinata in misura fissa, espressa in valore assoluto, commisurata ai costi e un tasso di interesse debitore sull'ammontare dello sconfinamento.

3. Le clausole che prevedono oneri diversi o non conformi rispetto a quanto stabilito nei commi 1 e 2 sono nulle. La nullità della clausola non comporta la nullità del contratto.

4. Il CICR adotta disposizioni applicative del presente articolo, ivi compresa quelle in materia di trasparenza e comparabilità, e può prevedere che esso si applichi ad altri contratti per i quali si pongano analoghe esigenze di tutela del cliente; il CICR prevede i casi in cui, in relazione all'entità e alla durata dello sconfinamento, non sia dovuta la commissione di istruttoria veloce di cui al comma 2 (2).

Prima di commentare l'articolo 117-bis del TUB è necessario capire cos'è un contratto di apertura di credito, cosa si intende per affidamento e cosa si intende per sconfinamento.

Dal momento che l'articolo 117-bis interviene sulla norma civilistica prevedendo regole di diritto speciale rispetto alla regola di diritto comune contenuta nella norma civilistica.

[Confronto tra articolo 1842 e articolo 1813:]

L'articolo 1842 contiene la nozione, natura e qualificazione del contratto di apertura di credito.

La norma dice: "L'apertura di credito bancario è il contratto col quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di danaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato.

Il contratto di apertura di credito in conto corrente è un contratto consensuale.

Il contratto di apertura di credito è un contratto consensuale, perché viene ad esistenza nel momento in cui la banca dà la disponibilità a mettere a disposizione del cliente una somma di danaro che potrà utilizzare, una o più volte, per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato.

N.B → Il significato della norma 1842 del codice civile è più facilmente comprensibile se confrontato con l'articolo 1813, disciplinante il contratto di mutuo.

Articolo 1813 (mutuo): contratto con il quale una parte (mutuante) consegna all'altra (mutuatario) una determinata quantità di danaro o di cose fungibili, e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità. Con esso si attua ciò che nel linguaggio corrente viene chiamato prestito

Un contratto consensuale è un contratto che si perfeziona con la volontà delle parti (ad esempio il contratto di vendita).

Articolo 1814: "Le cose date a mutuo passano in proprietà del mutuatario".

Il contratto di mutuo è un contratto reale o consensuale? Quando viene ad esistenza il contratto di mutuo?

Quando il danaro passa dal patrimonio del mutuante ed entra nel patrimonio del mutuatario che ne diviene proprietario, gravato però dall'obbligo di restituirlo.

Il contratto di mutuo è quindi un contratto reale (re perfitur → si perfeziona sulla cosa).

Esempio: sul conto corrente io non ho soldi.

Caso 1: Stipulo con la banca un contratto di mutuo.

Il contratto si perfeziona e viene erogata la somma.

Per verificare che la banca abbia adempito il suo obbligo basta fare un estratto conto e verificare che ci sia l'importo del mutuo concessomi sul mio conto corrente.

Caso 2: Stipulo invece un contratto di apertura di credito di conto corrente in cui la banca si obbliga a mettermi a disposizione una somma per un determinato periodo di tempo.

Se ora facessi l'estratto conto non avrei nessuna traccia dell'apertura di credito, perché la banca non mi ha prestato una somma, ma si è obbligata a mettermi a disposizione una determinata somma di denaro.

Articolo 1843: "Se non è convenuto altrimenti, l'accreditato può utilizzare in più volte il credito, secondo le forme di uso, e può con successivi versamenti ripristinare la sua disponibilità. Salvo patto contrario, i prelevamenti e i versamenti si eseguono presso la sede della banca dove è costituito il rapporto"

Questa norma è suscettibile di ulteriori interpretazioni, perché ulteriori effetti si producono.

La linea di credito messa a disposizione dalla banca tramite il contratto di apertura di credito in conto corrente può essere utilizzata secondo le forme d'uso.

Per verificare quali siano le forme d'uso occorre rinviare alla prassi dei rapporti banca/cliente e a tutte le operazioni che la prassi bancaria conosce e che il cliente può utilizzare avvalendosi del conto con provvista creata dal cliente stesso, o con provvista creata dalla banca con l'erogazione di un mutuo o messa a disposizione del cliente dalla banca con un contratto di apertura di credito.

Nel contratto di mutuo, quando il mutuatario assume la posizione di debitore nei confronti del mutuante?

Nel momento in cui il contratto è perfezionato. Quindi secondo quelli che sono i regolamenti contrattuali il mutuatario dovrà restituire questa somma secondo un piano di ammortamento. Man mano che il mutuatario paga la rata il suo debito scende.

Nel contratto di apertura di credito il cliente affidato diventa debitore della banca affidante?

Nel momento in cui il contratto di apertura di credito in conto corrente cessa i suoi effetti.

Le operazioni precedenti non si traducono in rapporti di credito/debito.

N.B. Esiste una norma nella legge fallimentare che è l'articolo 67 che tratta della revocatoria fallimentare. In estrema sintesi le somme pagate a qualsiasi titolo, compreso quindi il soddisfacimento di un rapporto debitorio, di un debitore dichiarato fallito, avvenuti nei 6 mesi precedenti la dichiarazione fallimento, quei pagamenti saranno revocati e il creditore si aggiungerà agli altri creditori e i debiti del fallito verranno saldati secondo la gerarchia delle obbligazioni.

La norma dell'articolo 117-bis parla della remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti. Capita che il cliente sconfini, cioè il cliente va oltre la cifra concessagli dalla banca.

La banca ha due alternative (esempio assegno):

- Consegna all'ufficiale giudiziario l'assegno privo di fondi e ci saranno tutte le conseguenze del protesto.
- Sapendo che questo scoperto di fondo è un'operazione contingente, la banca può decidere di pagare l'assegno. → quest'operazione di pagamento dell'assegno da parte della banca è un contratto di mutuo. Tant'è vero che se il cliente fosse dichiarato fallito nel semestre e i soldi dell'assegno pagato fossero stati restituiti alla banca, quei fondi sarebbero revocabili.

Affidamento: si riferisce a tutte le operazioni di conto corrente secondo la prassi bancaria che vengono poste in essere dal cliente affidato nell'ambito di una linea di credito concessa dalla banca e nei limiti del fido concesso.

Sconfinamento: è il finanziamento che la banca concede al cliente per pagare un debito del cliente (che diventerà debitore della banca) quando la somma di denaro è oltre l'importo del fido concesso.

Se questi fenomeni di sconfinamento si verificassero spesso, la banca può:

- Rivedere il contratto di apertura di credito a tempo indeterminato elevando il fido (se

ritiene il cliente meritevole di ulteriore credito).

- Lasciare in essere il contratto di apertura di credito in conto corrente per l'importo che aveva già stabilito, ma di volta in volta stipula con il cliente dei contratti di apertura di credito a tempo determinato per importi affidati che coincidono con gli sconfinamenti del cliente (Per evitare gli effetti della revocatoria fallimentare).

Nella prassi bancaria sono stati inventati degli escamotage per far rientrare la banca della sua esposizione, ma al tempo stesso restare in ambito di un'apertura di credito operativa nel limite concesso con operazioni che sono operazioni simulate, che hanno natura di rientro dell'esposizione e non di utilizzo normale dell'apertura di credito.

È bene che siano conosciute queste prassi perché la giurisprudenza, ogni qualvolta si trova a dover esaminare questo comportamento, smaschera l'attività fraudolenta della banca.

Quali sono questi comportamenti?

La banca ha la possibilità attraverso i suoi sistemi informativi di rendersi conto della situazione di crisi del cliente (attraverso la rilevazione di una serie di indici) e quindi in questo caso la banca avrebbe una "via" da seguire (recedere dal contratto di apertura di credito), ma sarebbe rischioso. La prima via da seguire sarebbe il recesso dall'apertura di credito esponendosi però al rischio di non essere pagati in caso di fallimento entro sei mesi.

Cosa fa la banca?

Quando si rende conto che il cliente corre il rischio di essere dichiarato fallito, non recede dal contratto di apertura di conto corrente.

Quali sono gli indici che la banca ha per capire se il cliente è in una situazione di crisi?

Se il cliente è affidato ogni anno viene rinnovata l'istruttoria di affidamento cioè ogni anno si verifica la situazione patrimoniale, economica e finanziaria del soggetto attraverso l'analisi del bilancio di esercizio, dal quale la banca potrà rendersi conto dello stato di salute del cliente affidato. Non sempre il bilancio di esercizio è però uno strumento sufficiente per descrivere una situazione di crisi di impresa, poiché il bilancio potrebbe mascherare una situazione di crisi di impresa apponendo delle poste che non sono quelle reali (ad esempio la falsa valutazione del magazzino). La banca ha anche altri strumenti, come ad esempio l'accesso alla centrale dei rischi (e alla CRIF). Se la banca nota continui sconfinamenti del fido da parte del cliente.

N.B. → La banca per tutta questa serie di indici riesce a rendersi conto che il cliente versa in una situazione di crisi e quindi una procedura concorsuale potrebbe colpire il cliente, allora ha tutto interesse a fare in modo che l'apertura di credito rimanda in vita, sempre per la ragione che i versamenti apportati nell'ambito di ricostituzione della linea di credito non viene revocato, allora la banca non recede dal contratto e poi ha due attua due tecniche:

1. imporre al cliente affidato il non utilizzo dell'apertura di credito (l'apertura di credito rimane in vita solo per ricevere il rimborso da parte della banca).
Commento: Un escamotage di questo tipo viene svelato facilmente dalla curatela, la quale si rivolgerà al giudice e chiederà di verificare l'effettiva natura dei versamenti effettuati sul conto, vedrà che non erano per la ricostituzione della linea di credito e quindi saranno per tanto revocabili.
2. Un'altra tecnica è quella che vede il rientro parziale.
Per evitare di essere imputata di ricevere solo versamenti, la banca d'accordo con il cliente lo lascia operare solo per un certo importo inferiore al tetto stabilito all'inizio del contratto.

Commento articolo 117-bis

Comma I: Il tasso di interesse sulle somme utilizzate non rientra nella commissione onnicomprensiva, quindi le voci di costo in senso lato previste da questa norma sono due:

- **La commissione onnicomprensiva** → calcolata in misura proporzionale all'importo affidato

e al tempo di durata del contratto.

Nella commissione onnicomprensiva dovrebbero rientrare tutte le commissioni a diverso titolo applicate dalla banca al cliente ogni qualvolta il cliente utilizzi l'apertura di credito che gli è stata messa a disposizione.

- **L'interesse debitore sulle somme utilizzate.**

In sintesi, l'articolo 117-bis del TUB inserito nel 2011 prevede un'unica commissione e indica il criterio da seguire per quantificare la commissione, fermo restando che la commissione onnicomprensiva varierà da contratto a contratto in relazione all'importo messo a disposizione e al tempo di durata del contratto.

Si pongono alcuni problemi interpretativi.

La norma 117-bis è una norma imperativa?

No, è una norma dispositiva perché può essere derogata dalla volontà delle parti.

L'augurio è quello che si possa arrivare ad un'interpretazione teleologica della norma e che il "possono" venga interpretato come "devono".

Perché è auspicabile che ciò accada?

Perché a fronte di un elenco di commissioni per alcune delle quali, come la CMS, le incertezze interpretative sono non poche da sempre tant'è che il legislatore è intervenuto in passato per disciplinarle.

Se è vero (ed è vero) che la ratio di questa norma è da individuare nella volontà del legislatore di creare un sistema di tutela della controparte della banca e il sistema di tutela lo si attua facendo leva sullo strumento della trasparenza e dell'informazione che deve essere chiara, precisa e dettagliata sin dalla formazione del contratto; il cliente che richiede una linea di credito e deve farsi i suoi conti per capire quanto gli costa questa linea di credito se si trovasse ad avere una determinazione precisa dei costi che dovrebbe sostenere, è fuori da ogni dubbio che l'obiettivo della trasparenza sarebbe stato colto.

La CMS è una commissione o un interesse?

Se è un costo e si è optato per indicare un'unica commissione onnicomprensiva, la commissione di massimo scoperto va conteggiata nella C.O.; se invece è ritenuta un tasso di interesse per come è applicata nella prassi il contratto bancario dovrebbe (se vuole conformarsi al principio di trasparenza) qualificare in modo definitivo che cos'è la CMS e poi dovrà indicare, se lo si ritiene un costo, che la CMS rientra nella C.O., se lo si ritiene un interesse allora si dovrà dire che deve essere indicato come un tasso di interesse che va a sommarsi all'interesse compensativo.

In tal caso, cioè considerando la CMS un interesse, è evidente che per andare a vedere se il tasso soglia è stato o meno superato si sommerà l'interesse compensativo alla CMS.

Resta però l'incertezza dell'applicazione, perché qui non è previsto l'obbligo della banca di prevedere una commissione onnicomprensiva, ma la facoltà di prevederla. Ci si augura, proprio perché il contratto deve essere trasparente e deve contenere informazioni esaustive al punto da permettere al cliente una scelta consapevole, che la norma diventi imperativa.

Una via perché questo accada c'è → Ogni qualvolta ci si trova ad una norma di non immediata interpretazione o comunque ambigua o in contrasto con quelli che sono i principi normatori del sistema normativo nel quale la norma è inserita, la soluzione va trovata interpretando la norma in base ai tradizionali criteri interpretativi di un contratto.

A quale regola ermeneutica (interpretativa) si fa qui riferimento?

Nel nostro ordinamento del sistema codicistico, che disciplina le regole di comportamento che i contraenti devono tenere in ambito contrattuale, sono fissate 3 norme che contengono al loro interno un'identica espressione: "nella fase delle trattative contrattuali le parti devono comportarsi secondo buona fede".

Come va interpretato il concetto di buona fede?

Dal 1942 ad oggi l'espressione "buona fede" è stata interpretata in questo modo → Le parti devono comportarsi l'una nei confronti dell'altra con correttezza, diligenza e trasparenza, che si traduce poi in regole operative che vanno in più direzioni.

La più importante è che correttezza, diligenza e trasparenza si traducono in due obblighi di ogni parte nei confronti dell'altra (in questo caso a carico della banca verso il cliente):

1. di rendere l'informazione più ampia, dettagliata, chiara e corretta [*Obbligo di informare mirato a dare gli strumenti al cliente per fare le sue scelte negoziali*].
2. deve formare il contratto ed eseguire il contratto facendo attenzione che il cliente non debba patire un sacrificio economico maggiore di quello ipotizzato al momento della stipulazione del contratto.

Dal momento che l'articolo 117-bis va interpretato applicando la regola della buona fede (correttezza, trasparenza, diligenza e obbligo di informare), non vi è dubbio che la regola della buona fede trova corretta applicazione nel caso in cui la banca, al momento della stipulazione del contratto di apertura di credito, avvisa il cliente del costo effettivo del contratto.

In sintesi, secondo l'articolo 117-bis la regola della buona fede è adempiuta dalla banca laddove in allegato al contratto di apertura di credito in conto corrente prevede due voci:

1. Commissione onnicomprensiva → oltre alla quale nulla può essere chiesto al cliente
2. Tasso di interesse compensativo.

La seconda parte del primo comma va letta con attenzione perché apre due finestre:

1. La prima quando dice "anche in relazione alle specifiche tipologie di apertura di credito". Qui la norma fa riferimento ai diversi modi di utilizzo di apertura di credito.
2. La previsione della soglia massima della commissione.
N.B → Qui il legislatore ha limitato l'autonomia contrattuale delle parti, ma è una norma che va intesa come norma di tutela del cliente, per dare con certezza l'informazione sul costo del contratto.

Comma 2: nell'ipotesi in cui il cliente sconfini l'affidamento, trova applicazione il secondo comma.

N.B → La banca viene a conoscenza dello sconfinamento quando il cliente ha posto in essere un atto che comporta un superamento della linea di fido.

Non accade mai che il cliente prima di pagare una fattura, sapendo di non avere più credito a disposizione, chieda il permesso alla banca di sconfinare la linea di credito.

Il comma 2 è puramente una norma tecnica con cui il legislatore disciplina il costo dello sconfinamento tramite l'applicazione di una commissione di istruttoria veloce (CIV).

Problema su questa norma: **Dov'è il contratto sottostante lo sconfinamento (che per l'articolo 117 dovrebbe esistere ed essere redatto in forma scritta)?**

Nel momento in cui la banca lascia sconfinare il cliente e paga lo scoperto del cliente, sta stipulando con il cliente un contratto di mutuo.

Le prime parole del secondo comma fanno anche riferimento a sconfinamenti in assenza di affidamento, e questo rende la norma un po' ambigua, perché lo sconfinamento presuppone andare oltre il fido concesso, quindi presuppone l'esistenza di un fido.

Questa affermazione è in prima lettura illogica. **Allora a cosa si riferisce il legislatore quando parla di sconfinamento in assenza di affidamento?**

Si riferisce a tutte quelle ipotesi in cui la banca concede del credito al cliente in assenza di un contratto di apertura di credito.

Sicché la provvista presente sul conto corrente è formata unicamente dai versamenti apportati dal cliente o dai bonifici fatti su quel conto da terzi soggetti.

Nel caso in cui non vi è il contratto di apertura di credito e la provvista risultante dal conto è formata unicamente dagli apporti del correntista o di terzi in favore del correntista e quella provvista non è sufficiente per pagare un debito nei confronti del terzo, la banca onora quel debito e addebita il conto del cliente delle somme relative, della CIV e delle spese relative all'operazione.

Come si combina questa norma tecnica con il primo comma dell'articolo 117?

Una soluzione che permette di non porre in contrasto il secondo comma del 117-bis con il primo

comma del 117.

Il contratto di conto corrente nelle sue norme prevede la possibilità che la banca nell'ambito di esecuzione del contratto di conto corrente conceda linee di credito al cliente. Quindi lo sconfinamento in assenza di affidamento, ma anche lo sconfinamento oltre i limiti del fido fanno affidamento alla norma del contratto di conto corrente che prevede la possibilità di apertura di credito.

È positivo che il legislatore, se pur in modo non chiaro, prenda atto che l'apertura di credito è anche un elemento essenziale che compone il contratto di conto corrente.

Il contratto scritto di riferimento, che fa sì che non ci sia violazione del primo comma dell'articolo 117, è il contratto di conto corrente.

Usura.

Una questione di assoluta rilevanza (articolo 117), proprio perché oggetto della maggior parte delle controversie giudiziarie tra banca e cliente riguarda tutta la tematica degli interessi.

Complicata la tematica degli interessi dall'applicazione della normativa di usura.

In estrema sintesi, fino a 15 anni fa il reato di usura aveva unicamente rilevanza penale in quanto il giudice penale avesse accertato l'intenzione dolosa dell'usuraio.

Oggi non è più quello richiesto con dolo approfittando dello stato di bisogno di chi chiede denaro a prestito, ma è diventato un fatto oggettivo che prescinde dal dolo.

Come opera?

Trimestralmente Banca d'Italia, in base a tutta una serie di indici ed elementi rivelatori, fissa una soglia del tasso di interesse.

È da ricordare che il contratto bancario, per quanto stabilito dall'articolo 117 del TUB, deve indicare il tasso di interesse.

Nella indicazione dei costi, che devono essere tutti dettagliatamente specificati, oltre al tasso di interesse sono riportati altre voci di costo che il cliente deve sopportare per acquistare il servizio bancario.

E si ha una serie di voci molto articolate, ad esempio la commissione di massimo scoperto (percentuale che il cliente deve pagare alla banca nel momento in cui usa la linea di credito.)

La commissione di massimo scoperto viene chiamata commissione, ma in realtà è un interesse sulla somma utilizzata che va ad aggiungersi al tasso di interesse previsto per l'utilizzo della somma.

Un altro esempio può essere il pagamento del premio di una polizza assicurativa stipulata con la banca.

Intervenendo l'assicurazione, soprattutto nel contratto di mutuo, a pagare la rata che il cliente non fosse in grado di rimborsare.

Esempio: Si pone il caso che, nel momento in cui si stipula il contratto, il tasso usuraio sia stato posto da Banca d'Italia al 5% e la banca perfeziona il contratto di mutuo con il cliente e indica sul contratto il tasso di interesse del 4%, ci si trova quindi sotto la soglia usuraia.

La banca chiede poi al cliente la commissione di massimo scoperto nella misura dell'1% della somma utilizzata al momento del primo utilizzo.

Poi chiede di stipulare una polizza assicurativa della quale il cliente dovrà pagare il premio.

Commento: In base ad un'interpretazione ormai unanime della giurisprudenza si sostiene che al fine del superamento del tasso soglia dice che è necessario andare a verificare il tasso di interesse effettivo che il cliente viene chiamato a pagare e non basta fare riferimento all'interesse indicato sul contratto di finanziamento. Bisogna quindi andare

ad aggiungere al tasso di interesse indicato sul contratto (4%) tutte quelle voci di costo che in realtà sono degli interessi mascherati (CMS = 1%; Premio di polizza = 1%). [4% + 1% + 1%

= 6% → si supera il tasso soglia]

Argomento che ha dato vita ad un acceso dibattito giurisprudenziale: Una parte della giurisprudenza sostiene che il superamento del tasso soglia è quando il tasso soglia usuraio viene superato facendo riferimento al tasso di mora e non all'interesse compensativo.

In tutti i contratti bancari, in particolare nei contratti di mutuo, si prevede un tasso di interesse, poi si prevedono delle altre voci che sono in realtà degli interessi, la cui somma complessiva non deve superare la soglia fissata da Banca d'Italia per il periodo in cui viene stipulato il contratto.

Definire interesse compensativo e interesse di mora.

Interesse compensativo: L'interesse che il cliente deve pagare sulle somme prese a prestito o sulle aperture di credito.

Interesse di mora: laddove il cliente mutuatario o affidato non dovesse restituire alla banca le rate di mutuo ancora da saldare o il credito utilizzato, viene fissata la somma da restituire che è costituita da capitale più interessi compensativi. Su questo importo verranno applicati gli interessi di mora. L'interesse di mora è preteso dalla banca solamente nel caso in cui il cliente, affidato o mutuatario, non adempia alla sua obbligazione di pagamento.

Come viene calcolato l'interesse di mora?

Viene calcolato aggiungendo, di solito, 2 punti percentuali all'interesse compensativo.

Nei casi in cui l'interesse è sommato all'interesse di mora, il tasso soglia fissato da Banca d'Italia viene normalmente superato.

Ecco che allora il contenzioso tra banca e cliente ha per oggetto il cliente che accusa la banca di aver applicato un tasso di interesse superiore al tasso soglia.

Qual è la risposta del sistema bancario?

La risposta del sistema bancario è che il tasso di mora non rientra nella determinazione del tasso usuraio.

Quindi per verificare se un interesse ha superato o no il tasso fissato da Banca d'Italia si deve fare riferimento unicamente agli interessi compensativi sommati alle altre eventuali voci di costo che sono in realtà forme nascoste di interesse. Non bisogna però fare riferimento all'interesse di mora.

Perché secondo il sistema bancario l'interesse di mora non rileva ai fini del superamento del tasso soglia e quindi non può essere considerato di per sé superamento del tasso usuraio?

Perché il tasso di mora viene applicato quando il cliente è inadempiente e quindi l'interesse di mora non è un vero e proprio interesse, ma è da pagare a causa del cliente.

Su questo dibattito la giurisprudenza si divide in due:

- Secondo una parte della giurisprudenza (ad esempio il tribunale di Torino) l'interesse di mora non rileva ai fini della verifica del superamento del tasso soglia.
- Altra giurisprudenza dice che ogni qualvolta l'interesse supera la soglia fissata da Banca d'Italia è da considerarsi interesse usuraio. Quindi questa seconda giurisprudenza non tiene conto della differenza tra interesse compensativo legato all'operatività del mutuo o del finanziamento e l'interesse di mora che viene applicato in caso di inadempienza del cliente, ma considera superato il tasso soglia ogni qualvolta che il cliente deve restituire una somma di denaro gravata da un interesse (poco importa se questo interesse è di mora) che supera il tasso soglia.

Cosa succede quando in giudizio si accerta che la banca ha applicato un tasso usuraio?

Anche qui non ci sono orientamenti univoci, anzi in questo caso vi sono orientamenti della giurisprudenza per aree geografiche.

La normativa anti-usura dice che se viene accertato un tasso usuraio, nulla è dovuto dal cliente alla banca.

I due orientamenti per aree geografiche: (nord-centronord V.S sud)

- [Nord-centronord] Parte della giurisprudenza interpreta questa norma in senso sostanziale e giunge ad una conclusione diversa: se è accertato il superamento della soglia, il giudice interviene e riporta l'interesse al tasso soglia fissata da Banca d'Italia e per un verso condanna la banca a non pretendere la differenza di interesse tra la soglia e il tasso usuraio richiesto, ma dichiara che comunque il cliente debba pagare gli interessi fino al tasso soglia. (soluzione adottata dalla giurisprudenza al nord e centronord).

- [soprattutto al sud] Altra giurisprudenza dà un'interpretazione restrittiva della normativa antiusura e a netto favore del cliente facendo sì che il cliente debba restituire solamente la quota capitale.

Considerazione: Viene da dire che in assenza di interventi normativi o di corte di cassazione che quantomeno diano delle interpretazioni più chiare, accade che se si deve contrarre un mutuo di un importo rilevante, si assiste ad una migrazione di correntisti dal nord verso il sud, cioè vanno a stipulare mutui con banche del sud o con filiali di banche del nord che operano al sud, perché nell'ipotesi di inadempimento sanno di poter contare su una giurisprudenza favorevole al cliente.

Articolo 118

Un tema centrale del rapporto banca-cliente è quello disciplinato dall'articolo 118 del TUB, che attribuisce alla banca la facoltà di diritto di procedere a modifiche unilaterali delle condizioni contrattuali.

In realtà la regola generale in materia dei contratti prevede che qualsiasi modifica di un qualsivoglia contratto perfezionato da due o più parti, per essere efficace deve trovare il consenso di tutte le parti contraenti.

Nulla vieta però che in un contratto le parti congiuntamente possono decidere che nella fase di esecuzione di un contratto le modifiche contrattuali possano essere disposte da una sola delle due parti.

Non vi è quindi deroga del principio della volontà delle parti.

Articolo 118 (3)

(Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali)

1. Nei contratti a tempo indeterminato 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. Negli altri contratti di durata 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.

2. Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: 'Proposta di modifica unilaterale del contratto', con preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. Nei rapporti al portatore la comunicazione è effettuata secondo le modalità stabilite dal CICR. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro la data prevista per la sua applicazione. In tal caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate.

2-bis. Se il cliente non è un consumatore né una micro-impresa come definita dall'articolo 1, comma 1, lettera t), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, nei contratti di durata diversi da quelli a tempo indeterminato di cui al comma 1 del presente articolo 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 (1).

3. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente.

4. Le variazioni dei tassi di interesse adottate in previsione o in conseguenza di decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori, e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente.

Commento: L'articolo 118 contiene una disciplina più analitica e particolareggiata, che ha trovato applicazione nella prassi dei rapporti banca-cliente.

Le modifiche unilaterali fatte dalla banca devono avvenire nel rispetto delle disposizioni contenute nell'articolo 118.

Comma I → dalla lettera della norma si impara che se il contratto è convenuto dalle parti a tempo indeterminato, cessando il contratto di produrre gli effetti solo nel caso in cui il contratto sia risolto da una parte per l'inadempimento dell'altra oppure una delle parti recede dal contratto, il contratto continua a produrre i suoi effetti nel tempo.

In questo caso, quindi con riferimento ai contratti bancari a tempo indeterminato, i contratti possono contenere una clausola che legittima la parte contrattuale banca a modificare tassi, prezzi ed altre condizioni economiche del contratto sempre che sussista un giustificato motivo e sempre che la clausola sia stata approvata specificatamente dal cliente.

Qui si è posto un problema → Si è ritenuto da parte del sistema bancario che l'approvazione specifica del cliente può essere in qualche modo sostituita o nell'ipotesi in cui:

- il cliente riceve la notizia della modifica di una delle condizioni contrattuali e non si oppone.
- La pubblicazione sulla gazzetta ufficiale della modifica unilaterale del contratto vale come comunicazione produttiva di quegli effetti indicati dalla norma stessa, sempre che il cliente non si opponga e receda quindi dal contratto.
- La modifica delle condizioni contrattuali produce i suoi effetti e c'è l'accettazione per iscritto da parte del cliente.

N.B. → In punto di stretto diritto, questo orientamento più rigoroso, trova fondamento in una norma cardine nel nostro sistema dei contratti (articolo 1341)

Cosa dice l'articolo 1341?

Che dei contratti di massa, e tale è un contratto bancario, le clausole vessatorie che trattano temi indicati nell'articolo 1341 trovano efficacia nei confronti del cliente solamente se il cliente le ha accettate per iscritto.

Nei contratti bancari a tempo determinato è ammessa la facoltà di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali, ma in ogni caso la modifica unilaterale del contratto può essere attuata dalla banca solo se sussiste un giustificato motivo.

Quindi stando a quanto dispone il primo comma dell'articolo 118, la banca non avrebbe un potere illimitato di modificare unilateralmente il contratto bancario, ma dovrebbe indicare le ragioni per le quali è necessario per la regolamentazione delle parti intervenire modificando il contratto.

N.B. → Non sempre questo è avvenuto perché le motivazioni che vengono date dalla banca quando comunica una modifica di una condizione economica sono molto scarse, ad esempio, la banca fa riferimento a generiche mutazioni del mercato a seguito.

N.B. → Per quanto riguarda i contratti a tempo indeterminato, laddove si prevede la modifica delle condizioni contrattuali è richiesta l'approvazione specifica del cliente.

Nella seconda parte della norma, laddove si fa riferimento ad un'altra ipotesi, cioè alla modifica unilaterale delle condizioni contrattuali nei contratti a tempo determinato, non è riportata l'approvazione specifica del cliente.

Cosa vuol dire questo?

Si potrebbe sostenere che in questo caso non ci sarebbe bisogno dell'approvazione del cliente, ma non è questa l'interpretazione corretta, dal momento che è necessario che anche in questo caso vi sia l'accettazione della modifica unilaterali delle condizioni contrattuali dei contratti a tempo determinato.

Si può dedurre che occorre il consenso del cliente dalla parola "convenuta" che indica che deve esserci un accordo tra le parti.

Comma II: questo comma specifica quali sono le tecniche di comunicazione (questa norma non viene sempre adempiuta).

Cosa dice la prima parte del comma II?

Che se nel contratto di conto corrente è espressamente prevista una clausola per la quale le modifiche contrattuali unilaterali da parte della banca vengono comunicate al cliente con uno

specifico mezzo di comunicazione, e il cliente sottoscrive quella clausola, quella clausola è valida ed efficace.

Per evitare di sottostare a quell'orientamento di giurisprudenza più rigoroso che chiede la specifica accettazione in forma scritta da parte del cliente delle clausole modificative del contratto unilateralmente decise dalla banca, nel contratto di conto corrente, d'accordo il cliente che ha sottoscritto quella clausola e la risottoscriverà un'altra volta ai sensi dell'articolo 1341, le comunicazioni delle modifiche contrattuali saranno inviate al cliente insieme all'estratto conto che riceve periodicamente.

N.B. → Se il cliente comunica il suo dissenso alla banca per iscritto, ha il diritto di recedere dal contratto di conto corrente ovviamente alle condizioni previgenti la modifica.

Comma 2-bis: In questo comma si fa la differenza tra clienti consumatori e clienti imprenditori, vestenti la qualifica di micro-impresa.

Nei confronti di questi soggetti vale la regola del primo comma: possono essere modificati i contratti a tempo indeterminato, possono essere modificate unilateralmente le condizioni contrattuali con il consenso del cliente, ma non il tasso di interesse.

Se dunque il cliente è un consumatore o una micro impresa, il contratto a tempo determinato non può modificare il tasso di interesse.

Chi sono i consumatori?

Il consumatore è quella persona fisica (e se persona fisica non deve neanche essere un professionista) che accede al contratto non per ragioni professionali o di impresa.

I consumatori beneficiano di tutta una serie di disposizioni contrattuali che devono essere facilitanti per loro.

Infatti se la persona fisica stipula un contratto di apertura di credito in conto corrente a tempo determinato la banca non può modificare il tasso di interesse, ma nei confronti di chi non è persona fisica invece è data alla banca la possibilità di modificare il tasso di interesse.

Tutti gli altri soggetti, diversi dalla persona fisica non imprenditore, che stipulano contratti l'imprenditore commerciale non godono dello stesso sistema di tutela che invece è accordato al consumatore.

Comma III: Se la banca modifica unilateralmente le condizioni contrattuali a favore del cliente non occorre che vi sia un'approvazione specifica.

Articolo 119

Articolo 119 (2)

(Comunicazioni periodiche alla clientela)

1. Nei contratti di durata i soggetti indicati nell'articolo 115 forniscono al cliente, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente stesso, alla scadenza del contratto e comunque almeno una volta all'anno, una comunicazione chiara in merito allo svolgimento del rapporto. Il CICR indica il contenuto e le modalità della comunicazione.

2. Per i rapporti regolati in conto corrente l'estratto conto è inviato al cliente con periodicità annuale o, a scelta del cliente, con periodicità semestrale, trimestrale o mensile.

3. In mancanza di opposizione scritta da parte del cliente, gli estratti conto e le altre comunicazioni periodiche alla clientela si intendono approvati trascorsi sessanta giorni dal ricevimento.

4. Il cliente, colui che gli succede a qualunque titolo e colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni hanno diritto di ottenere, a proprie spese, entro un congruo termine e comunque non oltre novanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni. Al cliente possono essere addebitati solo i costi di produzione di tale documentazione.

Commento: L'articolo 119 disciplina le comunicazioni periodiche tra l'intermediario e la clientela. Qui si parla dell'estratto conto del conto corrente e l'estratto conto titoli che la banca invia periodicamente in base all'arco temporale convenuto con il cliente.

La norma potrebbe apparire superflua perché accedendo con il bancomat possiamo stampare l'estratto conto.

Perché non si può sostenere che l'obbligo contrattuale previsto dall'articolo 119 e dai contratti di conto corrente e dagli altri contratti di deposito titoli a custodia ed amministrazione possa ritenersi superfluo?

Perché l'estratto conto che esce dal bancomat non ha valore probatorio.

Infatti se dovesse sorgere una controversia tra banca e cliente in ordine ad una partita di estratto conto, il cliente non può produrre in giudizio l'estratto conto stampato presso il bancomat poiché non ha alcun valore legale.

La prova deve essere data producendo l'estratto conto che il cliente ha ricevuto dalla banca. Questo è l'unico documento che fa da prova dei rapporti tra banca e cliente.

Se a dover produrre l'estratto conto riferito ad una determinata posizione contrattuale fosse la banca, non è neppure sufficiente una copia dell'estratto conto in mano al cliente, ma deve quell'estratto conto contenere data certa con sottoscrizione del funzionario della banca che attesti che quell'estratto conto è un documento contabile estrapolato dal libro dei conti correnti che la banca deve tenere.

Il cliente deve quindi allegare alla citazione in giudizio della banca l'estratto conto che la banca gli ha inviato.

Ma se è la banca a citare in giudizio il cliente per provare le ragioni del suo credito può produrre un estratto dei suoi libri contabili, in base al principio che il documento contabile fa prova:

- Tra imprenditori a favore dell'imprenditore che lo produce
- Tra imprenditore e non imprenditore, contro l'imprenditore

Quindi la banca producendo quell'estratto conto, sa bene che potrebbe essere un documento attestante il suo comportamento illecito, ma è tenuto a produrlo

Comma III: È diffusa l'opinione per la quale se il cliente nei sessanta giorni successivi al ricevimento dell'estratto conto non muove opposizione, nulla potrebbe più fare.

NON È COSÌ → Nel senso che laddove l'estratto conto contenga dei vizi, degli errori, o non riproduca il reale andamento dei rapporti tra le parti, contro quell'estratto conto si può fare opposizione anche trascorsi i sessanta giorni dal ricevimento.

Vi è un ulteriore argomento di natura probatoria che di fatto svilisce questo limite imposto dalla banca al cliente di fare opposizione se ritiene che l'estratto conto non riproduca la situazione contabile intercorsa tra le parti.

“Gli estratti conto e le altre comunicazioni si ritengono approvati trascorsi sessanta giorni dal ricevimento”

Sessanta giorni da quando?

Dal ricevimento dell'estratto conto

Ma in che modo la banca può provare che il cliente oggi ha ricevuto l'estratto conto da lei inviato e che da oggi decorrono i sessanta giorni?

La banca non ha modo di provare se il cliente che sta facendo opposizione la sta facendo nei sessanta giorni o se i sessanta giorni sono già decorsi perché non conosce la data di ricevimento da parte del cliente.

Questa è sempre stata una grossa difficoltà dal punto di vista probatorio per la banca che riceve una citazione contenente eccezioni sull'estratto conto, perché la banca non sostenere che l'eccezione non sia fatta nel termine dei sessanta giorni, perché può provare quando l'estratto conto è stato inviato, ma non quando è stato ricevuto.

Alcune banche per superare questo ostacolo, concordano con il cliente l'invio dell'estratto conto

tramite mail. (La mail ha valore probatorio).

Articolo 120 bis → Disciplina il diritto di recedere da un contratto bancario.

Articolo 120-bis (2)

(Recesso)

1. Il cliente ha diritto di recedere in ogni momento da un contratto a tempo indeterminato senza penalità e senza spese. Il CICR individua i casi in cui la banca o l'intermediario finanziario possono chiedere al cliente un rimborso delle spese sostenute in relazione a servizi aggiuntivi da questo richiesti in occasione del recesso.

[Parentesi sul diritto di recesso e sulla sua disciplina contenuta nelle norme codicistiche. Il recesso è quando viene meno la volontà di una parte e quindi il contratto non è più in grado di produrre i suoi effetti e cessa di esistere.

Altre ipotesi per lo scioglimento di un contratto:

- Scioglimento per mutuo consenso: entrambe le parti sono d'accordo a far cessare il contratto
- Ipotesi di risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione e per eccessiva onerosità

Il recesso nel nostro sistema ha due configurazioni:

- Recesso legale: sono tutte quelle ipotesi di recesso espressamente previste da una norma di legge, contenuta o nelle pagine del codice civile o in altre leggi
Ad esempio: il recesso di un socio da una società di persone espressamente regolabile nella fattispecie dalle norme in materia di diritto societario del codice civile.
- Recesso convenzionale: le parti si danno reciprocamente atto della facoltà di recedere dal contratto o per una sola di esse o per entrambe, regolando poi il termine di preavviso entro il quale comunicare alla controparte il recesso.

N.B → Per quanto riguarda il cliente si tratta di un recesso legale, per quanto riguarda la banca si tratta invece di un recesso convenzionale.

Perché il legislatore ha ritenuto di introdurre una previsione legale del recesso del cliente dal contratto bancario a tempo indeterminato?

Per tutelare il cliente. Perché il cliente può recedere da qualsiasi contratto bancario senza spese (penali, commissioni, ecc..) a meno che non si rientri in uno dei casi (estremamente limitati) regolati specificamente dal CICR in cui indica le ipotesi in cui la banca può chiedere al cliente il rimborso delle spese sostenute in relazione a servizi aggiuntivi richiesti in occasione del recesso.

Per quanto riguarda i servizi aggiuntivi al recesso, il cliente si trova a dover corrispondere alla banca delle spese aggiuntive.

Il recesso del cliente che era già recesso convenzionale prima dell'entrata in vigore del TUB, oggi ha interpretato il recesso legale, ma unicamente per imporre alla banca l'impossibilità di addebitare al cliente i costi di recesso dal contratto.

Articolo 120-ter

L'articolo 120-ter è una norma che in qualche modo viene elusa dal sistema bancario.

Articolo 120-ter (1)*(Estinzione anticipata dei mutui immobiliari)*

1. E' nullo qualunque patto o clausola, anche posteriore alla conclusione del contratto, con il quale si convenga che il mutuatario sia tenuto al pagamento di un compenso o penale o ad altra prestazione a favore del soggetto mutuante per l'estinzione anticipata o parziale dei mutui stipulati o accollati a seguito di frazionamento, anche ai sensi del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, per l'acquisto o per la ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione ovvero allo svolgimento della propria attività economica o professionale da parte di persone fisiche. La nullità del patto o della clausola opera di diritto e non comporta la nullità del contratto.

2. Le disposizioni di cui al presente articolo (2) trovano applicazione, nei casi e alle condizioni ivi previsti, anche per i finanziamenti concessi da enti di previdenza obbligatoria ai loro iscritti.

Caso Estinzione anticipata del mutuo: Quando la banca stipula con il cliente un contratto di mutuo, avverte il cliente che in caso di estinzione anticipata del contratto ci sarà l'applicazione di un costo.

In effetti questo ragionamento ha una sua ragion d'essere, perché nel momento in cui la banca da mutuo, programma di immobilizzare una certa quantità di denaro (che viene trasferita dalla banca mutuante al cliente mutuatario), e quindi il rientro di quelle somme potrebbe comportare dei costi per la banca.

In realtà, la norma dell'articolo 120-ter, introdotta con il decreto legislativo del 2010, prevede espressamente che nel caso in cui il mutuatario che riceve le somme a mutuo decida di estinguere anticipatamente il contratto, pagando ovviamente quanto dovuto, non debba essere assoggettato ad ulteriori costi. Il cliente deve quindi solo pagare il residuo delle somme dovute alla banca per capitale più interessi rispetto al prestito che aveva ottenuto.

Nel contratto di mutuo ancora oggi si trovano delle clausole che non richiamano espressamente l'uscita anticipata dal contratto, ma sono molto mascherate e nascondono però dei costi che vengono applicati al cliente in caso di estinzione anticipata dal contratto di mutuo (si tratta però di una chiara violazione dell'articolo 120-ter del TUB).

Caso: vi sono cause dove il cliente tra le varie eccezioni, che solleva nei confronti della banca in riferimento all'esecuzione del contratto, indica anche il pagamento non dovuto, ai sensi dell'articolo 120-ter del TUB, per somme versate in conseguenza all'uscita anticipata dal contratto di mutuo.

Riprendiamo il discorso sui contratti bancari..**Articolo 1842 e seguenti del Codice civile.**

Gli articoli 1842 e 1843 disciplinano la diversa fattispecie dei contratti di apertura di credito, da cui si ricava che l'apertura di credito è un contratto consensuale (la banca quindi non dà denaro al cliente, ma mette a disposizione una somma di denaro che il cliente può utilizzare per le forme d'uso previste, in una o più volte, costituendo, i versamenti del cliente, non pagamento del debito contratto dal cliente per ogni utilizzo dell'apertura di credito, ma i versamenti del cliente successivi all'utilizzo della apertura di credito non hanno natura di risarcimento, ma hanno natura ripristinatoria.

Pertanto nel corso dell'esecuzione del contratto dell'apertura di credito non vengono ad esistere posizioni creditorie della banca verso il cliente per le somme utilizzate, né posizioni debitorie del cliente per l'utilizzo della linea di credito.

I versamenti con funzione ripristinatoria sono mere operazioni contabili annotate nel conto che hanno la funzione di ripristinare l'originale somma di denaro messa a disposizione.

Solo al momento della scadenza del contratto di apertura di credito, o al momento del recesso di una delle due parti si procederà a calcolare l'esposizione debitoria del cliente e a quel punto le somme

pagate dal cliente avranno funzione risanatoria del debito nei confronti della banca concedente l'apertura di credito.

Altre due norme importanti per il contratto di apertura di credito in conto corrente.

Articolo 1844 → se per l'apertura di credito è data una garanzia reale (pegno e ipoteca) e personale (fideiussione e avallo), questa non si estingue prima della fine del rapporto per il solo fatto che l'accreditato cessa di essere debitore della banca.

Se nel corso del rapporto, in ordine all'andamento dell'apertura di credito e valore della garanzia data, il valore della garanzia diminuisce rispetto all'esposizione della banca, la banca può chiedere un'integrazione della garanzia. Se questa integrazione non viene versata dal cliente, la banca ha davanti due alternative:

1. Può ridurre la linea di credito fino ad un importo coperto dalla garanzia
2. Può recedere dal contratto.

Articolo 1845 → Disciplina le ipotesi del recesso della banca dal contratto.

Questa è una norma che ha trovato applicazione in giurisprudenza, la quale ha assunto nei confronti della banca un atteggiamento estremamente rigoroso

Cosa dice la norma?

Articolo 1845: Salvo patto contrario, la banca non può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se non per giusta causa.

Il recesso sospende immediatamente l'utilizzazione del credito, ma la banca deve concedere un termine di almeno quindici giorni per la restituzione delle somme utilizzate e dei relativi accessori.

Se l'apertura di credito è a tempo indeterminato, ciascuna delle parti può recedere dal contratto, mediante preavviso nel termine stabilito dal contratto, dagli usi o, in mancanza, in quello di quindici giorni.

Qui la norma disciplina il recesso della banca dal contratto di apertura di credito tenendo conto delle due possibili ipotesi contrattuali, cioè contratto di apertura di credito a tempo indeterminato e a tempo determinato.

In ogni caso il recesso da parte della banca, sospende il diritto di utilizzo della linea di credito da parte del cliente, perché il contratto si è estinto, e prevede l'obbligo del cliente di rientrare dell'esposizione verso la banca, ma la banca a sua volta è obbligata a pretendere la restituzione trascorsi 15 giorni dal ricevimento della comunicazione del recesso da parte del cliente.

N.B. → Il recesso è un atto unilaterale recettizio.

Qual è il significato dell'espressione atto unilaterale recettizio?

È un atto che proviene dalla volontà di una sola delle due parti e produce i suoi effetti dal giorno in cui il cliente ha avuto conoscenza, e la banca deve provare che questa conoscenza sia avuta, della comunicazione di recesso. [La comunicazione viene fatta dalla banca mediante lettera raccomandata con ricevuta di ritorno o PEC, cioè utilizza una tecnica di comunicazione che permetta alla banca di avere una prova che il cliente quel giorno abbia effettivamente ricevuto la comunicazione di recesso.]

Dal giorno in cui il cliente riceve notizia del recesso ha 15 giorni di tempo per restituire le somme dovute.

L'articolo 1845 è però suscettibile di diverse negazioni e ha generato non pochi problemi applicativi, ponendo la giurisprudenza nella condizione di dare delle interpretazioni autentiche della norma stessa.

Quando l'articolo 1845 distingue tra il contratto a tempo determinato, da cui si può recedere prima della scadenza, ma solo sussistendo una giusta causa, e quello a tempo indeterminato, che richiede

invece un termine di preavviso perché il recesso sia efficace, questa norma riconduce una regola codicistica che dice che nei contratti di apertura di credito non si può recedere in assenza di giusta causa, mentre nei contratti a tempo indeterminato si può recedere anche senza giusta causa, ma è sufficiente un termine di preavviso.

La questione è: cosa si deve intendere per giusta causa?

La libertà di recesso della banca è vincolata dalla sussistenza di una giusta causa, quindi la banca deve provare che il recesso non è un suo atto discrezionale, ma vi deve essere una ragione che trova il suo riferimento nella gestione del contratto tra banca e cliente, ad esempio un continuo sconfinamento del cliente e si tratta quindi di un comportamento patologico del cliente e autorizza di conseguenza la banca a recedere dal contratto.

Il comma che ha posto problemi di più difficile risoluzione è il terzo comma.

Ci sono quindi due possibilità:

1. Che nel contratto sia previsto un termine stabilito
2. Che non sia stabilito nessun termine e che quindi si consideri come termine quello stabilito dalla legge, ovvero i 15 giorni.

Accade che nei contratti bancari sia prevista una norma convenzionale che dà facoltà alla banca di recedere dal contratto bancario stipulato a tempo indeterminato, avendo la banca il diritto di recedere dal contratto con il preavviso di 1-2 giorni.

La giurisprudenza dice che è vero che le parti possono convenire un periodo di preavviso inferiore ai 15 giorni previsto dalla norma, ma è anche vero che il termine di preavviso inferiore ai 15 giorni deve comunque tener conto della specificità delle situazioni sottostanti e deve tener conto che un preavviso di poche ore potrebbe fortemente pregiudicare gli interessi del cliente.

Vi è giurisprudenza che sostiene che nel caso in cui la norma del contratto bancario preveda il recesso della banca con preavviso di 1 o 2 giorni quella norma è da ritenersi illecita perché costituirebbe da parte della banca una violazione della regola generale della buona fede.

Per buona fede si deve intendere un comportamento che sia corretto, trasparente, e che non sia tale da pregiudicare la posizione dell'altro contraente, è evidente soprattutto guardando alle aperture di credito che trovano esecuzione in contratti commerciali, il fatto che la banca nel giro di poche ore sospenda l'utilizzo del fido che potrebbe ancora in parte essere utilizzato dal cliente, può recare al pregiudizio ulteriore rispetto a quello preventivato nel contratto.

Il cliente che patisce queste situazioni chiederà al giudice, se possibile un provvedimento d'urgenza che sposti il preavviso da 1/2 giorni a 15 giorni, o altrimenti farà un'azione nei confronti della banca dimostrando che quel preavviso pur essendo previsto in contratto ha violato la regola della buona fede causandogli un danno e in questo modo chiede il risarcimento.

Il tema più delicato si riferisce ad un altro problema, la cui soluzione è indice di un comportamento di una giurisprudenza più attenta alle ragioni del cliente piuttosto che alle ragioni della banca.

Il tema è il seguente: è vero che l'articolo 1845 prevede che la banca possa recedere con giusta causa, senza giusta causa a seconda che il contratto a tempo determinato o a tempo indeterminato, **ma è ammessa una facoltà discrezionale della banca nei casi in cui la banca receda a tempo indeterminato anche senza giusta causa?**

È ammissibile un'interpretazione letterale dell'articolo 1845, laddove prevede unicamente l'obbligo della banca quale condizione per il recesso di dare un preavviso? Quindi, la banca pur dando un preavviso di 15 giorni può recedere dal contratto quando le pare e piace?

Parte della giurisprudenza ha sostenuto che pur essendovi la previsione contrattuale di recedere salvo preavviso, questo diritto non può essere esercitato quando la banca è a conoscenza del fatto che il recesso dall'apertura di credito potrebbe pregiudicare le ragioni dell'impresa del cliente accreditato, determinando in alcuni casi il precipitare del cliente in uno stato di insolvenza e di conseguenza la dichiarazione di fallimento.

Questo perché?

Perché quando una banca recede da un contratto di apertura di credito a tempo indeterminato, dove avrebbe solo l'obbligo del preavviso, il recesso è segnalato alla Centrale Rischi. Le altre banche che hanno concesso allo stesso imprenditore altre linee di credito e che non avevano a mente di recedere dal contratto, una volta che a centrale rischi vedono che la banca Alfa, è receduta dal contratto di apertura di credito stipulato con la società Beta, interpretano questa segnalazione come un indice di difficoltà finanziaria del cliente e quindi a loro volta recedono dai contratti di apertura di credito stipulati con quel cliente.

Il risultato è che se il cliente fosse affidato a più banca, parte una a chiedere il recesso con obbligo di restituzione delle somme di denaro, le altre banche recedono a loro volta e il cliente si trova dall'oggi al domani a dover restituire al sistema bancario una massa di denaro che non è in grado di restituire, perché gira con la sua attività di impresa.

La giurisprudenza dice che laddove la banca è a conoscenza o potrebbe essere a conoscenza del fatto che il recesso potrebbe comportare il sopravvenire di una crisi finanziaria per il cliente, anche tenendo conto dei recessi di altre banche, e quindi porre il cliente in stato di insolvenza, il recesso è illegittimo e la banca viene condannata a risarcire il cliente dei danni causati in conseguenza del recesso.

Vi è poi una giurisprudenza ancora più rigorosa, tanto da ritenere una banca un soggetto in concorso con l'imprenditore per la situazione di insolvenza per cui si viene a trovare a causa del recesso.

Come mai?

Questa rigorosa giurisprudenza che ritiene non percorribile la via del recesso in qualsiasi momento salvo l'obbligo del preavviso nei contratti a tempo indeterminato, ritiene che comunque vi deve sussistere una giusta causa e in ogni caso la banca deve valutare quali sono le conseguenze che il suo recesso produrrebbe nella sfera di impresa dell'imprenditore.

La banca dovrebbe quindi trovare un'altra soluzione, come ad esempio prevedere una sospensione delle linee di credito affidate e convenire con il cliente un piano di rientro, in modo che a centrale rischi non parta la segnalazione del recesso.

In questo caso la giurisprudenza si fa essa stessa legislatore (tipo common law). Anche in Italia è sempre più frequente che nella materia del diritto degli affari che il giudice interpreti la norma creando un precedente che in alcuni casi assume valore di legge uniformando i comportamenti bancari, tant'è che a seguito di questo orientamento giurisprudenziale che ritiene irrilevante l'ultimo comma dell'articolo 1845 e che impone per via giurisprudenziale alla banca di interpretare questa norma secondo le regole della buona fede [Correttezza nei confronti del cliente e obbligo di non recargli danno] ha inciso nei rapporti contrattuali, tant'è che in alcuni contratti di apertura di credito in conto corrente, la stessa facoltà di recesso da parte della banca da un contratto a tempo indeterminato è condizionata al verificarsi di una giusta causa di recesso, quale ad esempio il comportamento anomalo del cliente nella gestione del fido.

Contratto di anticipazione bancaria.

Contratto di anticipazione bancaria in forza del quale la banca, a fronte di pegno di titoli o di merci, presta del denaro al cliente.

Il contratto di anticipazione bancaria, salvo particolari situazioni, è ormai un contratto caduto nell'oblio.

Questo contratto trova applicazione nei contratti di concessione di servizi pubblici quale è il servizio di tesoreria che una banca a seguito di una gara, stipula con l'ente pubblico (comune o regione) una convenzione (un contratto) regolante i servizi di tesoreria.

La banca si sostituisce alla pubblica amministrazione e secondo quelle che sono le norme di legge e di contratto paga i terzi fornitori, gli stipendi, le imposte, fa servizio di cassa, ecc.. a fronte delle somme di denaro che la pubblica amministrazione mette a disposizione della banca.

Nell'ambito del servizio di tesoreria è prevista la possibilità che la banca tesoriere presti all'ente pubblico delle somme di denaro. Cioè laddove l'ente pubblico alle scadenze convenute dei debiti

contratti con i terzi non abbia i fondi per pagare, è la banca tesoriere che anticipa alla pubblica amministrazione le somme necessarie al pagamento di questi debiti. Queste somme nel corso del rapporto queste somme devono essere restituite dal comune alla banca, e laddove il comune o regione in questione non fosse in grado di restituire la banca a chiusura del contratto vanterà un'esposizione creditoria nei confronti della pubblica amministrazione.

L'anticipazione bancaria è un prestito che trova ragione d'essere nel servizio di tesoreria. Fuori dall'ambito di concessione pubblica del servizio di tesoreria che prevede l'anticipazione bancaria, le anticipazioni bancarie di cui all'articolo 1846 e seguenti sono ormai prassi obsoleta.

Lo stesso si può dire per l'altro contratto bancario che ha disciplina legale nelle pagine del codice civile, che è lo sconto.

Contratto di sconto.

Per quanto riguarda lo sconto, l'evoluzione della prassi dei rapporti fra banca e cliente ha comportato una sorta di mutazione genetica del contratto di sconto, posto che il contratto di sconto come è regolato nel codice civile oggi non è più utilizzato.

Lo sconto è il contratto con il quale la banca, previa deduzione dell'interesse, anticipa al cliente l'importo di un credito verso terzi non ancora scaduto, mediante la cessione, salvo buon fine, del credito stesso.

Lo sconto trova applicazione quando ad essere scontati sono titoli di credito. (cambiali tratte, cambiali documentarie, ecc).

Lo sconto normalmente si inseriva nel contratto di apertura di credito, cioè era tra le forme previste di utilizzo della linea di credito.

N.B. → Una volta era un errore gravissimo parlare di sconto di fatture, ora si può.

Sarebbe più corretto parlare di apertura di credito concessa per anticipazioni di fatture e non di sconto di fatture, per la semplice ragione che la fattura non è un titolo di credito.

Ora è lo stesso sistema che prevede che il modo di disciplinare lo sconto di cambiali e il modo di disciplinare l'anticipo su fatture è esattamente lo stesso.

Sia in un caso sia nell'altro, laddove il debitore di cambiali non dovesse pagare o laddove che ha ricevuto la fattura non dovesse pagare alla scadenza, colui che ha ricevuto l'anticipo dalla banca dovrà restituire i soldi ricevuti o comunque se dispongo di una apertura di credito mi viene bloccata una somma pari all'importo della cambiale o della fattura che non è stata pagata, sino a quando non ci saranno i pagamenti da parte del debitore.

Contratto di deposito bancario.

Ci sono due fattispecie di deposito bancario:

- Deposito bancario regolato in conto corrente
- Deposito bancario rappresentato da libretti di deposito al portatore o nominativi

Il deposito bancario, per molti decenni prima del mutamento degli impieghi del risparmio verso le attività dell'intermediazione mobiliare, ha rappresentato, insieme ai depositi postali e ai buoni fruttiferi postali, la principale forma di impiego del risparmio delle famiglie italiane.

Si trattava di strumenti remunerati con tassi di interesse significativi, anche se tanto il deposito in conto corrente quanto i depositi bancari non trovavano un analogo successo in altri ordinamenti, anzi in altri ordinamenti addirittura non veniva pagato un tasso di interesse al cliente, ma veniva utilizzato per regolare il servizio di cassa e quindi per adempiere alle indicazioni del cliente (ad esempio assegni, bonifici, ecc..).

Articoli 1834 e seguenti.

Articolo 1834: Nei depositi di una somma di danaro presso una banca, questa ne acquista la proprietà ed è obbligata a restituirla nella stessa specie monetaria, alla scadenza del termine convenuto ovvero a richiesta del depositante, con l'osservanza del periodo di preavviso stabilito dalle parti o dagli usi
Salvo patto contrario, i versamenti e i prelevamenti si eseguono alla sede della banca presso la quale si è costituito il rapporto.

Commento: Sin dalle prime parole del primo comma dell'articolo 1834 è possibile individuare qual è la natura e la qualificazione di un deposito di denaro presso la banca. È quella del deposito irregolare.

Se nel contratto di deposito la proprietà del bene depositato resta nella sfera di titolarità del depositante e il depositante assume l'obbligo di restituire un bene che non è nella sua sfera di titolarità, nei depositi bancari invece la proprietà della somma di denaro si trasferisce dal depositante alla banca depositaria che contestualmente assume nei confronti del depositante lo status di debitore tenuto alla restituzione di quanto versato dal cliente.

Può restituirlo o a scadenze convenute (nel passato) o in osservanza di un periodo di indennizzo che tuttavia nelle ultime vicende della prassi bancaria è sostanzialmente a richiesta del cliente.

Il deposito bancario è quindi un deposito irregolare, tant'è che se ad esempio viene costituita in pegno la provvista del conto corrente e il correntista depositante fosse dichiarato fallito, la somma presente sul conto corrente non è soggetta ad azione revocatoria, cioè la banca non è tenuta a restituire al curatore fallimentare le somme che ha presso di sé in quanto è titolare e proprietaria di queste somme.

La ragione per la quale il deposito bancario ha i connotati propri del deposito irregolare è evidente! Se così non fosse la banca si sarebbe trovata nell'impossibilità di utilizzare le somme depositate per erogare il credito a terzi, poiché non potendo disporre di denaro proprio, di volta in volta avrebbe dovuto stipulare con il depositante un contratto di gestione del credito per poter trasferire dal depositante al terzo affidatario le somme concernenti un contratto di mutuo o un finanziamento o di apertura di credito.

Non a caso quindi il deposito irregolare caratterizza il deposito bancario proprio per il fatto che la banca acquista la proprietà della somma di denaro che il cliente versa sul conto e ovviamente ha la disponibilità del conto.

Il deposito bancario può essere rappresentato da libretti di deposito, un tempo largamente diffusi e oggi solamente più una forma di risparmio e quindi un tipo di contratto di banca che tuttavia ha perso la sua rilevanza.

Articolo 1835

Dispositivo dell'**art. 1835 Codice Civile** → Se la banca rilascia un libretto di deposito a risparmio, i versamenti e i prelevamenti si devono annotare sul libretto. Le annotazioni sul libretto, firmate dall'impiegato della banca che appare addetto al servizio, fanno piena prova nei rapporti tra banca e depositante.

Commento: Il libretto resta nelle mani del suo possessore e ogni qualvolta effettuerà un'operazione (in versamento o in prelievo) questa verrà annotata sul libretto.

Le annotazioni sul libretto, firmate dall'impiegato della banca che appare addetto al servizio, fanno piena prova nei rapporti tra banca e depositante; tant'è che se si utilizza la forma contrattuale del deposito bancario regolato in conto corrente, la banca è tenuta ad informare il cliente mediante l'invio di estratti conto, mentre per quanto riguarda i libretti la banca non deve inviare nessuna rendicontazione sulla provvista risultante dal libretto in quanto è il libretto stesso, che è in mano al cliente possessore, che attesta la veridicità delle somme annotate sia con riferimento alle operazioni effettuate (prelievo o versamento), sia con riferimento al saldo risultante ad una certa data.

Un caso ormai molto raro di qualche proprietario di immobili che affitti gli immobili ad un terzo, il quale è tenuto al versamento di una caparra a garanzia dell'adempimento del canone e la caparra viene riversata in un libretto di deposito al portatore che verrà poi restituito alla scadenza del contratto di locazione a meno che il proprietario non abbia ragioni di credito nei confronti del conduttore (affittuario) e in tal caso di rivarrà sulla somma portata dal libretto al portatore.

Qual è la natura giuridica del libretto al portatore?

Il libretto al portatore è un titolo di credito al portatore. Questo significa che circola da un possessore all'altro secondo la legge propria di circolazione dei titoli al portatore, la quale richiama la legge di circolazione dei beni mobili, con la conseguenza che il possessore del libretto, in quanto ha il possesso fisico del libretto è legittimato ad esercitare i diritti incorporati nel libretto al portatore.

Quali sono i diritti incorporati nel libretto al portatore?

- Il diritto di prelevare le somme risultanti dal libretto
- Il diritto di versare le somme sul libretto
- Il diritto di chiedere, al tempo che si ritiene opportuno, l'estinzione del libretto con l'incasso della somma risultante a quella data sul libretto.

Qual è la natura giuridica del libretto nominativo?

Il libretto di deposito nominativo NON ha natura e qualificazione di titolo di credito.

Viene indicato un beneficiario del libretto.

È un documento di legittimazione al pari un qualsiasi altro documento di legittimazione (ad esempio il biglietto di un aereo)

Quali sono le caratteristiche?

Il documento di legittimazione mutua un elemento dalla disciplina dei titoli di credito che è quello del possesso che si consegue tramite consegna, ma mentre nei titoli di credito il debitore di una prestazione è tenuto ad adempiere la prestazione (pagamento di una somma di denaro) per il solo fatto che gli viene presentato da un soggetto il documento cartolare, e quindi deve adempiere nelle sue mani; per quanto riguarda il debitore di una prestazione di un documento di legittimazione, ha adempiuto correttamente la sua prestazione a condizione che abbia verificato la titolarità del libretto in capo a chi dichiara di essere possessore del libretto.

Se il debitore della prestazione (banca) può avere dubbi che il presentatore del libretto nominativo non sia poi effettivamente il titolare del libretto dovrà chiedere la prova e indentificare il soggetto.

È ancora oggi largamente utilizzato nei rapporti tra banca e cliente un altro contratto di deposito, ovvero il contratto di deposito titoli a custodia e in amministrazione.

Contratto di deposito titoli a custodia e in amministrazione. (Articolo 1838)

Proprio a seguito dell'entrata in vigore del TUB, del TUF e una volta portato a compimento il processo di dematerializzazione dei titoli di credito, in particolare degli strumenti finanziari negoziati nei mercati regolamentati, il contratto di deposito titoli a custodia e in amministrazione ha in qualche modo cambiato la sua struttura.

Nella sua forma tradizionale è un contratto in base al quale il cliente porta in deposito strumenti finanziari (titoli azionari, titoli obbligazionari, ecc..) che vengono fisicamente trattenuti dalla banca in forma cartacea.

Si tratta di un deposito regolare, nel senso che chi accede a questo servizio non perde la proprietà degli strumenti finanziari immessi nel conto di deposito, potrà richiedere la restituzione in tutto o in parte dei titoli conferiti, potrà dare ordine alla banca depositaria di trasferire quei titoli ad un'altra banca depositaria.

La banca depositaria svolge l'attività di amministrazione dei titoli.

Cosa vuol dire che la banca amministra i titoli?

In base al regolamento contrattuale convenuto con il cliente, si limita a compiere quelle operazioni che sono connesse alla vita del titolo (es. stacco cedole obbligazioni, incasso dei dividendi, ecc..), ma la banca depositaria non ha alcun potere di gestire (movimentare) il deposito.

Nel contratto di deposito titoli a custodia e in amministrazione il cliente non stipula nessun contratto di investimento con la banca, ma apre il deposito e versa sul deposito i titoli che la banca provvederà ad amministrare.

Il contratto di deposito in custodia e amministrazione è un contratto connesso e strumentale ad un contratto avente per oggetto la prestazione di un servizio di investimento. Si tratta quindi di un servizio accessorio connesso ad altro contratto bancario o finanziario (ad esempio il contratto di negoziazione).

L'evoluzione degli strumenti finanziari e loro dematerializzazione ha fatto sì che tutti i diritti del possessore di questi strumenti finanziari, che prima potevano essere esercitati in quanto la legittimazione conseguiva dalle scritture apposte sul pezzo di carta o con la consegna del titolo al portatore incorporante il diritto di credito, oggi tutto il sistema di legittimazione e circolazione risulta effettuato tramite annotazione e conseguente registrazione nei conti accesi presso la società di gestione dei titoli.

Caso: Se 20 anni fa il cliente voleva sapere cosa c'era nel suo deposito titoli a custodia e in amministrazione, andava in banca e poteva vedere fisicamente il titolo di credito.

Un cliente che oggi apre lo stesso contratto con la banca e volesse vedere gli strumenti in esso contenuti non potrà vedere nulla perché non c'è niente di fisico.

Il cliente depositante quando stipula al giorno d'oggi questo tipo di contratto di deposito, autorizza la banca ad un sub-deposito presso la gestione centrale degli strumenti finanziari, perché è nella società di gestione centrale degli strumenti finanziari che sono presenti i conti degli emittenti, i conti degli intermediari, i sotto-conti intestati ad ogni singolo cliente dell'intermediario, ed è proprio su questi sotto-conti che sono segnate tutte le operazioni come ad esempio acquisto e vendita titoli.

In estrema sintesi, tutto quello che poteva essere fatto con riferimento ai titoli di credito messi in un deposito a custodia e in amministrazione e per essere fatto presupponeva il documento cartolare, oggi è scomparso, anche se la disciplina continua ad essere la stessa ma anzi che utilizzare forme scritturali, tutto è rappresentato dalla registrazione di un'annotazione sui sistemi informatici della società di gestione centrale.

Non è mutata però la disciplina di riferimento, anche se lo strumento finanziario non è più cartaceo, ma è rappresentato da un'annotazione della società di gestione centrale.

Oggi in base alle annotazioni registrate presso la società di gestione accentrata, l'intermediario negoziatore, che in questo caso è la banca depositaria, che ha sub-depositato questi strumenti presso la gestione accentrata provvederà a comunicare alla società emittente la posizione del possessore delle azioni e certificherà che è socio della società.

Contratto di gestione di patrimonio mobiliare.

Nel contratto di gestione del patrimonio mobiliare il cliente gestito trasferisce alla banca gestore il potere, nei limiti del contratto, autonomo e discrezionale di compiere le operazioni di acquisto e di vendita che riterrà opportuno compiere nell'interesse del cliente gestito e per incrementare il valore del suo portafoglio.

Contratto di deposito titoli a custodia e in amministrazione VS Contratto di gestione di patrimonio mobiliare.	
Contratto di deposito titoli a custodia e in amministrazione.	Contratto di gestione di patrimonio mobiliare.
Nel contratto di deposito titoli a custodia e in amministrazione la banca non gestisce, ma amministra, cioè compie le operazioni necessarie negli interessi del cliente per far acquisire i frutti civili che gli strumenti finanziari messi in deposito, tempo per tempo maturano.	Nel contratto di gestione la banca gestisce, ovvero autonomamente quali investimenti e disinvestimenti effettuare, se pur sempre nei limiti del contratto.

Il contratto di conto corrente bancario o di corrispondenza.

Perché di corrispondenza?

Perché originariamente le operazioni che venivano effettuate sul conto avvenivano tramite scambio di lettere tra il correntista e la banca.

Il contratto di conto corrente bancario o di corrispondenza non è disciplinato dal codice civile, né da altre norme di diritto speciale. Il TUB NON si occupa del contratto di conto corrente.

Il contratto di conto corrente viene disciplinato solo in forma generale, ma essendo un contratto bancario è soggetto alle regole degli articoli 117 e seguenti.

Il codice civile conosce un altro contratto di conto corrente, che è il contratto di conto corrente ordinario che però si differenzia da quello bancario, perché quello ordinario innanzitutto sotto il profilo soggettivo poiché viene stipulato tra due soggetti imprenditori per regolare le posizioni debitorie e creditorie, si chiude ogni anno e si “facendo le somme” risulterà la cifra a favore di uno o dell'altro imprenditore.

Il contratto di conto corrente bancario è invece un contratto a tempo indeterminato.

L'altro profilo rilevante per quanto attiene la soggettività è che in un contratto di conto corrente ordinario nessuno dei due contraenti, perché il contratto venga ad esistenza deve essere una banca, mentre nel contratto di conto corrente bancario è necessario che una delle due parti sia una banca poiché si tratta di un contratto bancario.

Il contratto di conto corrente bancario o di corrispondenza sia utilizzato di per sé o che sia utilizzato come conto di appoggio di un altro contratto bancario, è un contratto che nei rapporti tra banca e cliente, nel corso dei secoli è un contratto che si è arricchito di elementi di altri contratti tipici bancari e non bancari (contratto arlecchino).

Il fascino di questo contratto è che nasce dalla prassi e quindi dalle esigenze del mercato.

Il contratto in origine, proprio perché nasceva come contratto tra commerciante e non commerciante non era un contratto equilibrato, ma era un contratto che il commerciante usava soprattutto per tutelare i suoi interessi.

Quindi in questa “lotta” tra contraente commerciante e contraente non commerciante, il contratto era strutturato in modo tale che erano tutelati gli interessi del commerciante contro gli interessi del non commerciante, tanto che sino alla legge sulla trasparenza del 1990 i contratti di conto corrente, come gli altri contratti bancari, erano contenitori di norme bancarie uniforme scritte a tutela delle banche.

Questo era perché c'era la necessità di un sistema di tutela delle banche, in quanto esse nell'esercizio del credito non impiegano denaro proprio, ma denaro dei depositanti, quindi in questo caso la tutela della banca significa la tutela dei depositanti.

Fino all'entrata in vigore della legge sulla trasparenza bancaria, le norme del contratto di conto corrente stavano su un unico foglio fronte-retro.

Oggi qualsivoglia contratto di conto corrente bancario, stipulato con qualsivoglia banca da qualsivoglia correntista, a seconda dei casi, si compone di 30/40 tra il contratto proprio e gli allegati.

Nel nostro sistema non ci sono norme che disciplinano il contratto di conto corrente bancario, ma il conto corrente bancario è riconosciuto dal legislatore, posto che le norme degli articoli 1852 e seguenti trattano delle operazioni bancarie.

Caso: se tra banca e cliente esistono più conti?

I saldi attivi e passivi si compensano reciprocamente salvo una diversa volontà delle parti.

Il conto corrente cointestato può essere:

- Ad operatività congiunta: Qualsiasi operazione deve essere compiuta da tutti i correntisti.
- Ad operatività disgiunta: Ciascuno dei correntisti può disporre del conto come meglio crede.

Caso: si immagini un conto corrente contraente la ChiantiBanca e come contraente della ChiantiBanca i correntisti Rossi e Bianchi.

Alla domanda questo è un contratto bilaterale o multilaterale?

Le parti sono sempre solo due! Qualsiasi sia il numero dei correntisti, essi formano un'unica controparte contrattuale nei confronti della banca. Salvo previsione che il conto potrà essere disgiuntamente dal singolo correntista oppure congiuntamente.

Le parti possono recedere dal contratto di conto corrente anche se a tempo indeterminato dando preavviso di 15 giorni.

In forza del contratto di conto corrente, la banca esegue le operazioni di conto, come autorizzato dal contratto stesso, secondo le regole del mandato.

Ecco che il contratto di conto corrente mutua un pezzo di disciplina del mandato, ma per quanto riguarda invece la responsabilità non si applica la regola che disciplina la responsabilità del mandatario.

[Piccolo riferimento al diritto privato → Il grado di diligenza e conseguente responsabilità che il mandatario deve tenere nell'esecuzione del mandato è un grado di diligenza medio, che fa riferimento alla mitica figura del buon padre di famiglia]

La banca esegue le prestazioni dedotte a suo carico nel contratto di conto corrente in quanto imprenditore, e quindi in quanto munito di una specifica professionalità, e allora non prova applicazione la norma del mandato sulla responsabilità media, ma responsabilità qualificata di cui all'articolo 1176, secondo comma, del codice civile.

La norma 1176 è una norma in base alla quale se il debitore di un'obbligazione riveste la qualifica di imprenditore, professionista, ecc.. e quindi adempie l'obbligazione nell'esercizio di un'attività professionale, il grado di diligenza non va individuato con riferimento al buon padre di famiglia, ma lo si individua nella buona banca, nel buon avvocato, ecc., cioè è un grado di diligenza qualificato che di conseguenza comporta un maggior grado di responsabilità.

Per quanto riguarda le norme presenti nel conto corrente si tratta di norme versate nell'articolato contrattuale, e una volta sottoscritte dal correntista, queste norme pattizie, in base al principio di legge hanno efficacia di legge tra le parti. Sono norme convenzionali con valore di legge tra le parti in quanto non sono in contrasto con l'ordine pubblico, ecc..

Il contratto di conto corrente è un contratto di massa, il che significa che dovrà contenere al suo interno le condizioni generali di contratto che laddove il contratto contenga delle clausole vessatorie, cioè delle clausole che alzano l'equilibrio contrattuale in favore di una parte e in sfavore dell'altra, il contraente che per contratto subisce la vessatorietà della clausola deve sottoscriverla espressamente ai sensi dell'articolo 1341 del codice civile. Altrimenti, la clausola vessatoria, se non specificatamente approvata dal correntista (controparte debole) è inefficace nei confronti del correntista stesso.

In calce al contratto di conto corrente sono contenute tutta una serie di clausole che si chiede al correntista di approvarle specificatamente, e se mancasse la firma del correntista, ai sensi dell'articolo 1341, quelle clausole sarebbero inopponibili al cliente.

N.B. → L'inefficacia colpisce solamente le clausole vessatorie se non espressamente approvate per iscritto dal correntista, ma assolutamente non comporta la nullità del contratto.

Quindi le norme non vessatorie incluse nel contratto restano valide ed efficaci.

Il contratto di conto corrente è nullo ai sensi dell'articolo 117, cioè se non venisse stipulato in forma scritta.

La mancata consegna della copia del contratto di conto corrente al cliente NON comporta la nullità del contratto, ma se il cliente fosse in grado di dimostrare che la mancata consegna del contratto gli abbia provocato dei danni potrà agire nei confronti della banca e se accertato il danno la banca lo risarcirà.

Sono nulle, ma ormai non si trovano certamente più, le norme che rimandano agli usi per quanto riguarda la determinazione del tasso di interesse e ogni altro onere a carico del correntista, tant'è che ora il contratto di conto corrente ha in allegato tutti gli elementi costo a carico del correntista. Il fatto che il contratto di conto corrente sia un contratto di massa stampato su moduli uniformi,

comporta che il contratto di conto corrente nel suo schema complessivo, soggiaccia alla regola della parità di trattamento, cioè a dire “tutti i contratti di conto corrente hanno identico contenuto, quale che sia la natura e la qualificazione del soggetto contraente della banca, tranne in casi espressamente previsti. [Ad esempio lo schema che ChiantiBanca è un contratto di conto corrente offerto a correntisti (persone fisiche, persone giuridiche) che non hanno la natura di consumatore, se invece il contraente della banca è un consumatore, cioè a dire una persona fisica che ricorre al servizio bancario non per l’esercizio della sua attività professionale o non è una società, allora vi è uno schema di contratti di conto corrente che viene predisposto tenendo anche conto di quelle che sono le norme a tutela del consumatore come riportate nel codice al consumo.]

Come è strutturato questo contratto?

È strutturato nella forma della lettera commerciale. Viene immaginato come una lettera inviata da chi vuole stipulare il contratto alla banca.

Nella lettera è il cliente a richiedere l’apertura del conto corrente e dei servizi ad esso connessi, la banca riceve la lettera sottoscritta dal correntista, e la copia che consegnerà al cliente recherà come mittente la banca e come destinatario il cliente correntista.

Come tutti i contratti bancari, anche per la formazione del contratto di conto corrente si ricorre allo scambio di lettere commerciali perché se invece fosse perfezionato il contratto in forma di un unico modulo recante le due firme (della banca e del correntista) andrebbe sottoposto al registro, mentre i contratti formati mediante scambio di lettere commerciali non sono sottoposti a registro e quindi il cliente non dovrà sopportare questo costo.

Struttura del conto corrente.

Vi è una prima parte dedicata all’individuazione dei soggetti contraenti (estremi identificativi dei correntisti); vi sono poi riportate, sin dalle prime battute del contratto, quelle che sono le clausole relative ai diritti esercitabili dal correntista nei confronti della banca; la richiesta di accedere a servizi collegati al contratto di conto corrente (es. bancomat, internet banking, ecc.); vi sono riportate le clausole vessatorie che devono essere approvate per iscritto e poi inizia l’elenco delle norme (quelle che regolano il conto corrente di corrispondenza, quelle che disciplinano il diritto della carta bancomat, quelle che regolano il servizio di Internet banking, ecc.); e poi allegate al contratto di conto corrente sono riportate tutte le condizioni economiche che connotano il contratto di conto corrente, e sono:

- Commissioni
- Oneri
- Costi
- Spese

N.B → La banca non può pretendere il pagamento a titolo di spese, commissioni, costi, ecc.. se non per i costi indicati espressamente nel contratto.

Analisi delle norme più rilevanti che connotano il contratto di conto corrente. [CHIANTIBANCA]

La prima parte raccoglie i riferimenti del correntista.

N.B → Poiché il contratto di conto corrente regola gli altri contratti bancari il cliente può sempre disporre del contratto di conto corrente.

RICHIEDIAMO

Commento della richiesta: “richiediamo l’apertura di un conto corrente e dei servizi collegati di seguito indicati”. → Questa lettera, per come è letteralmente strutturata, è una proposta contrattuale che chi intende stipulare il contratto invia alla banca. Quindi secondo quello che è lo schema di formazione dei contratti, l’aspirante correntista assume qui la posizione di proponente, mentre la banca assume la porzione di accettante, e dal momento che essendo un contratto prestampato su modulo (contratto di massa) non si possono cambiare le condizioni contrattuali indicate [quelle economiche SÌ] l’accettazione della banca è a conoscenza del correntista, il contratto si perfeziona.

Notiamo inoltre che vi è una forzatura delle previsioni anti codicistiche da parte della ChiantiBanca, perché dice: “In caso di rapporto cointestato di due persone, la facoltà di firma si intende disgiunta”. In realtà, e come avviene anche con riferimento a conti correnti offerti da altre banche, sarebbe stato necessario prevedere le due ipotesi, indicando poi ai correntisti quali condizioni preferire.

Qui in qualche modo viene forzata la volontà dei correntisti di prevedere come regola contrattuale generale, quella dell’operatività a firma disgiunta e poi come facoltà di carattere eccezionale quella dell’operatività a firma congiunta.

Basta una veloce riflessione per rendersi conto che per quanto riguarda il contraente di una banca, è sicuramente una condizione di operatività più efficiente, e che comporta alla banca meno problemi, quella dell’operatività a firma disgiunta.

Se i contraenti consensualmente decidono che il conto sarà operativo a firma disgiunta con la conseguenza che ognuno dei correntisti potrà utilizzare il conto come meglio crede.

Se i contraenti optano invece per il conto a firma congiunta sarà necessaria la firma di tutti i cointestatori del conto per effettuare qualsiasi operazione.

Se la banca acconsentisse a che un conto a firma congiunta sia movimentato da uno solo dei cointestatori, la banca viola una regola contrattuale e risponde nei confronti degli altri cointestatori per l’illecito commesso; si tratta di casi molto frequenti. [Sono casi molto frequenti, ad esempio caso di anziani che hanno il conto cointestato con un parente che ad un certo punto gli prosciuga il conto]

Caso: conto corrente stipulato dalla banca con due cointestatori, i quali prevedono l’operatività del conto a firma disgiunta.

Se non sussiste una diversa disposizione in contratto, uno solo dei correntisti a firma disgiunta può chiudere il conto?

NO, perché un conto è la movimentazione del contratto, un altro è la dichiarazione di volontà contrattuale che deve essere congiunta in ogni caso al momento della stipulazione del contratto e alla fine del rapporto contrattuale della banca.

La volontà dei correntisti per quanto riguarda le vicende negoziale (apertura e chiusura) richiedono la volontà congiunta delle parti.

Se vi fosse la firma di uno solo a chiudere il contratto, ferma restando la responsabilità della banca nei confronti degli altri correntisti, non si avrebbe la volontà della parte contraente della banca, perché la volontà di questa parte è dato dall’insieme dei correntisti congiuntamente considerati.

È quindi fondamentale distinguere che il contratto di conto corrente è un contratto bilaterale anche se una delle due parti può essere costituita da più persone.

N.B. → La volontà della parte contrattuale dei correntisti deve essere volontà comune al momento della stipulazione del contratto, così come deve esserlo al momento dell’estinzione del contratto.

Caso: Due coniugi stipulano con una banca un contratto di conto corrente a firma disgiunta. Succede che al momento della separazione o quando i rapporti tra i coniugi sono tutt’altro che rosei, uno dei due vada in banca e prosciughi il conto.

La banca è responsabile nei confronti dell’altro coniuge?

NO, perché il contratto è stato previsto a firma disgiunta. Anzi il fatto che uno dei due vada in banca e prosciughi il conto lascia traccia documentaria in banca del suo comportamento illecito che potrà essere utilizzato dal coniuge “fregato” per far valere i suoi diritti in sede civile.

Caso: Due coniugi in fase di separazione con conto cointestato a firma disgiunta.

Uno dei due si reca in banca e vuole chiudere il conto e alle opposizioni della banca che richiedono entrambe le firme il coniuge rassicura l’impiegato di banca, magari basandosi su un ormai consolidato rapporto di fiducia, che il coniuge al momento assente andrà ad

integrare la firma.

L'impiegato potrebbe a questo punto fidarsi del coniuge e acconsentire alla chiusura del conto e consegnare il saldo del conto nelle mani del coniuge che ha effettuato la chiusura.

Quando il coniuge "fregato" scopre che la sua controparte è andato in banca, ha chiuso il conto e si è portato via tutto, ha azione risarcitoria nei confronti della banca?

Sì, perché nel caso in cui il coniuge chiuda il conto e prenda la provvista, l'altro ha azione risarcitoria nei confronti della banca, perché la banca ha commesso un illecito nel consentire la chiusura del conto per una sola dei coniugi.

Normalmente quando un conto è a firma congiunta?

Quando i cointestatari non si fidano l'uno dell'altro e proprio per evitare che uno di loro si comporti in modo illecito, con l'operatività congiunta hanno una doppia garanzia di sicurezza, poiché sanno che se qualcuno proverà a commettere un illecito verrà bloccato o dalla mancata firma dei cointestatari o in caso cercasse di bypassarli e di operare senza le firme verrebbe bloccato dalla banca. Se poi inoltre la banca dovesse consentirgli di operare disgiuntamente, ci sarebbe la garanzia che la banca sarebbe costretta a risarcire gli altri cointestatari del conto

ABBIAMO DIRITTO

Dopo la richiesta il modulo contrattuale fissa quelle che sono le norme di legge del codice civile in materia di diritto bancario.

Commento di "abbiamo diritto": In questo caso la banca, applicando correttamente una norma che è più specificamente riferita ai contratti dell'intermediazione finanziaria, prevede il diritto di recedere dal contratto senza spese entro un termine dalla sua stipulazione (qui 14 giorni) e le operazioni attive e passive effettuate dal correntista in questo tempo si intendono valide ed efficaci. [Nei contratti dell'intermediazione finanziaria invece, in questo tempo il contratto rimane congelato e privo di efficacia]

ELEZIONE DI DOMICILIO AI SENSI DELL'ART. 9TER DELLA LEGGE 15/12/1900 N.386

Vi è poi l'indicazione del domicilio dove ricevere la corrispondenza, quindi gli estratti conto e le altre comunicazioni.

Qui viene indicata la possibilità di indicare come domiciliazione del ricevimento della corrispondenza, tre alternative:

- La sua residenza
- Altro domicilio
- La banca stessa → cioè ci sarà una cassetta postale in banca a nome del correntista e la banca invece di inviare gli estratti conto, li mette nella cassetta postale. Ovviamente sta poi al correntista andare e ritirare la posta.

Vi sono poi:

- Richiesta tessera bancomat e pagobancomat
- Richiesta attivazione servizi di internet banking:
Quindi con la possibilità di utilizzare l'home banking per lo svolgimento di alcune operazioni bancarie oltre che per il controllo dell'estratto conto.

Vi è poi: FIRMA/E DI CONFERMA DELLE SCELTE EFFETTUATE

In cui il cliente conferma di aver ricevuto, letto e di accettare integralmente tutte le norme e le condizioni economiche che disciplinano i rapporti ed i servizi indicati.

La documentazione è composta da:

1. Documentazione informativa per il Cliente, composta da:
 - Documento contenente i "Principali Diritti del Cliente"
 - Guida della Banca d'Italia "Il conto corrente in parole semplici"

- Guida pratica “Conoscere l’Arbitro Bancario Finanziario e capire come tutelare i propri diritti”.
- 2. Copia per il Cliente della presente “Richiesta di apertura conto corrente e Servizi collegati”
- 3. Foglio informativo (completo dell’informativa precontrattuale sui contratti e servizi a distanza) inerenti servizi.

APPROVAZIONE DELLE CLAUSOLE VESSATORIE

L’anticipazione che saranno approvate specificamente per iscritto le clausole vessatorie, ai sensi dell’articolo 1341 del codice civile, e quindi sono riportate in sintesi, con riferimento al numero dell’articolo e alla rubrica, l’elenco delle clausole vessatorie distinte per parti del contratto.

Al fondo della sezione troviamo la firma del correntista in calce al contratto e la firma del correntista in calce alle clausole vessatorie.

Laddove dovesse mancare la firma del correntista in calce alle clausole vessatorie, qui specificatamente riportate, queste clausole non sono opponibili al correntista. Il contratto resta valido ed efficace con riferimento alle altre norme, ma mancando l’indicazione dell’approvazione specifica per iscritto con delle clausole vessatorie, ai sensi dell’articolo 1341 queste clausole non sono opponibili.

In passato vi è stato qualche giudice che è arrivato a sostenere che la mancata sottoscrizione delle clausole vessatorie, non produrrebbe l’inefficacia di quelle clausole nei confronti del cliente, ma comporterebbe addirittura la nullità dell’intero contratto.

Oggi non sarebbe più una tesi sostenibile.

Inizia poi il racconto delle norme che regolano il contratto di conto corrente di corrispondenza e i servizi connessi (bancomat, internet banking, ecc...)

NORME CHE REGOLANO I CONTI CORRENTI DI CORRISPONDENZA E I SERVIZI CONNESSI

La struttura di queste norme che compongono l’articolato contrattuale, ha struttura di condizioni generali di contratto.

Questo poiché i contratti di massa devono contenere condizioni generali, che riproducono i diritti e i doveri a carico delle due parti e regolati in modo uniforme.

Le presenti condizioni generali trovano applicazione sempre che le disposizioni della successiva sezione non dispongano diversamente o non siano con esse compatibili. Se ci fosse una di queste condizioni prevarrebbero le disposizioni delle successive sezioni.

N.B → Può accadere che non vi sia perfetta coincidenza tra le norme generali di contratto e le norme riferite al singolo servizio prestato, ed è per questo che la banca avverte il cliente che in caso di controversia tra le due norme prevale quella di diritto speciale, cioè quella che disciplina il singolo servizio.

Nei rapporti con il cliente la banca è tenuta ad osservare dei criteri di diligenza adeguata alla sua condizione professionale e alla natura dell’attività svolta, in conformità con quanto previsto dal secondo comma dell’articolo 1176 del codice civile.

Quindi al fine di verificare con quale grado di diligenza la banca ha adempiuto alle prestazioni presenti nel contratto, anche se la norma del codice civile fa riferimento al mandato, non si applica il criterio della diligenza media del buon padre di famiglia, ma si applica il criterio della diligenza professionale.

Quindi il riferimento è “come si sarebbe comportata un’altra banca”.

Ripasso su: contratti bancari uniformi.

Anni addietro era intervenuta l’autorità garante della concorrenza e del mercato censurando il

comportamento del sistema bancario che adottava schemi contrattuali sostanzialmente identici per regolare il conto e che così facendo rendeva impossibile alla controparte la valutazione consapevole dello strumento.

Censura in parte fondata e in parte no, perché nel contratto di conto corrente di corrispondenza, con la legge della trasparenza del '90 e con il TUB del '93, e poi con gli interventi del MEF e del CICR che hanno dichiarato che le banche sono costrette ad utilizzare gli stessi schemi contrattuali.

La partita della concorrenza fra banche sotto il profilo dei servizi offerti alla clientela si gioca sotto il profilo economico, il testo contrattuale è identico per tutte le banche, ma cambiano le condizioni economiche.

Parentesi sui contratti cointestati.

Un contratto bancario può definirsi contratto bancario e come tale è assoggettato alla disciplina del TUB (articoli 116 e seguenti) solo se uno dei contraenti è una banca.

Se così non fosse qualsiasi contratto stipulato non potrà essere definito contratto bancario. (banca illecita, di fatto)

Uno dei due contraenti deve essere una banca ai sensi del TUB.

Qualsiasi soggetto di diritto può rivestire lo status di contraente della banca.

N.B. → Nulla impedisce ad un minore o ad un incapace di perfezionare un contratto bancario, a condizione però che la sua volontà sia spesa tramite un legale rappresentante.

N.B. → laddove il contraente della banca sia costituito da più parti, le parti contrattuali sono solo due, poiché il contratto di conto corrente è un contratto bilaterale e non un contratto plurilaterale (ad esempio il contratto di società).

Se il contratto viene ad esistenza cointestato, il contratto di conto corrente necessita della firma congiunta di tutti i cointestatori del conto. (ad esempio per l'estinzione.)

Può però essere prevista una clausola che autorizza i cointestatori a poter chiudere il conto disgiuntamente, ma è necessario che questa clausola sia accettata e firmata da tutti i cointestatori.

Se la volontà unanime dei cointestatori è quella di prevedere l'operatività disgiunta allora ognuno degli intestatari può compiere tutte le operazioni di conto corrente disgiuntamente dagli altri cointestatori.

Altro elemento che rileva questo gioco di volontà congiunta e volontà disgiunta è data da un'altra circostanza, anche questa molto frequente nella realtà dei rapporti bancari.

Il conto corrente può essere movimentato solo dagli intestatari del conto, ma, come per qualsiasi contratto, possono essere delegati dei terzi soggetti ad operare sul conto corrente, con dei limiti per ciò che riguarda i poteri e le facoltà del terzo.

Le anomalie che si verificano in caso di delega generale (poteri illimitati) sono tante, poiché il delegato può compiere unicamente le operazioni per cui ha ricevuto la delega, ma non diventa intestatario del conto.

Il delegato non può estinguere il conto, poiché l'estinzione del contratto è un fatto attiene al contraente in quanto soggetto titolare del potere di aprire e di chiudere il conto.

Il delegato è un procuratore che agisce in nome e per conto di chi gli ha conferito la procura.

Nel caso in cui a conferire la procura sia il titolare del conto, la procura viene conferita al delegato, e l'intestatario del conto che ha conferito la delega può revocare la delega.

Nel caso in cui vi siano più intestatari è necessario che ci sia la volontà congiunta di tutti i cointestatori per il conferimento della delega.

Perché la volontà congiunta?

Perché, come detto, i cointestatori formano una sola parte contrattuale, e il delegato deve spendere

la volontà della controparte contraente (non solo di un cointestatario, ma di tutti i cointestatari).

Tutto questo per ribadire il principio che se vi sono più cointestatari a firma congiunta e la banca ammette che il conto sia movimentato da uno solo di loro, la banca è responsabile del comportamento illecito, e si tratta anche di concorso della banca perché non avrebbe dovuto permettere che ciò avvenisse.

Chiusa parentesi sui conti cointestati

Aperta parentesi sulla nullità dei contratti.

Un'altra questione che occupa maggiormente la giurisprudenza e costituisce la maggior parte dei contenziosi tra banca e cliente.

È di recente intervenuta la corte di cassazione sostenendo che "è nullo per difetto di forma il contratto di conto corrente prodotto in giudizio con la sola firma del correntista".

La giurisprudenza ammette che il contratto possa venire ad esistenza per scambio di lettere commerciali, ma nel momento in cui nasca una controversia tra banca e cliente, la banca deve essere in grado di produrre in giudizio sia la copia del contratto con firma del correntista, sia l'originale del contratto con la firma della banca (che però è in mano al correntista).

La banca invano chiede al giudice di ordinare al correntista di portare in giudizio la copia firmata dalla banca, ma il correntista, facendo un falso, dirà che la banca non gli ha mai consegnato nessuna copia firmata.

Perché si parla di effetti devastanti?

Perché se si fa corretta applicazione del principio di diritto per il quale è nullo qualsiasi contratto bancario o finanziario, se in giudizio non sono allegati al fascicolo della banca l'atto firmato dal cliente e l'atto firmato dalla banca. E se un giudice fa proprio il principio per il quale deve ritenersi nullo il contratto bancario o finanziario, quale che sia l'oggetto del contratto, per difetto di forma scritta, allora ci si troverebbe di fronte ad un'ipotesi di nullità del contratto. (nullità relativa → solo il cliente può farla valere)

Quali sono le conseguenze di un contratto nullo?

Gli effetti prodotti dal contratto si danno per non accaduti, e la nullità del contratto non ha termine di prescrizione.

Se applicassimo la regola di diritto, e venisse accertata, a seguito dei vari gradi di giudizio, in via definitiva la nullità del contratto, tutte le operazioni attive o passive del contratto di conto corrente avvenute sarebbero nulle, e quindi la banca dovrebbe restituire al correntista quello che il correntista ha versato, e il correntista dovrebbe versare alla banca quello che ha prelevato.

E gli effetti dei terzi? Avrebbero degli effetti devastanti.

Qualche giudice dice che la nullità del contratto per difetto di forma colpisce solo gli interessi che sono oggetto di domanda da parte del correntista. (operazione contestata)

Altra giurisprudenza ha negato questo ragionamento, perché sostiene che non si possa applicare la nullità in maniera selettiva, poiché sarebbe una cosa contraria ai principi del diritto.

L'unico modo della dottrina per risolvere una situazione che rischia di avere effetti devastanti non solo per il sistema bancario, ma anche per il cliente, pur muovendo dal presupposto che sia fondata la tesi della giurisprudenza di nullità del contratto per difetto di forma scritta, prevedere un intervento del legislatore che con una norma di legge preveda che gli effetti del contratto bancario o finanziario dichiarato nullo per difetto di forma scritta si producono dal giorno in cui la sentenza è passata in giudicato (ex nunc e non Ex tunc).

Sarebbe una novità?

Assolutamente NO. È quello che è accaduto per quanto attiene la nullità del contratto

costitutivo di società per azioni. → È inoltre necessario che il giudice che decreta la nullità del contratto, nella stessa sentenza nomini il liquidatore.

Riprendiamo analisi conto corrente.

Commento norme contenute nel contratto di conto corrente:

Articolo. 3 – Esecuzione degli incarichi conferiti dal Cliente

1. La Banca, determinandone le modalità di esecuzione, è tenuta ad eseguire gli incarichi conferiti dal cliente, nei limiti e secondo le previsioni contenute nelle singole sezioni del presente contratto; tuttavia, qualora ricorra un giustificato motivo, essa può rifiutarsi di assumere l'incarico richiesto, dandone tempestiva comunicazione al cliente, salve le previsioni contenute nelle singole sezioni del presente contratto.

2. Il cliente, salva la disciplina specifica contenuta nelle singole sezioni del presente contratto, ha facoltà di revocare l'incarico conferito alla Banca, finché l'incarico stesso non abbia avuto un principio di esecuzione.

3. In relazione agli incarichi assunti, la Banca, oltre alla facoltà ad essa attribuita dall'art. 1856 cod. civ., è comunque autorizzata, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1717 cod. civ., a farsi sostituire nell'esecuzione dell'incarico da un proprio corrispondente anche non bancario.

Quello che è importante sottolineare di questa norma, è constatare quello che il contratto di conto corrente è un contratto costituito da diversi elementi tipici e legali di altri contratti.

A quale contratto del codice civile fa riferimento l'articolo 3?

L'articolo 3 introduce elementi di disciplina del contratto di mandato. [Il contratto di mandato è il contratto con il quale il mandante conferisce al mandatario la facoltà di svolgere atti in nome e per conto del mandante, con o senza rappresentanza.]

[Ad esempio quando si da ordine alla banca (mandatario) di pagare un assegno si sta dando alla banca un mandato ad eseguire quell'operazione]

Il mandato entra nel contratto di conto corrente ed è il contratto che costituisce l'ossatura del contratto di conto corrente bancario, proprio perché presta la sua natura alla regolamentazione dei servizi di cui si avvale il contratto di conto corrente.

Le norme successive, quelle che regolano le comunicazioni tra banca e cliente, riproducono con procedure specifiche legate alla struttura del contratto, quelli che sono gli obblighi di informazione che il mandatario ha nei confronti del mandante e deve, una volta eseguito l'incarico ricevuto, dargli quindi la documentazione sottostante.

Gli estratti di conto corrente sono il principale obbligo informativo che la banca prevede nei confronti del cliente, rendendogli conto degli incarichi ricevuti e svolti.

Caso: la norma 119 del TUB, prevede che a richiesta del correntista, la banca deve consegnargli la documentazione sottostante il conto corrente, ovviamente nei limiti temporali previsti dall'obbligo delle tenute delle scritture contabili (10 anni).

Il cliente chiede alla banca copia del contratto di conto corrente e di tutti gli estratti conto, anche per un periodo superiore ai contratti di conto corrente, ma la banca non glieli consegna.

Cosa può fare?

In questo caso, proprio per rafforzare la tutela del mandante, la giurisprudenza prevede che il cliente possa rivolgersi al giudice e ottenere un decreto ingiuntivo che obblighi la banca a fornire la documentazione richiesta dal cliente.

Se la banca non fosse in grado di fornire la documentazione richiesta allora il cliente avrebbe la possibilità di iniziare un'azione risarcitoria nei confronti della banca per poter ottenere il risarcimento del danno che la banca gli ha recato con la mancata consegna della documentazione.

Vi sono poi le norme successive: articolo 7 (deposito firme autorizzate), articolo 8 (delegati).

Particolare importanza su due norme che introducono nello schema del contratto bancario, altri contratti tipici e legali.

Articolo. 11 – Diritto di garanzia

1. La Banca è investita del diritto di pegno e del diritto di ritenzione su titoli o valori di pertinenza del Cliente detenuti dalla Banca stessa o che pervengano ad essa successivamente, a garanzia di qualunque suo credito – anche se non liquido ed esigibile – già in essere o che dovesse sorgere verso il Cliente.

2. In particolare, le cessioni di credito e le garanzie pignoratorie, a qualsiasi titolo effettuate o costituite a favore della Banca, stanno a garantire con l'intero valore anche ogni altro credito, come individuato dal comma precedente, vantato dalla Banca medesima verso la stessa persona.

Questa è una norma centrale nel sistema di regolamentazione dei rapporti fra banca e correntista.

Quali elementi di disciplina che connotano altri contratti sono richiamati da questa norma?

È lo stesso dato letterale della norma che richiama il contratto di pegno.

Premesso che la funzione dell'articolo 11 è una funzione di garanzia a tutela della banca e che trova applicazione nei casi in cui in conseguenza a rapporti bancari, la banca si trova in una situazione creditoria nei confronti del cliente, la banca nel momento stesso in cui stipula il contratto di conto corrente, disciplina gli effetti del pegno nello schema del contratto di conto corrente anche se non è stato convenuto tra le parti, nelle forme di rito, un contratto di pegno.

In caso di contratto di pegno di cosa mobile (“contratto fotografia”).

La norma in materia di pegno dice che nel caso di pegno di cose mobili il valore ecceda le 5'000 lire, il pegno per potersi ritenere costituito e quindi permettere al creditore pignoratorio di esercitare i suoi diritti di creditore pignoratorio, deve essere perfezionato con scrittura privata avente data certa, con indicazione del pegno e del credito sottostante.

Cosa manca nell'articolo 11?

Manca l'indicazione dei beni dati a pegno e l'indicazione del credito.

Per volontà pattizia, il contratto di conto corrente si appropria di pezzi di disciplina del contratto di pegno e prevede che la banca eserciti i diritti propri del creditore pignoratorio, ancorché non sia venuto ad esistenza un pegno costituito ai sensi della norma di legge.

In sintesi, questa norma investe la banca di un diritto di pegno anche se il pegno non è stato costituito ai sensi della norma civilistica, a garanzia delle esposizioni del correntista verso la banca.

Inoltre non si parla di proprietà: Nel contratto di pegno in codice civile il bene dato a pegno DEVE essere di proprietà del debitore.

Nel contratto di pegno stipulato in conto corrente, il debitore non deve per forza essere proprietario della cosa presa a pegno, ma parla di pertinenza del correntista.

Quindi se il correntista è cointestatario di un deposito titoli a custodia in amministrazione (indipendentemente da chi abbia acquistato i titoli presenti in deposito) ed è anche monointestatario di un conto corrente di corrispondenza e nelle vicende del rapporto di conto corrente di corrispondenza questo coniuge versa in una posizione debitoria nei confronti della banca.

La banca si avvale dell'articolo 11 ed esercita diritto di pegno e di ritenzione e quindi la banca procede alla vendita coattiva comperati dal coniuge del debitore della banca per soddisfarsi del credito che ha nei confronti del coniuge debitore e il coniuge che ha comperato i titoli e che non è debitore della banca non può sollevare nessuna eccezione nei confronti della banca, perché è espressamente prevista la possibilità che la banca possa rivalersi su tutti quei beni che sono nella pertinenza del debitore.

La cosa più rilevante è che questa garanzia, che somiglia al pegno, ma non lo è, è connotata da un

ulteriore elemento. Che questo pegno atipico garantisce qualunque credito che la banca ha nei confronti del correntista, anche se non liquido ed esigibile, e anche se maturerà in futuro nei confronti della banca. Si tratta quindi di un “pegno omnibus”.

Il secondo comma dell'articolo 11 fa riferimento a contratti di pegno meri, a cessioni di credito mere, ma si dice che il pegno si estende a ogni credito che la banca vanta e vanterà nei confronti del cliente.

Vi è un ulteriore elemento per cui la banca ha il diritto di esercitare il diritto di pegno e di ritenzione senza obbligo di previa comunicazione all'altro cointestatario del deposito titoli. Il cointestatario del deposito titoli, verrà a conoscenza del pignoramento solamente quando guarderà l'estratto conto titoli e non troverà i titoli in portafoglio.

La particolare gravità di questa norma non è pervenuta, poiché la banca quando esercita il credito non usa denaro suo, ma denaro dei depositanti, per tale motivo quella che sembra una norma a estrema tutela della banca è in realtà una norma a tutela dei depositanti.

Art. 12 – Compensazione

1. Quando esistono tra la banca ed il cliente più rapporti o più conti di qualsiasi genere o natura, anche di deposito, ancorché intrattenuti presso altre succursali ovvero sedi distaccate della Banca, ha luogo in ogni caso la compensazione di legge ad ogni suo effetto.

2. Al verificarsi di una delle ipotesi previste dall'art. 1186 cod. civ. la Banca ha altresì il diritto di valersi della compensazione ancorché i crediti, seppure in monete differenti, non siano liquidi ed esigibili e ciò in qualunque momento senza obbligo di preavviso e/o formalità, fermo restando che dell'intervenuta compensazione – contro la cui attuazione non potrà in nessun caso eccepirsi la convenzione di assegno – la Banca stessa darà pronta comunicazione scritta al cliente.

3. Se il rapporto è intestato a più persone, la Banca ha facoltà di valersi dei diritti di cui al comma precedente ed all'art. 11, sino a concorrenza dell'intero credito risultante, anche nei confronti di conti e di rapporti di pertinenza di alcuni soltanto dei cointestatari.

Comma 1: Se un cliente è titolare di più conti correnti presso la stessa banca (indipendentemente dall'agenzia), si può effettuare una compensazione se la banca si trova rispettivamente a credito e a debito sulle due diverse posizioni oppure può esercitare il diritto di pegno e ritenzione su un deposito titoli e deve comunicare al correntista l'avvenuta compensazione tramite l'invio dell'estratto conto.

Comma 3 articolo 12: La compensazione può avvenire anche su conti cointestati per compensare l'esposizione debitoria di uno solo dei correntisti cointestatari. Di ogni intervenuta compensazione se ne dà comunicazione, ma solo una volta che essa è avvenuta.

Il contratto di conto corrente è un contratto atipico che nel corso dei decenni della sua operatività si è arricchito di ulteriori segmenti contrattuali. Tra cui:

- Il contratto di mandato, con cui il mandante incarica il mandatario di compiere atti giuridici in nome e per conto del mandante. Il mandatario avrà l'obbligo di rimettere la documentazione dell'operazione al mandante.
[Al momento dell'apertura del conto corrente la banca è tenuta a raccogliere lo specimen e a confrontare la firma sull'assegno con la firma depositata in banca. La firma non verrà controllata con una perizia calligrafica, ma si confronta che le due firme non siano totalmente diverse.]
- Garanzie atipiche: contratto di pegno su qualsiasi bene o valore di pertinenza del cliente
- Compensazione tra posizioni creditorie e debitorie anche con conti cointestati

Nel contratto di conto corrente vale la regola della solidarietà.

La banca vanta il diritto di solidarietà nei confronti di tutti i correntisti, cioè può pretendere da ognuno di loro che risponda per intero dell'obbligazione, e il correntista che è tenuto all'obbligazione solidale non può sottrarsi all'adempimento sostenendo di dover rispondere solo della parte a lui spettante.

Lo stesso vale al contrario, cioè se la banca adempie all'obbligazione tutta con un correntista l'obbligazione si ritiene adempiuta verso tutti.

La banca poi purché sia valida ed efficace deve essere sottoscritta una seconda volta dalla controparte della banca ai sensi dell'articolo 1341 del codice civile, si riserva il diritto di modificare unilateralmente le condizioni. Sia le condizioni economiche, sia le norme giuridiche del contratto.

Art. 14 – Modifica delle condizioni contrattuali

1. Il Cliente accorda alla Banca la facoltà di modificare il tasso di interesse e le altre condizioni economiche e quelle normative applicate ai singoli rapporti, osservando, le disposizioni di legge ed amministrative relative alla trasparenza dei rapporti contrattuali e salvo il diritto del Cliente di recedere dal contratto senza penalità e senza spese, ottenendo, in sede di liquidazione, l'applicazione delle condizioni precedentemente praticate.

Modifiche unilaterali del contratto che possono essere messe in atto dalla banca in qualsiasi momento, previa motivazione o giusta causa.

Se il cliente in seguito alla modifica volesse effettuare il recesso dal contratto, il recesso avverrebbe alle condizioni precedenti alla modifica unilaterale del contratto.

Il recesso è comunque una protezione debole, perché ad esempio in un'attività di imprese il correntista ha l'impossibilità di uscire dal conto e quindi è obbligato a subire le modifiche unilaterali.

Un problema delicato è quello della prova della conoscenza del correntista delle modifiche unilaterali.

La delibera del CICR prevede delle forme di pubblicità per le modifiche unilaterali (ad esempio comunicazione scritta inviata al cliente o in allegato all'estratto conto o con lettera separata.)

SEZIONE II – CONTRATTO DI CONTO CORRENTE BANCARIO

Proseguendo nell'analisi del conto corrente di corrispondenza vi sono poi tutta una serie di norme che disciplinano la convezione di assegno.

Convezione di assegno: si tratta di un segmento contrattuale che si inserisce nel contratto di conto corrente in forza del quale la banca, presso la quale è radicato il conto del cliente, consente al correntista l'utilizzo di assegni bancari o l'accredito di assegni bancari emessi da terzi sul conto del correntista.

La banca sia che accrediti sul conto somme incorporate in assegni del quale il correntista è beneficiario, sia che addebiti nel conto somme incorporate in assegni emessi dal correntista, compie un'attività di mandatario.

Una volta l'assegno poteva essere emesso al portatore e poteva circolare mediante girate, ma ai fini di prevenire l'attività di riciclaggio di denaro, oggi per gli assegni bancari non è prevista la circolazione.

L'assegno bancario nasce (emesso da un correntista) con il vincolo della non trasferibilità e potrà essere pagato solo nelle mani del primo beneficiario della banca.

Laddove la banca pagasse l'assegno nelle mani di un soggetto diverso dal beneficiario, la banca sarà responsabile del cattivo pagamento dell'assegno e a fronte di una censura da parte del correntista la banca sarà costretta a risarcire il correntista e poi la banca agirà in giudizio nei confronti di chi ha incassato l'assegno, sperando che all'esito del giudizio il beneficiario illecito sia solvibile per il risarcimento nei confronti della banca.

Oggi si sta assistendo ad un ritorno del titolo cambiario.

È sempre più ridotta la circolazione degli assegni bancari, sia per i problemi di “non circolazione” e sia per i problemi legati alla solvibilità degli assegni bancari.

N.B. è fondamentale nell’assegno l’indicazione della data e del luogo di emissione sia perché il correntista il giorno di emissione deve avere una provvista sufficiente a coprire l’assegno fino all’ultimo giorno in cui si può incassare l’assegno stesso.

Qual è il termine di presentazione dell’assegno per il pagamento?

8 giorni dall’emissione se presentato in piazza o 15 giorni dall’emissione se presentato fuori piazza.

Trascorso il termine (8 o 15 giorni) il correntista non ha più l’obbligo di tenere la provvista corrispondente e può addirittura ordinare alla banca di non pagare l’assegno.

Per questi motivi è importante specificare data e luogo.

Art. 9 – Chiusura periodica del conto e regolamento degli interessi, commissioni e spese

1. Gli interessi debitori che maturano sul rapporto sono conteggiati, con periodicità annuale, il 31 dicembre di ciascun anno e, comunque, al termine del rapporto. Se il contratto è stipulato nel corso dell’anno il conteggio è effettuato il 31 dicembre. Gli interessi creditori sono conteggiati e accreditati secondo la periodicità pattuita nel documento di sintesi.

2. Gli interessi debitori non producono interessi, salvo quelli di mora, sono contabilizzati separatamente e sono calcolati sulla sorte capitale nella misura pattuita e indicata nel documento di sintesi. La sorte capitale è determinata portando in conto, con valuta data di regolamento, le movimentazioni di dare e avere, ivi compresi gli addebiti per commissioni e spese ed applicando le trattenute fiscali di legge.

3. Gli interessi debitori divengono esigibili il 1° marzo dell’anno successivo a quello in cui sono maturati e comunque decorso un periodo di 30 giorni dal ricevimento delle comunicazioni di cui all’art. 119 del D.Lgs. 385/1993 (TUB - Testo Unico Bancario). In caso di mancato pagamento dei predetti interessi, dalla data di esigibilità maturano gli interessi di mora indicati nel documento di sintesi.

4. Il cliente autorizza espressamente la banca ad addebitare gli interessi sul conto al momento in cui questi divengono esigibili e la somma così addebitata viene considerata sorte capitale. Il cliente può revocare in ogni momento l’autorizzazione, purché la relativa comunicazione di revoca pervenga alla Banca prima che l’addebito abbia avuto luogo, mediante comunicazione scritta secondo le modalità previste nel presente contratto. Independentemente dalla predetta autorizzazione, la banca ha diritto di utilizzare, ai fini dell’estinzione del debito da interessi, i fondi nella disponibilità del cliente presenti sul conto o su altri rapporti allo stesso intestati o cointestati.

5. Dal momento in cui gli interessi sono esigibili, i fondi accreditati sul conto della Banca e destinati ad affluire sul conto del cliente sono impiegati dalla Banca stessa per estinguere il debito da interessi.

6. Gli interessi creditori e debitori sono immediatamente esigibili in caso di chiusura definitiva del rapporto. Il saldo relativo alla sorte capitale produce interessi di mora nella misura prevista nel documento di sintesi; quanto dovuto a titolo di interessi non produce ulteriori interessi.

7. Gli assegni pagati dalla Banca vengono addebitati sul conto del Cliente con la valuta stabilita nel documento di sintesi; nel caso di assegni recanti data di emissione successiva a quella di presentazione, la valuta è quella della data di pagamento ai sensi dell’art. 31 della Legge Assegno.

8. Fermo restando quanto sopra, a fronte di sconfinamenti in assenza di affidamento, le parti convengono di applicare, quali unici oneri a carico del cliente, una commissione di istruttoria veloce determinata in misura fissa, espressa in valore assoluto, commisurata ai costi e un tasso di interesse debitore sull’ammontare dello sconfinamento secondo quanto indicato nel documento di sintesi. La commissione di istruttoria veloce è applicata in base alle soglie e nei limiti previsti dalla legge e/o dalle Autorità di settore.

Un tema controverso e oggetto di reiterati interventi del legislatore, con taluni casi con norme in favore del sistema bancario, e in altri casi a favore del cliente, è il tema della capitalizzazione trimestrale degli interessi

Da tempo immemorabile la banca sulle operazioni che vedono la vedono assumere la posizione di creditore nei confronti del cliente, alla fine del primo trimestre dell'anno solare, applica alle somme utilizzate dal cliente un tasso di interesse determinato secondo il tasso convenuto tra banca e cliente (interessi compensativi).

Che succedeva nel trimestre successivo?

Alla fine del secondo trimestre, la banca applicava sempre gli interessi sulle somme utilizzate in base al tasso convenuto con il cliente, ma gli interessi del secondo trimestre venivano conteggiati sul montante (capitale più interessi del trimestre precedente).

Cosa accadeva nel terzo trimestre?

Calcolo degli interessi sul montante del secondo trimestre. (portava gli interessi a capitale)

La banca, negli anni 2000, ha sempre sostenuto a fronte della censura da parte del correntista che la capitalizzazione trimestrale degli interessi corrispondesse ad un uso normativo.

Perché la banca sosteneva questa tesi?

Perché nella gerarchia delle fonti del diritto, l'ultimo scalino della gerarchia delle fonti prevede gli usi.

Se le parti di un sistema dei contratti prevede che si tiene un certo comportamento convinti che quel comportamento è dovuto in base ad una norma di legge che in realtà non c'è, l'uso ha valore di legge.

Questo quando accade?

Quando il comportarsi in un certo modo ritenendo sussistente un obbligo di legge in tal senso, è un comportamento scientemente voluto da entrambe le parti.

Perché è nato il problema?

Perché esistono due norme del codice civile (Articolo 1283-1284) che ammettono la capitalizzazione degli interessi.

Articolo 1283 (anatocismo): "In mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi.

Articolo 1284 (saggio degli interessi): Il saggio degli interessi legali è determinato in misura pari al 5 per cento in ragione d'anno. Il Ministro del tesoro, con proprio decreto pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana non oltre il 15 dicembre dell'anno precedente a quello cui il rendimento medio annuo lordo dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi e tenuto conto del tasso di inflazione registrato nell'anno. Qualora entro il 15 dicembre non sia fissata una nuova misura del saggio, questo rimane invariato per l'anno successivo (1224, 1652, 1714, 1720).

Allo stesso saggio si computano gli interessi convenzionali, se le parti non ne hanno determinato la misura (1825).

Gli interessi superiori alla misura legale devono essere determinati per iscritto (1224, 1350 n°13, 2725).

Se le parti non ne hanno determinato la misura, dal momento in cui è proposta domanda giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

La disposizione del quarto comma si applica anche all'atto con cui si promuove il procedimento arbitrale.

Cosa significa l'articolo 1283?

L'articolo 1283 fissa una regola generale, che dice che il creditore può calcolare gli interessi sugli interessi solo dal giorno della domanda giudiziale.

Questo cosa vuol dire?

Che un creditore vanta un credito nei confronti di un debitore che è costituito da una quota di capitale e una quota interessi, calcolati annualmente, con però il divieto di portare all'anno successivo, gli interessi a quota capitale.

Quando il divieto di anatocismo viene meno?

Il divieto di anatocismo (portare gli interessi a capitale) viene meno, se il debitore fosse inadempiente e venisse chiesto il decreto ingiuntivo, dal momento della domanda del decreto ingiuntivo.

Ma la norma specifica che non ci devono essere usi contrari.

E allora la banca ha per anni sostenuto che la capitalizzazione trimestrale degli interessi fosse un uso normativo e quindi non bisognerebbe applicare gli articoli 1283 e 1284 e quindi sarebbe lecita la capitalizzazione trimestrale degli interessi.

Il caso, portato all'attenzione dei giudici che assunsero all'inizio posizioni contrastanti, per poi decidere per un orientamento molto forte che prevedeva l'affermazione per la quale la capitalizzazione trimestrale degli interessi non sia un uso.

Perché non è un uso?

Perché in realtà è una disposizione contrattuale da sempre imposta da una parte all'altra e quindi manca la volontà congiunta delle parti.

Dove si trovano le tracce della capitalizzazione trimestrale degli interessi?

È in epoca molto recente, e quindi non può essere considerato un uso.

Cosa successe?

Le sentenze condannarono le banche a restituire gli interessi richiesti, con l'obbligo di dover conteggiare nuovamente gli interessi su base annua e di non portarli a capitale.

Questo però comportava un duplice rischio:

- Incapacità della banca di adempiere ad una moltitudine di sentenze che prevedevano la restituzione degli interessi
- Che la banca vada a riversare quei costi che dovrebbe sostenere per la restituzione degli interessi sotto forma di costi del contratto di conto corrente (e potrebbe farlo, perché come abbiamo visto prima, la banca può modificare unilateralmente il contratto)

Intervenire il legislatore che per cercare una qualche soluzione, stabilisce che il divieto di anatocismo iniziava a decorrere da un certo anno in avanti, salvando tutti gli interessi capitalizzati trimestralmente in precedenza.

Evidentemente il legislatore si era dimenticato che c'è l'articolo 3 della costituzione che impone il principio di uguaglianza e di non discriminare quindi i correntisti fino ad una certa data e poi quelli da quella data in poi.

Si è poi per ultimo affermato il principio (principio di reciprocità di comportamento) per il quale la banca applica il criterio di capitalizzazione trimestrale sia sulle somme a credito per la banca, sia per le somme a debito per la banca.

È però molto chiara la disparità, vista la grande differenza tra gli interessi attivi e gli interessi passivi.

Usura. Vedo prima

Sempre sul tema della chiusura periodica del conto e sulla regolamentazione degli interessi si è sviluppato ed è tuttora in essere un dibattito sugli interessi moratori.

Gli interessi moratori sono gli interessi che il cliente deve pagare nel caso in cui non adempia alla sua obbligazione nei confronti della banca.

Qui si pone un problema che è connesso agli interessi usurari.

Se il tasso di interesse applicato supera il tasso soglia trimestralmente determinato da Banca d'Italia, si parla di tasso usurario. A prescindere quindi dalla volontà specifica di recare danno al patrimonio del cliente.

Differenza tra interessi compensativi e interessi moratori.

Gli interessi compensativi sono quelli dovuti dal correntista alla banca per l'utilizzo delle somme di denaro che a diverso titolo riceve a prestito dalla banca.

Gli interessi di mora invece, sono dovuti dal correntista alla banca in caso di inadempimento delle sue obbligazioni.

In caso di inadempimento il cliente dovrà pagare solo gli interessi di mora.

All'unanimità la giurisprudenza respinge le domande del cliente che chiede di condannare la banca per l'applicazione di un tasso usurario, quando questo tasso viene formato dall'applicazione di costi esterni al tasso di interesse. È vero che l'interesse è sotto il tasso soglia, ma poiché i costi del mutuo sono da considerarsi negli interessi compensativi, allora il cliente vorrebbe che si considerasse superato il tasso soglia, ma la giurisprudenza respinge queste domande, perché dice che questi costi non concorrono a formare il tasso di interesse, ma sono solo dei costi che la banca sostiene e ribalta sul cliente e non hanno nulla a che vedere con il tasso di interesse.

Altro tema delicato, oggetto di dibattito giurisprudenziale è quello del recesso.

Recesso.

Art. 13 – Recesso

1. Il presente contratto è a tempo indeterminato. Fermo restando quanto previsto dagli art. 3 e 4 della Sezione III (Affidamenti in conto corrente) nonché dall'art. 11 della Sezione IV (Servizi di pagamento), ciascuna parte può recedere da esso e/o dalla inerente convenzione assegno dandone comunicazione scritta all'altra parte con preavviso di 2 (due) giorni.

2. Il recesso senza preavviso è ammesso in presenza di giusta causa o giustificato motivo, che ricorre, ad esempio, nel caso di assegno impagato per difetto di provvista o per mancanza di autorizzazione.

3. Allorché il recesso è divenuto operante la Banca sarà tenuta ad eseguire esclusivamente gli ordini ricevuti e a pagare gli assegni tratti con data anteriore all'efficacia del recesso stesso sempre nei limiti della provvista e salvo diversa disposizione.

L'articolo 13 fa riferimento ai contratti di conto corrente non affidati e prevede due ipotesi che sono quelle civilistiche:

1. nei contratti stipulati tra due parti anche nell'ipotesi in cui non sia previsto un termine di preavviso il contratto è a tempo indeterminato, qualsiasi parte può recedere dal contratto dandone preavviso di due giorni.
2. Anche se non previsto nel contratto, ciascuna delle due parti del contratto può recedere senza preavviso in caso di inadempimento del cliente.

SEZIONE III – AFFIDAMENTI IN CONTO CORRENTE

Le aperture di credito che la Banca ritenesse eventualmente di concedere al Cliente sono soggette, oltre che alle condizioni generali, alle disposizioni particolari innanzi riportate e alle condizioni dello specifico contratto, alle seguenti statuizioni:

Articolo. 1 – Apertura di credito

1. Il Cliente può utilizzare in una o più volte la somma messagli a disposizione e può con successivi versamenti ripristinare la sua disponibilità.

2. Se l'apertura di credito è a tempo determinato, il Cliente è tenuto ad eseguire alla scadenza la restituzione di quanto da lui utilizzato, degli interessi, spese ed ogni altro accessorio, anche senza un'espressa richiesta della Banca.

Art. 3 – Recesso

1. Relativamente al recesso dall'apertura di credito si conviene quanto segue:

- a) la Banca ha la facoltà di recedere dall'apertura di credito concessa a tempo determinato, mediante comunicazione scritta (anche via fax o e-mail) al verificarsi di una delle ipotesi di cui all'art. 1186 cod. civ., o al prodursi di eventi che incidano negativamente sulla situazione patrimoniale, finanziaria o economica del Cliente, in modo tale da porre in pericolo la restituzione delle somme dovute alla Banca. Per il pagamento di quanto utilizzato, degli interessi e di ogni altra spesa ed onere sarà dato al Cliente, con lettera raccomandata, un termine di 1 (uno) giorno. Analoga facoltà di recesso ha il Cliente, il quale resta obbligato a restituire contestualmente quanto utilizzato;
- b) qualora l'apertura di credito sia concessa a tempo indeterminato, la Banca ha la facoltà di recedere in qualsiasi momento dall'apertura di credito, previo preavviso scritto (anche via fax o e-mail) di 5 (cinque) giorni, nonché di ridurla o di sospenderla seguendo analoghe modalità. Decorso il termine del preavviso il Cliente è tenuto al pagamento di quanto utilizzato, degli interessi e di ogni altra spesa ed onere. Resta inteso che, in caso sussista un giustificato motivo, la Banca può recedere senza preavviso dandone immediata comunicazione al Cliente nelle modalità previste dalla precedente lettera
- a). Analoga facoltà di recesso spetta al Cliente, il quale resta obbligato a restituire contestualmente quanto utilizzato;
- c) in ogni caso, il recesso ha l'effetto di sospendere immediatamente il diritto del Cliente di utilizzare la disponibilità;
- d) le eventuali disposizioni allo scoperto che la Banca ritenesse di eseguire dopo la scadenza convenuta o dopo la comunicazione del recesso non comportano il ripristino dell'apertura di credito neppure per l'importo delle disposizioni eseguite. L'eventuale scoperto consentito oltre il limite dell'apertura non comporta l'aumento di tale limite;
- e) le disposizioni sub a), b), c) e d) si applicano ad ogni altro credito o sovvenzione comunque denominati e sotto qualsiasi forma concessi dalla Banca al Cliente.

La banca in relazione a sue valutazioni discrezionali, nei contratti di apertura di credito a tempo indeterminato decide di recedere con un preavviso di 5 giorni e il cliente al termine dei 5 giorni deve pagare quanto dovuto con capitale e interessi.

Questa norma deve venire interpretata in maniera restrittiva, appellandosi alla buona fede che la banca deve avere. Il recesso con preavviso di 5 giorni è valido ed efficace a meno che la banca violi il principio di buona fede.

I casi di non rispetto della buona fede della banca si possono facilmente sintetizzare così: Quando la banca prende atto di una situazione di tensione finanziaria del cliente e la banca chiede il recesso e la conseguente restituzione del denaro.

La giurisprudenza dice che se questo comportamento non trova supporto in indici certi ed oggettivi dell'incapacità del cliente di continuare la sua attività di impresa, allora quel recesso è contrario alle regole della buona fede e concorre alla determinazione dello stato di insolvenza. Viene quindi ritenuta responsabile di concorso allo stato di insolvenza del cliente, quella banca che recedendo senza presupposti ha creato recessi a catena delle altre banche. Questo ha portato le banche ad assumere un atteggiamento più attento.

I giudici dicono che la banca ha altre due possibilità contrattuali:

- Ridurre la linea di credito
- Sospende la linea di credito per un certo periodo
- Se verifica che l'imprenditore è in grado di uscire da questo momento di crisi, può concedere un'apertura di credito a tempo determinato che va ad affiancarsi all'apertura di credito a tempo indeterminato.

Nel caso di contratto di apertura di credito in conto corrente a favore della pubblica amministrazione (contratto di servizio di tesoreria) viene reso di fatto impossibile per la banca recedere da un contratto di apertura di credito a tempo indeterminato. Pur essendoci la clausola che prevede il recesso per grave inadempimento di un ente pubblico, la banca non può recedere dal contratto stipulato con la pubblica amministrazione, e laddove lo facesse porrebbe in essere un comportamento che ha rilevanza penale, cioè interruzione di pubblico servizio. Sino a quando il servizio di tesoreria non viene aggiudicato ad un altro soggetto, la banca tesoriera si vede costretta a restare nel contratto nonostante il contratto sia scaduto.

Fallimento e aperture di credito.

Nel caso in cui il cliente sia dichiarato fallito la banca adotta diversi metodi per rientrare dell'esposizione.

L'articolo 67 della legge fallimentare prevede che tutti i pagamenti effettuati dal fallito nei sei mesi precedenti al fallimento, sono revocati, tutti quelli che hanno ricevuto i pagamenti devono restituire le somme e insinuarsi nel passivo.

L'obiettivo del legislatore è quello dell'uguaglianza tra i creditori, poiché il fallito non può compiere atti che pregiudichino la par condicio creditorum, cioè che privilegi un creditore rispetto agli altri.

Cosa succede nella realtà?

Il cliente affidato che sa di essere in crisi, ma che cerca di poter uscire dalla situazione di crisi e ha delle disponibilità liquide privilegia il pagamento alla banca (perché il mancato pagamento nell'ambito di un'apertura di credito potrebbe portare la banca a recedere dall'apertura di credito e questo spingerebbe il cliente ancora più in crisi).

Al tempo stesso succede che anche la banca è a conoscenza dello stato di crisi del cliente, e sa bene che se recedesse dall'apertura di credito e chiedesse il pagamento dell'esposizione e il cliente lo pagasse nei sei mesi precedenti al fallimento quel pagamento sarebbe revocabile.

Cosa tenta la banca?

Tenta di costruire un'operazione che in prima battuta sembra essere non revocabile ai sensi dell'articolo 37 della legge fallimentare.

Ovvero, la banca non recede dal contratto di apertura di credito in conto corrente, ma lo lascia in vita, (perché se recedesse e il cliente pagasse le somme a debito e poi fallisse entro sei mesi, quei soldi andrebbero restituiti alla curatela fallimentare) in modo da potersi avvalere di una regola normativa e pattizia del contratto di apertura di credito secondo la quale sino a quando il contratto è in vita e produce effetti tra le parti, le operazioni di versamento da parte del cliente affidato e di utilizzo del conto affidato, non costituiscono delle operazioni di credito/debito.

Cioè quando il cliente dando esecuzione ad un contratto di apertura di credito in essere utilizza in tutto o in parte la somma messa a disposizione dalla banca, questo utilizzo non genera un debito liquido ed esigibile nei confronti del cliente, ma si tratta solamente di un'operazione contabile.

Se il cliente versasse dei soldi sul conto al fine di ricostituire la disponibilità non ha natura solutoria, ma ha l'unica funzione di ripristinare la somma di denaro messa a disposizione dalla banca.

Se il cliente dovesse essere dichiarato fallito con un'apertura di credito in essere al momento del fallimento, quelle operazioni NON sono revocabili perché non sono pagamenti (si aggira così l'articolo 67 della legge fallimentare)

Cosa fa la banca quando ha la forte sensazione che il cliente potrebbe essere dichiarato fallito?

Non recede dal contratto di apertura di credito, quindi il contratto al momento del fallimento del cliente sarà ancora in vita.

La banca vuole cogliere due obiettivi:

- Costruire un'operazione che possa renderla immune dall'azione revocatoria provocata dalla curatela.
- Rientrare delle somme date al cliente

Quale comportamento tiene la banca d'accordo con il cliente?

- La banca lascia in vita il contratto di apertura di credito, ma conviene con il cliente che le somme messe a disposizione non potranno essere utilizzate e consente al cliente di fare solo versamenti.
Questo perché impedendo l'utilizzo dell'apertura, ma permettendo solo versamenti, piano piano il cliente rientra nell'esposizione verso la banca e questi versamenti non sono revocabili dalla curatela.
N.B. → La giurisprudenza ha distrutto questo meccanismo posto in essere ed è arrivata a sostenere che quei versamenti effettuati dal cliente anche se a ricostituire la linea di credito sono revocabili, perché la loro natura era solutoria.
Questo lo si dimostra mostrando l'estratto conto, dal quale si evince facilmente che si è creata una situazione per la quale dei due elementi costituenti l'apertura di credito (l'utilizzo della messa a disposizione e i versamenti con natura ripristinatoria) manca il primo. Questo fa venir meno la causa del contratto.
- La banca può optare per la concessione di un utilizzo limitato della linea di credito.

Articolo. 6 – Garanzie

1. *L'utilizzo dell'apertura di credito è subordinato al perfezionamento delle garanzie concordate.*
2. *La Banca è inoltre autorizzata a valersi delle garanzie di cui sopra per tutte le azioni ed in tutti i procedimenti consentiti dalla Legge onde conseguire il completo recupero del credito risultante a suo favore. Il tutto senza bisogno di intimazione giudiziale, di preventivo giudizio di liquidazione od altro*

Qual è il significato e l'utilità della norma?

Anche per disposizione di Banca d'Italia, la banca non può concedere aperture di credito in assenza di garanzie (reali o personali).

Banca d'Italia si preoccupa che la banca ogni volta che assuma una posizione a rischio nei confronti di un cliente, allora il potenziale credito della banca deve essere garantito da garanzie reali o personali al fine di garantire sia la banca sia i depositanti (soprattutto i depositanti).

La norma pattizia va oltre e prevede la facoltà per la banca di avvalersi delle garanzie a tutela della propria posizione creditoria senza alcun obbligo di comunicazione al garante.

Di quali garanzie si sta parlando?

- **Pegno:** Pegno mobile e pegno irregolare
Il pegno può essere dato anche dal cliente affidato al fine di garantirsi nei confronti della banca che gli concede l'apertura di credito (titoli o strumenti finanziari).
In caso di inadempimento la banca eserciterà il diritto di ritenzione (qui si parla di pegno regolare).
Si tratta di un pegno che riproduce lo schema del pegno civilistico, anche se contiene la clausola del pegno omnibus (non sempre accettata dalla giurisprudenza).
Il valore del pegno deve essere sempre superiore della linea di credito concessa.
Se il cliente non paga la banca si rivale sul pegno, lo vende e si soddisfa sul ricavato.
Vi è poi la fattispecie del pegno irregolare: Il cliente contrae un altro contratto di conto corrente immettendo in quel conto la liquidità necessaria per un importo pari almeno all'apertura di credito concessa e non lo movimentata mai (Solitamente c'è una clausola di indisponibilità della linea di credito) così che se il cliente fosse inadempiente la banca potrebbe rivalersi sul conto corrente e quelle somme, mai verranno in revocatoria proprio per le caratteristiche per il pegno irregolare (pegno di denaro), in quanto quel denaro è già di proprietà della banca (deposito irregolare)
- **Cessione dei crediti in garanzia:** se si è debitore di un soggetto e creditore di un altro, si può cedere il credito al debitore. Anzi che pagare il mio creditore con il denaro lo pago cedendogli il mio credito nei confronti del debitore. Ovviamente bisogna garantire per il debitore ceduto.

Per poter gestire meglio questa garanzia, la banca unisce al contratto di gestione del credito, perfezionato tra cliente affidato e banca affidante, un ulteriore contratto mandato all'incasso. Il cliente conferisce alla banca il mandato di incassare quel credito.

In caso di inadempimento del debitore del debitore, l'affidato sarà tenuto a risarcire la banca.

- **Ipoteca su beni immobili:** garanzia costosa e di non facile escussione.

Il sistema bancario è saturo di immobili che restano al creditore, tant'è che le grandi banche hanno costituito delle società immobiliari al fine di smobilizzare questo ingente patrimonio immobiliare acquisito a seguito di escussioni immobiliari.

- **Fideiussioni bancarie** (garanzia bancaria per eccellenza): è un contratto autonomo di garanzia, che ruba il nome dal codice civile, ma non somiglia alla fideiussione civilistica. Il primo dato che emerge leggendo l'articolato contrattuale della fideiussione omnibus è la clausola omnibus in forza della quale il difensore garantisce la banca nell'interesse di un terzo affidato per qualsiasi obbligazione presente passata e futura, che il cliente affidato e garantito dalla copertura fideiussoria aveva, ha o avrà nei confronti della banca. Si differenzia dalla fideiussione civilistica anche per il fatto che il soggetto garantito, nell'ipotesi di inadempimento del suo debitore, può chiedere il pagamento al fideiussore omnibus a prima richiesta o a semplice richiesta scritta.

Cosa sta a significare?

Che la banca, in caso di inadempimento del debitore garantito, la banca può chiedere al fideiussore il pagamento con una semplice richiesta scritta e chiede al fideiussore il pagamento.

Altro elemento di diversità è che per la fideiussione civilistica il fideiussore può invocare il beneficio della prima escussione, e quindi chi si avvale della fideiussione può aggredire il garante solo dopo aver tentato di ottenere il pagamento dal debitore garantito e tali tentativi non abbiano dato esito positivo.

La fideiussione civilistica è connotata dal requisito della sussidiarietà, mentre la fideiussione omnibus è caratterizzata dall'autonomia, e il creditore non ha quindi l'obbligo di agire prima nei confronti del garantito, ma la banca può agire subito nei confronti del fideiussore e questo non può opporsi.

Altro elemento: Nella fideiussione civilistica il fideiussore può opporre al creditore le stesse eccezioni che può opporre il debitore. Nel caso della fideiussione omnibus il fideiussore NON può opporre le stesse eccezioni al creditore, perché è un'obbligazione autonoma e principale che non ha nessun collegamento funzionale con l'obbligazione del debitore principale. (astrattezza)

C'è un solo caso in cui il fideiussore può rifiutare di pagare, nel caso di exceptio doli.

Quindi può evitare il pagamento dimostrando che il creditore, che si è rivolto nei suoi confronti, non ha titolo per escludere la fideiussione. (ad esempio: è già stato pagato dal creditore; o per altre ragioni che vedono il creditore aggredire con il fideiussione omnibus).

A parte questo caso, in tutti gli altri casi, il fideiussore omnibus è tenuto al pagamento a semplice richiesta scritta del creditore, senza poter opporre le eccezioni che il debitore principlae potrebbe opporre, e soprattutto senza potersi avvalere del beneficio di escussione. La fideiussione omnibus, in quanto contratto autonomo di garanzia è connotata di altri elementi:

- **Consecuzione delle fideiussioni:**

Caso: il fideiubito offre una fideiussione nei confronti di un terzo.

Il fideiussore principale non deve essere per forza informato.

In caso di inadempienza del terzo la banca si rivarrà sul fideiussore (il mio fideiubito), ma la banca se valutasse che questo soggetto, che è da me garantita con fideiussione, non è solvibile o non facilmente solvibile può rifarsi su di me (primo fideiussore)

[Tutto questo si verifica per la clausola per la quale il fideiussore risponde per tutte le

obbligazioni presenti, passate e future]

○ Ereditarietà:

→ Nel tempo si era venuta a creare una serie di situazioni patologiche.

Un esempio: Alla morte di un soggetto, i suoi eredi accettano l'eredità e non avevano nessuna conoscenza del fatto che il de cuius aveva concesso ad una banca una garanzia fideiussione omnibus, quindi non avevano alcun timore che il patrimonio ricevuto in eredità e accettato senza beneficio di inventario potesse essergli portato via.

Dopo qualche tempo, si vedono recapitare dalla banca una lettera raccomandata con avviso di ricevuta, in cui la banca dice che il de cuius aveva dato una garanzia fideiussoria senza limiti di importo, nell'interesse di una società Alfa, cliente affidata della banca, la quale è stata dichiarata fallita, e di conseguenza essendosi l'obbligazione trasferita agli eredi per vincolo ereditario, questi ultimi sono tenuti a pagare la somma di denaro garantita dalla fideiussione.

Commento: In questi casi, gli eredi dovrebbero accettare l'eredità con beneficio di inventario, e indagare presso le banche con le quali lavorava il dante causa o le società in cui di cui il dante causa era socia, al fine di scoprire se vi siano o meno fideiussioni date dal de cuius in favore di terzi e quindi poter fare una scelta consapevole riguardo ad accettare o no l'eredità. Se l'eredità fosse abbastanza grande da saldare i debiti possono accettarla, altrimenti gli conviene non farlo poiché erediterebbero solo debiti e dovrebbero pagarli con il loro patrimonio entro l'importo massimo garantito.

○ Limiti di importo: Fino al 1990 non era indicato alcun importo massimo oltre il quale il fideiussore non era tenuto a pagare. Erano fideiussioni illimitate.

Clausola questa, di dubbia validità quanto meno con riferimento agli elementi essenziali del contratto.

Le banche si difendevano dicendo che l'importo nasceva dall'importo degli estratti conto e quindi non era determinabile all'inizio.

La norma del '90 interviene modificando il codice civile introducendo la norma per la quale al momento della stipulazione del contratto fideiussorio deve essere indicato l'importo massimo garantito, comprensivo di tutte le spese, e la banca non potrà pretendere nulla di più.

○ Diritto di informazione: La stessa giurisprudenza ha ammesso che anche il fideiussore, e non solo il fideiubito, ha un diritto di informazione nei confronti della banca, indipendentemente dal rapporto che intercorre tra soggetto terzo garantito e fideiussore.

La banca non può rifiutare al fideiussore notizie e documenti (estratti conto) in ordine all'andamento della posizione debitoria del fideiubito nei confronti della banca.

○ Recesso: Il recesso è consentito se provvede a chiudere l'esposizione del fideiubito in essere al momento del recesso nei limiti dell'importo massimo garantito.

○ Reviviscenza: In caso di fallimento, è previsto nel testo della fideiussione, che essa riprenda vita nonostante il recesso, e il fideiussore è obbligato a pagare la differenza tra quanto aveva già pagato e l'importo massimo garantito.

Esiste un modo per non pagare e uscire totalmente da una fideiussione bancaria (omnibus)?

NO!

L'unico modo sarebbe quello di riprendersi l'originale del contratto di fideiussione stipulato con la banca, ma le banche non restituiscono MAI l'originale della

fideiussione, se non altro per potersene avvalere nel caso di fallimento del soggetto. Non resta che il tempo.

- Tempo: la fideiussione va in prescrizione in 10 anni e una volta scaduti quel contratto è carta straccia.

Vi sono poi altre forme di garanzie che riguardano ad esempio il commercio internazionale, ma sono operazioni più complesse che comunque riproducono gli elementi delle garanzie sopra descritte.

Può anche accadere che sia la banca a concedere una fideiussione omnibus nei confronti di un soggetto terzo (es. appalto per lavori pubblici) ma in questo caso la banca a fronte della fideiussione concessa in favore dell'ente pubblico nell'interesse del suo cliente si tutela in due modi:

- La concessione di fideiussione da parte della banca ad un terzo è una forma di utilizzo del fido. (L'importo garantito va a ridurre la disponibilità della linea di credito). [Credito di firma]
- Con la costituzione da parte del cliente di un pegno o di un contratto di cessione dei crediti o di un contratto di fideiussione con un terzo.

Ancora due parole sul conto corrente..

Articolo. 7 – Commissione onnicomprensiva e commissione istruttoria veloce

1. Il Cliente concorda espressamente con la Banca l'applicazione di una commissione onnicomprensiva calcolata in maniera proporzionale rispetto alla somma messa a disposizione e alla durata dell'affidamento e indicata nel documento di sintesi. L'ammontare della commissione è calcolato su base trimestrale e non potrà superare le soglie previste dalla legge.

2. Fermo restando quanto sopra, a fronte di sconfinamenti oltre il limite di fido, le parti convengono di applicare, quali unici oneri a carico del cliente, una commissione di istruttoria veloce determinata in misura fissa, espressa in valore assoluto, commisurata ai costi e un tasso di interesse debitore sull'ammontare dello sconfinamento, secondo quanto indicato nel documento di sintesi. La commissione di istruttoria veloce è applicata in base alle soglie e nei limiti previsti dalla legge e/o dalle Autorità di settore.

3. La mancata applicazione o l'applicazione in misura ridotta delle commissioni, delle spese e/o degli interessi innanzi richiamati per uno o più trimestri, pur sussistendone i presupposti, non configura una rinuncia agli stessi da parte della Banca.

Commento: richiama l'articolo 117-bis

Articolo. 8 – Modifica delle condizioni

1. Ai sensi dell'art. 126 sexies del d.lgs. 385/93 (T.U.B.), il Cliente accorda alla Banca la facoltà di modificare le condizioni economiche e normative di cui all'articolo precedente e le clausole di cui alla presente sezione.

2., Tali modifiche, debbono essere comunicate al Cliente per iscritto, su supporto cartaceo o altro supporto durevole concordato con il Cliente, con un preavviso di almeno due mesi dalla data prevista per la loro applicazione.

3. Le modifiche così comunicate si intendono accettate dal Cliente a meno che questi non comunichi alla Banca, prima della data prevista per l'applicazione della modifica, che non vuole accettarle. In tal caso il Cliente ha diritto di recedere dal rapporto senza spese. In assenza di espresso rifiuto, la proposta si intende accettata.

4. Quando il Cliente è un consumatore, la Banca può modificare le condizioni economiche e normative di cui alla presente sezione, purché sussista un giustificato motivo, dando un preavviso di almeno due mesi al Cliente, che ha diritto di recedere dal contratto senza spese o penalità.

5. *Le modifiche dei tassi di interesse o di cambio in senso favorevole al cliente sono applicate con effetto immediato e senza preavviso; quelle in senso sfavorevole al Cliente sono applicate con effetto immediato e senza preavviso quando esse dipendono esclusivamente dalla variazione dei tassi di interesse o di cambio di riferimento convenuti. Tale comunicazione sarà effettuata nell'estratto conto.*

Lezione 19 Aprile '17

Il TUB è un testo che in quanto codice è estremamente ampio ed articolato.

I mutui un tempo erano regolati dal diritto speciale, mentre ora sono regolati dal TUB. (Mutuo peschereccio, fondiario, immobile).

Per quanto riguarda i mutui, questi mutui un tempo erano regolati da norme di diritto speciale e poi regolate nel TUB (mutui fondiari, immobiliari, peschereccio, ecc..).

Mutuo fondiario

Mutuo erogato dalla banca ad un soggetto per l'acquisto di un immobile.

È importante perché tocca il tema del consolidamento.

L'art. 67 della legge fallimentare che colpisce con l'inefficacia le operazioni poste in essere dal fallito nel periodo di fallimento.

Il principio cardine è quello di impedire al fallito di recare danno alla parcondicio creditori.

Un tema che a lungo ha fatto discutere dottrina e giurisprudenza era quello relativo alla garanzia ipotecaria concessa da chi riceveva somme a mutuo per l'acquisto di un immobile.

Qual è la garanzia forte che la banca chiede al soggetto finanziato?

Di concedere un'ipoteca sul bene immobile acquistato con le somme ricevute a mutuo.

L'ipoteca è una garanzia forte anche nell'ottica di un fallimento di chi riceve le somme a mutuo, perché il credito garantito da ipoteca è un credito privilegiato, e per tale motivo nella ripartizione delle somme che costituiscono l'attivo fallimentare e deve essere usato per pagare i creditori, bisogna pagare prima i creditori privilegiati.

Dove si pone il problema?

Se nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento, il fallito ha pagato delle rate di mutuo ad una banca a fronte di un debito garantito da ipoteca, quelle somme andranno a privilegio.

La circostanza da verificare è quella di capire se non sia stata costituita un'ipoteca nel periodo sospetto a danno dei creditori.

Il TUB interviene con una norma in materia di credito ipotecario, a tutela del sistema bancario e del soggetto costituente l'ipoteca, che fissa una regola per la quale una volta iscritta l'ipoteca sul bene, l'ipoteca si consolida nell'arco di 10 giorni dalla sua concessione.

Cosa vuol dire si consolida?

Che l'ipoteca non sarà soggetta a revocazione fallimentare.

Vi sono poi altre forme di crediti speciali regolati dal TUB, ad esempio:

- Credito agrario
- Credito peschereccio → (pesca e allevamento)
- Credito artigiano.

L'imprenditore non commerciale NON è soggetto a fallimento e gode anche di altri privilegio (ad esempio ottenere credito ad un costo inferiore rispetto agli altri imprenditori)

Questo ottenimento di credito a costo ridotto sono dovuti ai CONFIDI che offrono garanzie a favore di queste categorie di imprenditori.

Il credito al consumo. (art. 121 e ss. Del TUB)

Chi è il consumatore?

Negli anni '80 la figura del consumatore entra in scena in una delle modifiche apportate al codice civile in quegli anni.

In particolare nel codice civile il legislatore individua una tipologia di soggetti nei confronti del quale costruisce un sistema di tutela dei debiti verso gli imprenditori finanziari.

Il consumatore è una persona fisica che chiede e ottiene credito non per l'esercizio di attività imprenditoriali o professionali, quindi è un soggetto che chiede e ottiene finanziamenti, per l'acquisto di un bene o per attività che non hanno i connotati di impresa o di attività professionale.

Se a chiedere credito è un consumatore il legislatore interviene tutelando la posizione del consumatore nei confronti dell'imprenditore finanziario che gli ha concesso il credito.

Quali parti contrattuali ci sono nel credito al consumo?

Deve vedere come parti contrattuali la banca (imprenditore finanziario che eroga il finanziamento) e un soggetto persona fisica.

Immaginando lo scenario classico: acquisto di un veicolo finanziato da un soggetto che eroga il credito al consumo.

I soggetti che intervengono in questo contratto sono 3:

- Il venditore del bene (concessionario)
- Il soggetto consumatore acquirente dell'auto
- La società finanziaria che eroga i fondi per pagare l'auto.

Si tratta quindi, in questo caso, di un rapporto trilaterale.

L'auto è quindi pagata al concessionario dalla società finanziaria che ha stipulato con il consumatore un contratto di finanziamento.

Il vantaggio è per il venditore del bene, perché una volta che ha venduto la vettura al consumatore e la somma di denaro viene incassata, non corre più alcun rischio.

La società finanziaria si accolla il rischio del mancato pagamento delle rate, se pur nell'ottica di tutela che l'ordinamento accorda al consumatore.

Tant'è che in alcuni casi la società si tutela facendosi lasciare delle garanzie (fideiussione o pegno titoli).

Altro elemento importante è che la società finanziaria che eroga credito al consumo è un soggetto di diritto speciale perché il credito al consumo è una di quelle attività disciplinate dal TUB.

Questo vuol dire che possono svolgere l'attività di credito al consumo solo le società finanziarie indicate nell'articolo 106 del TUB e soggette alla regolamentazione dell'articolo 107 del TUB.

Articolo 121.

L'articolo 121 del TUB apre la sezione del credito ai consumatori secondo quello che è lo schema classico di costruzione di queste norme, cioè facendo precedere alla norma le definizioni.

Articolo 121 (4) (Definizioni)

1. Nel presente capo, l'espressione:

- a) "Codice del consumo" indica il decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206;
- b) "consumatore" indica una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta;
- c) "contratto di credito" indica il contratto con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria;
- d) "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 se ricorre almeno una delle seguenti condizioni:

- . 1) il finanziatore si avvale del fornitore del bene o del prestatore del servizio per promuovere o concludere il contratto di credito;
 - . 2) il bene o il servizio specifici sono esplicitamente individuati nel contratto di credito;
 - e) “costo totale del credito” indica gli interessi e tutti gli altri costi, incluse le commissioni, le imposte e le altre spese, a eccezione di quelle notarili, che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il finanziatore è a conoscenza;
 - f) “finanziatore” indica un soggetto che, essendo abilitato a erogare finanziamenti a titolo professionale nel territorio della Repubblica, offre o stipula contratti di credito;
 - g) “importo totale del credito” indica il limite massimo o la somma totale degli importi messi a disposizione in virtù di un contratto di credito;
 - h) “intermediario del credito” indica gli agenti in attività finanziaria, i mediatori creditizi o qualsiasi altro soggetto, diverso dal finanziatore, che nell’esercizio della propria attività commerciale o professionale svolge, a fronte di un compenso in denaro o di altro vantaggio economico oggetto di pattuizione e nel rispetto delle riserve di attività previste dal Titolo VI-bis, almeno una delle seguenti attività:
 - . 1) presentazione o proposta di contratti di credito ovvero altre attività preparatorie in vista della conclusione di tali contratti;
 - . 2) conclusione di contratti di credito per conto del finanziatore;
 - i) “sconfinamento” 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 concessa;
 - l) “supporto durevole” indica ogni strumento che permetta al consumatore di conservare le informazioni che gli sono personalmente indirizzate in modo da potervi accedere in futuro per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate e che permetta la riproduzione identica delle informazioni memorizzate;
 - m) “tasso annuo effettivo globale” o “TAEG” indica il costo totale del credito per il consumatore espresso in percentuale annua dell’importo totale del credito.
- 2. Nel costo totale del credito sono inclusi anche i costi relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito, compresi i premi assicurativi, se la conclusione di un contratto avente ad oggetto tali servizi è un requisito per ottenere il credito, o per ottenerlo alle condizioni offerte.
- 3. La Banca d’Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, stabilisce le modalità di calcolo del TAEG, ivi inclusa la specificazione dei casi in cui i costi di cui al comma 2 sono compresi nel costo totale del credito.

Commento:

Un problema che potrebbe porsi è che se un imprenditore commerciale acquista una vettura e la destina solo alla sua attività professionale non potrà MAI avvalersi del credito al consumo.

Il credito al consumo che era già praticato prima di essere regolato nelle pagine del codice civile, aveva negli anni '90 sostituito quella che era una tradizionale forma di finanziamento per l'acquisto di beni, che a partire dagli anni del boom economico aveva connotato le transazioni tra venditore del bene e acquirente del bene, cioè le vendite rateali attraverso l'emissione di cambiali (che rappresentavano le cambiali)

Qual era il rischio per il venditore?

Finché circolava ricchezza non c'era rischio perché il debitore aveva i soldi per pagare, ma quando poi il denaro mancava allora le cambiali non venivano pagate e le cambiali venivano protestate sulla base della norma che diceva che anche nel caso di 99 cambiali su cento e il mancato pagamento dell'ultima cambiale dava diritto al venditore del bene di riprendere il bene senza restituire il denaro.

Questa è la norma che ha fatto nascere la necessità di disciplinare il credito al consumo.

Proprio perché queste operazioni finanziarie regolano la specifica fattispecie del credito erogato alla persona fisica nell'ambito di esercizio di attività non professionali o aziendali.

Tutte le attività che hanno a che fare con attività imprenditoriali o professionali sono escluse dall'ambito di applicazione della normativa di credito al consumo.

Articolo 122 (1) (Ambito di applicazione)

1. Le disposizioni del presente capo si applicano ai contratti di credito comunque denominati, a eccezione dei seguenti casi:

- a) finanziamenti di importo inferiore a 200 euro o superiore a 75.000 euro. Ai fini del computo della soglia minima si prendono in considerazione anche i crediti frazionati concessi attraverso più contratti, se questi sono riconducibili a una medesima operazione economica;
- b) contratti di somministrazione previsti dagli articoli 1559 e seguenti del codice civile e contratti di appalto di cui all'articolo 1677 del codice civile;
- c) finanziamenti nei quali è escluso il pagamento di interessi o di altri oneri;
- d) finanziamenti a fronte dei quali il consumatore è tenuto a corrispondere esclusivamente commissioni per un importo non significativo, qualora il rimborso del credito debba avvenire entro tre mesi dall'utilizzo delle somme;
- e) finanziamenti destinati all'acquisto o alla conservazione di un diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato;
 - f) finanziamenti garantiti da ipoteca su beni immobili (1);
 - g) finanziamenti, concessi da banche o da imprese di investimento, finalizzati a effettuare un'operazione avente a oggetto strumenti finanziari quali definiti dall'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, purché il finanziatore partecipi all'operazione;
- h) finanziamenti concessi in base a un accordo raggiunto dinanzi all'autorità giudiziaria o a un'altra autorità prevista dalla legge;
 - i) dilazioni del pagamento di un debito preesistente concesse gratuitamente dal finanziatore;
 - l) finanziamenti garantiti da pegno su un bene mobile, se il consumatore non è obbligato per un ammontare eccedente il valore del bene;
 - m) contratti di locazione, a condizione che in essi sia prevista l'espressa clausola che in nessun momento la proprietà della cosa locata possa trasferirsi, con o senza corrispettivo, al locatario;
 - n) iniziative di microcredito ai sensi dell'articolo 111 e altri contratti di credito individuati con

legge relativi a prestiti concessi a un pubblico ristretto, con finalità di interesse generale, che non prevedono il pagamento di interessi o prevedono tassi inferiori a quelli prevalenti sul mercato oppure ad altre condizioni più favorevoli per il consumatore rispetto a quelle prevalenti sul mercato e a tassi d'interesse non superiori a quelli prevalenti sul mercato;

o) contratti di credito sotto forma di sconfinamento del conto corrente, salvo quanto disposto dall'articolo 125-octies.

1-bis. In deroga a quanto previsto al comma 1, lettera *a)*, il presente capo si applica ai contratti di credito non garantiti finalizzati alla ristrutturazione di un immobile residenziale, anche se il finanziamento ha un importo superiore a 75.000 euro (2).

2. Alle aperture di credito regolate in conto corrente, qualora il rimborso delle somme prelevate debba avvenire su richiesta della banca ovvero entro tre mesi dal prelievo, non si applicano gli articoli 123, comma 1, lettere da d) a f), 124, comma 5, 125-ter, 125-quater, 125-sexies, 125- octies.

3. Ai contratti di locazione finanziaria (leasing) che, anche sulla base di accordi separati, non comportano l'obbligo di acquisto della cosa locata da parte del consumatore, non si applica l'articolo 125-ter, commi da 1 a 4.

4. Alle dilazioni del pagamento e alle altre modalità agevolate di rimborso di un debito preesistente, concordate tra le parti a seguito di un inadempimento del consumatore, non si applicano gli articoli 124, comma 5, 124-bis, 125-ter, 125-quinquies, 125-septies nei casi stabiliti dal CICR.

5. I venditori di beni e servizi possono concludere contratti di credito nella sola forma della dilazione del prezzo con esclusione del pagamento degli interessi e di altri oneri.

Commento:

La tutela è accordata accentuando il profilo dell'informazione. Questa è una caratteristica del TUF e del TUB.

Il legislatore ritiene che la maggior tutela che può essere concessa è la conoscenza da parte del creditore riguardo a tutte le operazioni poste in essere dal suo debitore e dal fine di quelle operazioni.

Lo scopo è quello di rendere il soggetto finanziatore consapevole di quello che sta facendo.

L'intermediario che non trasmette tutte le informazioni necessarie alla scelta consapevole dell'investitore, è costretto a risarcire l'investitore.

In particolare l'intermediario deve adempiere agli obblighi informativi riguardanti le informazioni sul costo dell'operazione.

L'articolo 123 prevede a carico del soggetto finanziatore l'adempimento di obblighi nei confronti del mercato.

La violazione di questi obblighi espone l'intermediario al profilo della responsabilità extra-contrattuale.

Articolo 123 (1) (Pubblicità)

1. Fermo restando quanto previsto dalla parte II, titolo III, del Codice del consumo, gli annunci pubblicitari che riportano il tasso d'interesse o altre cifre concernenti il costo del credito indicano le seguenti informazioni di base, in forma chiara, concisa e graficamente evidenziata con l'impiego di un esempio rappresentativo: [Norma imperativa]

a) il tasso d'interesse, specificando se fisso o variabile, e le spese comprese nel costo totale del

- credito; (art 120 TUB → che tratta il conteggio degli interessi per non superare il limite dell'anatocismo)
- b) l'importo totale del credito;
 - c) il TAEG;
 - d) l'esistenza di eventuali servizi accessori necessari per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni pubblicizzate, qualora i costi relativi a tali servizi non siano inclusi nel TAEG in quanto non determinabili in anticipo;
 - e) la durata del contratto, se determinata;
 - f) se determinabile in anticipo, l'importo totale dovuto dal consumatore, nonché l'ammontare delle singole rate.

2. La Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, precisa le caratteristiche delle informazioni da includere negli annunci pubblicitari e le modalità della loro divulgazione.

Commento:

Caso: Ho stipulato un contratto di credito al consumo per l'acquisto di un'auto e sul contratto c'è scritto che il contratto è a tasso 0 ma poi mi chiedono i soldi per il TAEG. Perché?

Perché:

Il TAN è il costo girato sul cliente del rischio sostenuta dall'intermediario per l'erogazione del credito.

Il TAEG invece indica il costo in percentuale sulla somma finanziata dell'operazione che il consumatore deve sostenere.

Articolo 124 (1)

(Obblighi precontrattuali)

1. Il finanziatore o l'intermediario del credito, sulla base delle condizioni offerte dal finanziatore e, se del caso, delle preferenze espresse e delle informazioni fornite dal consumatore, forniscono al consumatore, prima che egli sia vincolato da un contratto o da un'offerta di credito, 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.
2. Le informazioni di cui al comma 1 sono fornite dal finanziatore o dall'intermediario del credito su supporto cartaceo o su altro supporto durevole attraverso il modulo contenente le "Informazioni europee di base sul credito ai consumatori". Gli obblighi informativi di cui al comma 1 si considerano assolti attraverso la consegna di tale modulo. Il finanziatore o l'intermediario forniscono qualsiasi informazione aggiuntiva in un documento distinto, che può essere allegato al modulo.
3. Se il contratto di credito è stato concluso, su richiesta del consumatore, usando un mezzo di comunicazione a distanza che non consente di fornire le informazioni di cui al comma 1, il finanziatore o l'intermediario del credito forniscono al consumatore il modulo di cui al comma 2 immediatamente dopo la conclusione del contratto di credito.
4. Su richiesta, al consumatore, oltre al modulo di cui al comma 2, è fornita gratuitamente copia della bozza del contratto di credito, salvo che il finanziatore o l'intermediario del credito, al momento della richiesta, non intenda procedere alla conclusione del contratto di credito con il

consumatore.

5. Il finanziatore o l'intermediario del credito forniscono al consumatore chiarimenti adeguati, in modo che questi possa valutare se il contratto di credito proposto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria, eventualmente illustrando le informazioni precontrattuali che devono essere fornite ai sensi dei commi 1 e 2, le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti e gli effetti specifici che possono avere sul consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento. In caso di offerta contestuale di più contratti non collegati ai sensi dell'articolo 121, comma 1, lettera d), è comunque specificato se la validità dell'offerta è condizionata alla conclusione congiunta di detti contratti.

6. I fornitori di merci o prestatori di servizi che agiscono come intermediari del credito a titolo accessorio non sono tenuti a osservare gli obblighi di informativa precontrattuale previsti dal presente articolo. Il finanziatore assicura che il consumatore riceva comunque le informazioni precontrattuali; assicura inoltre che i fornitori di merci o prestatori di servizi rispettino la disciplina ad essi applicabile ai sensi del presente Capo.

7. La Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, detta disposizioni di attuazione del presente articolo, con riferimento a:

- a) il contenuto, i criteri di redazione, le modalità di messa a disposizione delle informazioni precontrattuali;
- b) le modalità e la portata dei chiarimenti da fornire al consumatore ai sensi del comma 5, anche in caso di contratti conclusi congiuntamente;
- c) gli obblighi specifici o derogatori da osservare nei casi di: comunicazioni mediante telefonia vocale; aperture di credito regolate in conto corrente; dilazioni di pagamento non gratuite e altre modalità agevolate di rimborso di un credito preesistente, concordate tra le parti a seguito di un inadempimento del consumatore; offerta attraverso intermediari del credito che operano a titolo accessorio.

Articolo 124-bis (1) (Verifica del merito creditizio)

1. Prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore valuta il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando una banca dati pertinente.

2. Se le parti convengono di modificare l'importo totale del credito dopo la conclusione del contratto di credito, il finanziatore aggiorna le informazioni finanziarie di cui dispone riguardo al consumatore e valuta il merito creditizio del medesimo prima di procedere ad un aumento significativo dell'importo totale del credito.

3. La Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, detta disposizioni attuative del presente articolo.

Le norme successive (art 125-bis) si riferiscono a forma e contenuto dei contratti di credito al consumo.

Anche in questo caso si ripete quanto già detto: cioè il contratto deve essere redatto per iscritto e una copia deve essere consegnata al cliente; nel contratto vanno riportate le informazioni sui costi e qualsiasi altra clausola non ricompresi nel TAEG è da ritenersi nulla ed inefficace.

Recesso dal contratto di credito al consumo.

Articolo 125-ter (1) (Recesso del consumatore)

1. Il consumatore può recedere dal contratto di credito entro quattordici giorni; il termine decorre dalla conclusione del contratto o, se successivo, dal momento in cui il consumatore riceve tutte le condizioni e le informazioni previste ai sensi dell'articolo 125-bis, comma 1. In caso di uso di tecniche di comunicazione a distanza il termine è calcolato secondo l'articolo 67-duodecies, comma 3, del Codice del consumo.

2. Il consumatore che recede:

a) ne dà comunicazione al finanziatore inviandogli, prima della scadenza del termine previsto dal comma 1, una comunicazione secondo le modalità prescelte nel contratto tra quelle previste dall'articolo 64, comma 2, del Codice del consumo;

b) se il contratto ha avuto esecuzione in tutto o in parte, entro trenta giorni dall'invio della comunicazione prevista dalla lettera a), restituisce il capitale e paga gli interessi maturati fino al momento della restituzione, calcolati secondo quanto stabilito dal contratto. Inoltre, rimborsa al finanziatore le somme non ripetibili da questo corrisposte alla pubblica amministrazione.

3. Il finanziatore non può pretendere somme ulteriori rispetto a quelle previste dal comma 2, lettera b).

4. Il recesso disciplinato dal presente articolo si estende automaticamente, anche in deroga alle condizioni e ai termini eventualmente previsti dalla normativa di settore, ai contratti aventi a oggetto servizi accessori connessi col contratto di credito, se tali servizi sono resi dal finanziatore ovvero da un terzo sulla base di un accordo col finanziatore. L'esistenza dell'accordo è presunta. E' ammessa, da parte del terzo, la prova contraria.

5. Salvo quanto previsto dai commi 1 e 2, ai contratti disciplinati dal presente capo non si applicano gli articoli 64, 65, 66, 67-duodecies e 67-ter decies del Codice del consumo.

Commento:

Si tratta dell'esercizio del diritto di pentimento (ius penitendi).

DIRITTO ASSICURATIVO.

Anche la struttura del codice delle assicurazioni segue la stessa linea costruttiva che il legislatore ha adottato nel 1993 (TUB) e nel 1998 (TUF).

Centralità rilevante dell'articolo 1 del codice che contiene le definizioni.

Su alcune definizioni dell'articolo 1 è necessario soffermarsi:

Assicurazioni contro i danni: comma 3 articolo 2

Assicurazione vita comma 1 articolo 2.

L'attività assicurativa consiste nell'assunzione e la gestione dei rischi effettuata da un'impresa di assicurazione.

In questa assunzione e gestione dei rischi effettuata dall'impresa di assicurazione si può individuare il punto fondamentale che connota l'impresa assicurativa distinguendola da qualsiasi altra società che pur operano nella gestione delle attività finanziarie.

Il nucleo centrale dell'attività assicurativa e l'oggetto del contratto di assicurazione sta nel trasferimento di un rischio aleatorio, tramite il pagamento di un premio, e se esso si verificasse, le conseguenze monetarie da esso derivanti saranno patite dalla compagnia di assicurazioni che provvederanno a risarcire il beneficiario della polizza.

Il trasferimento del rischio è un elemento essenziale dell'attività assicurativa.

Tant'è vero che l'interrogativo che si è posto riguardo alle nuove polizze vita è: sono ancora contratti di assicurazione? Perché in alcuni casi il rischio non viene trasferito a carico della compagnia di assicurazione, ma resta in capo al soggetto assicurato. (ad esempio una unit linked)

Nella unit c'è una parte di contratto che ha i connotati di un contratto assicurativo sulla vita, perché la compagnia indennizzerà il beneficiario della polizza del danno conseguente il verificarsi del sinistro (morte dell'assicurato) pagando una somma di denaro.

Vi è però una seconda parte che qualifica il contratto unit linked che ha una prevalenza finanziaria, nel senso che il denaro versato dall'assicurato viene investito dalla compagnia di assicurazione, però il rischio dell'investimento resta a carico dell'assicurato. [caso famoso: unit linked con sottostante l'obbligazione Lehman]

Le norme specificano chiaramente che nel caso di fallimento dell'emittente delle obbligazioni, la compagnia non è tenuta alla restituzione del capitale.

Il problema è stato definitivamente risolto dal legislatore che è intervenuto assoggettando le polizze miste finanziario-assicurative assoggettando alle regole del TUF la parte finanziaria della polizza.

La parte sull'assicurazione sulla vita rimane assoggettata alle norme del codice delle assicurazioni.

Il contratto di assicurazione e quindi la sua natura e la sua causa, vanno identificati nella regola connotante il contratto di assicurazione del trasferimento del rischio dall'assicurato all'impresa di assicurazione.

Tutto questo è specificato nella lettera c dell'articolo 1: "*attività assicurativa: l'assunzione e la gestione dei rischi effettuata da un'impresa di assicurazione*".

Il contratto di assicurazione e quindi il soggetto imprenditoriale che negozia e stipula il contratto accollandosi il rischio dell'evento, sono elementi che fin da quando ha preso vita il contratto di assicurazione come noi lo intendiamo oggi, lo hanno sempre caratterizzato.

Il contratto di assicurazione nella sua accezione moderna nasce nella rivoluzione commerciale e nasce come contratto marittimo. (con le repubbliche marinare).

Nasce come contratto stipulato da un terzo finanziatore, che a fronte di pagamenti di "premi" di chi intendeva assicurarsi e quindi coprirsi dei possibili rischi che potevano verificarsi durante un viaggio in mare la compagnia pagava il risarcimento al verificarsi dell'evento (sinistro).

Non è un caso che da questa attività assicurativa, cioè intervento di una compagnia che risarcisce il danno patito dall'assicurato, non si sviluppa solo il contratto di assicurazione, ma nasce anche un particolare tipo di società commerciale: la società in accomandita semplice.

Anche la s.a.s nasce sul mare e vede l'armatore della nave che investe i suoi soldi nell'organizzare un viaggio per realizzare un guadagno e il comandante della nave (accomandatario) si accollava il rischio dell'impresa.

A sua volta nel contratto marittimo di commenda l'armatore (accomandante) rischiava l'investimento, ma si tutelava con la compagnia di assicurazione che interveniva al suono della campana che annunciava il naufragio e il verificarsi dell'evento (sinistro).

Attività riassicurativa.

Alla lettera d dell'articolo 1 troviamo la definizione del "*contratto di riassicurazione: l'assunzione e la gestione dei rischi ceduti da un'impresa di assicurazione o retrocessi da un'impresa di riassicurazione, anche di uno Stato terzo*"

Elemento qualificatorio del contratto riassicurativo: l'impresa che stipula una polizza per un appalto pubblico, si assume un rischio (in questo caso anche elevato).

Cosa fa la compagnia di assicurazione che stipula con l'appaltatore un contratto per danni che avrebbero potuto colpire l'appaltatore?

Ha distribuito il suo rischio su altre compagnie di assicurazione stipulando contratti di riassicurazione, in modo che verificandosi il sinistro la compagnia risarcirà l'assicurato e sarà poi risarcita dalle compagnie pro-quota.

Esistono delle compagnie che erogano solo polizze di riassicurazione.

La riassicurazione è un'assicurazione di secondo grado.

Contratto di coassicurazione.

È un contratto che vede come contraenti, da una parte il contraente assicurato, e dall'altra parte, due o più compagnie di assicurazione, che nel caso del verificarsi di un sinistro indennizzeranno l'assicurato pro-quota (manca però il vincolo di solidarietà).

Nel contratto di coassicurazione vi è una ripartizione del rischio tra le compagnie in coassicurazione, tant'è vero che per quanto riguarda le assicurazioni che devono essere stipulate per coprire i rischi che potrebbero verificarsi con riferimento alle opere pubbliche, il codice degli appalti pubblici, vieta il contratto di coassicurazione, proprio per evitare che una delle imprese di coassicurazione non adempiesse e quindi non pagasse la sua quota, causando danni all'amministrazione pubblica. (È però ammessa la riassicurazione)

Ricapitolando:

Qualsiasi sia il ramo assicurato, il contratto di assicurazione è quel contratto che è connotato dalla causa assicurativa.

Il contratto è quel contratto che la compagnia di assicurazione, a sua volta ribalta il rischio sulle compagnie di riassicurazione.

Contratto di coassicurazione è quando la controparte dell'assicurato non è una sola compagnia, ma sono molteplici e dovranno risarcire il sinistro pro-quota e senza limiti di solidarietà.

Alla lettera e dell'articolo 1 troviamo la definizione di *“attività in regime di libertà di prestazione di servizi o rischio assunto in regime di libertà di prestazione di servizi: l'attività che un'impresa esercita da uno stabilimento situato nel territorio di uno Stato membro assumendo obbligazioni con contraenti aventi il domicilio, ovvero, se persone giuridiche, la sede in un altro Stato membro o il rischio che un'impresa assume da uno stabilimento situato nel territorio di uno Stato membro diverso da quello in cui è ubicato il rischio”*

Una compagnia di assicurazioni può quindi esercitare l'attività assicurativa in tutti i paesi UE diversi dal paese d'origine.

L'attività del controllo di vigilanza sarà esercitata dalla società di controllo di vigilanza del paese di origine (home country control).

Lettera f articolo: *“attività in regime di stabilimento o rischio assunto in regime di stabilimento: l'attività che un'impresa esercita da uno stabilimento situato nel territorio di uno Stato membro assumendo obbligazioni con contraenti aventi il domicilio, ovvero, se persone giuridiche, la sede nello stesso Stato o il rischio che un'impresa assume da uno stabilimento situato nel territorio dello Stato membro in cui è ubicato il rischio”*

N.B. → Lo stabilimento autonomo significa succursale.

Per autorità di vigilanza si intende l'organo di vigilanza del paese di appartenenza che si occupa di vigilare sulla compagnia.

Seguono poi una serie di definizioni delle autorità di vigilanza delle imprese assicurative a livello comunitario.

Bisogna ricordare che anche il codice delle assicurazioni recepisce le direttive comunitarie in materia dell'esercizio dell'impresa assicurativa.

Tanto l'intervento del legislatore comunitario, quanto l'intervento del legislatore nazionale, formano un insieme di norme che ha come scopo principale quello di assicurare una sana e prudente gestione dell'impresa di assicurazione per tutelare gli interessi del contraente assicurato. (obbligo di comunicazione).

Da sempre si hanno forti dubbi se questo obiettivo di chiarezza e informazione sia stato effettivamente raggiunto. Questo dubbio si origina dal fatto che le imprese di assicurazione utilizzano nei contratti di un linguaggio molto tecnico, che spesso sono di difficile comprensione anche per chi si occupa di diritto assicurativo.

Questo è ovviamente un limite, perché da quella norma possono nascere degli obblighi che la compagnia è

tenuta ad adempiere, ma vi sono anche delle ipotesi per cui l'assicurazione è esonerata dal risarcimento; sarebbe quindi opportuno che il linguaggio fosse più comprensibile al fine di mettere a conoscenza il cliente di cosa effettivamente è compreso nel contratto.

La firma posta sul contratto vale come ammissione di aver letto e compreso le norme in esso comprese.

Importante la lettera n dell'articolo 1: *“credito di assicurazione: ogni importo dovuto da un'impresa di assicurazione ad assicurati, contraenti, beneficiari o altre parti lese aventi diritto ad agire direttamente contro l'impresa di assicurazione e derivante da un contratto di assicurazione o da operazioni di cui all'articolo 2, commi 1 e 3, nell'ambito di attività di assicurazione diretta, compresi gli importi detenuti in riserva per la copertura a favore dei medesimi aventi diritto allorquando alcuni elementi del debito non sono ancora conosciuti. Sono parimenti considerati crediti di assicurazione i premi detenuti da un'impresa di assicurazione, prima dell'avvio delle procedure di liquidazione dell'impresa stessa, in seguito alla mancata stipulazione o alla risoluzione dei medesimi contratti ed operazioni, in virtù della legge applicabile a tali contratti e operazioni”*

N.B → il contraente è colui che stipula la polizza e paga il premio. Può concedere con l'assicurato, ma potrebbe anche essere un'altra persona.

Il beneficiario lo troviamo solo nella polizza vita. Si può indicare come beneficiario della polizza qualsiasi persona fisica o anche soggetti diversi dalla persona fisica.

Nel mondo delle assicurazioni è seguita una prassi che può generare non pochi problemi. (il suggerimento è quello di indicare i beneficiari per nome e cognome).

Per prassi viene indicato l'erede legittimo e l'erede testamentario.. se c'è confusione l'impresa di assicurazione non paga nessuno fino a quando non si pronuncerà un giudice.

Lettera n-bis dell'articolo 1: *“distribuzione di probabilità prevista: funzione matematica che assegna ad un elenco esaustivo di eventi futuri mutualmente esclusivi una probabilità di realizzazione”*

Lettera r-bis dell'articolo 1:

1) composto da una società partecipante o controllante, dalle sue società controllate o da altre entità in cui la società partecipante o controllante o le sue società controllate detengono una partecipazione, nonché da società legate da direzione unitaria ai sensi dell'articolo 96; ovvero

2) basato sull'instaurazione, contrattuale o di altro tipo, di rapporti finanziari solidi e sostenibili tra tali imprese che può includere anche mutue assicuratrici o altre società di tipo mutualistico, a condizione che:

- 2.1) una delle imprese eserciti effettivamente, tramite un coordinamento centralizzato, un'influenza dominante sulle decisioni, incluse le decisioni finanziarie, di tutte le imprese che fanno parte del gruppo; e
- 2.2) la costituzione e lo scioglimento di tali relazioni ai fini del titolo XV siano soggetti all'approvazione preventiva dell'autorità di vigilanza del gruppo; laddove l'impresa che esegue il coordinamento centralizzato è considerata l'impresa controllante o partecipante e le altre imprese sono considerate le imprese controllate o partecipate;

Commento:

Qui si coniugano norme di diritto civile e norme di diritto speciale. C'è una nozione di controllo più ampia rispetto a quello delineato nell'articolo 2497 del codice civile.

Dove sta la specificità dell'articolo 96 rispetto all'articolo 2497 del codice civile?

Per la norma civilistica di diritto comune non è necessariamente da ritenersi società controllante di società controllata, la società che esercita su un'altra società attività di direzione e coordinamento unitario.

Cioè per il sistema civilistico, la nozione di controllo NON coincide con la nozione di controllo e direzione unitario.

Si tratta di fattispecie diverse, anche perché l'ambito di applicazione delle norme è diverso.

L'istituto della direzione e coordinamento dell'articolo 2497 del codice civile è un istituto che si preoccupa di sanzionare la responsabilità dell'amministratore della società soggetta a direzione e coordinamento che compie degli illeciti per dare adempimento ad istruzioni ricevute da chi amministra la società che esercita attività di direzione e coordinamento.

Il più delle volte è la società controllante ad utilizzare l'istituto di direzione e di coordinamento.

La capogruppo del gruppo assicurativo esercita attività di controllo su società su cui ha direttamente o indirettamente la maggioranza di diritto o di fatto, ma rientrano nel gruppo anche le società che, in forza di vincoli contrattuali, sono soggette ad un'influenza dominante della capogruppo, ovvero quando le società sono autonome e discrezionali, ma sono dall'organo amministrativo di una società terza.

Importante sottolineare, restando nell'articolo 1 del codice delle assicurazioni è che la nozione di controllo utilizzata dal legislatore delle assicurazioni è una nozione più ampia di quella desumibile dall'articolo 2359, ricomprendendo nella nozione di controllo, anche la fattispecie della direzione e coordinamento unitario.

Questo perché?

Per assoggettare al regime di disciplina del codice delle assicurazioni e quindi nell'interesse dei soggetti contraenti, assicurati, beneficiari e cioè di garantire, ai creditori del risarcimento, la più ampia tutela possibile e di permettere all'autorità di vigilanza di poter esercitare non solo il controllo sull'impresa di assicurazione che stipula contratti con i terzi, ma anche sulla capogruppo, anche se non impresa assicurativa.

Esercitando il controllo di vigilanza sulla capogruppo si esercita un controllo su tutte le imprese del gruppo, anche se esercitano attività correlate, accessorie, strumentali all'esercizio dell'impresa assicurativa.

Articolo 2 del codice delle assicurazioni.

Il contratto di assicurazione è un contratto, e come tutti i contratti, le parti contraenti devono comportarsi in tutte le fasi del contratto secondo la regola della buona fede, che qui si traduce nell'obbligo di informazione. Quale che sia il ramo assicurativo e quindi l'oggetto dell'assicurazione, la compagnia di assicurazione deve comunque rispettare la regola della buona fede nella stipulazione del contratto. Anche nei casi in cui il contratto di assicurazione è previsto ex-legem (ad esempio RCA).

Art. 2 (Classificazione per ramo)

- I. Nei rami vita la classificazione per ramo è la seguente: I. le assicurazioni sulla durata della vita umana; II. le assicurazioni di nuzialità e di natalità;
- III. le assicurazioni, di cui ai rami I e II, le cui prestazioni principali sono direttamente collegate al valore di quote di organismi di investimento collettivo del risparmio o di fondi interni ovvero a indici o ad altri valori di riferimento;
- IV. l'assicurazione malattia e l'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza che siano garantite mediante contratti di lunga durata, non rescindibili, per il rischio di invalidità grave dovuta a malattia o a infortunio o a longevità;
- V. le operazioni di capitalizzazione;
- VI. le operazioni di gestione di fondi collettivi costituiti per l'erogazione di prestazioni in caso di morte, in caso di vita o in caso di cessazione o riduzione dell'attività lavorativa.

Commento comma 1: Qui la giurisprudenza si è dovuta misurare su un contrasto (oggi risolto) tra il legislatore delle assicurazioni e tra il legislatore dell'intermediazione finanziaria.

Cosa dice il legislatore del codice delle assicurazioni nel decreto legislativo del 2005?

Che quei contratti di assicurazioni che sono legati al valore di quote e che quindi prevedono al termine del contratto, la restituzione del capitale investito incrementato di un rendimento definito in contratto, il codice delle assicurazioni dice che esse sono polizze sulla vita e di conseguenza soggette alla disciplina del codice delle assicurazioni.

Il legislatore del TUF dice che qualsiasi prodotto finanziario che veda una parte investire parte del suo patrimonio in una attività finanziaria (qualunque essa sia) deve essere considerata come un'attività dell'intermediazione finanziarie e dunque soggetta alle norme del TUF.

Qualora ci fosse una controversia in ordine al comportamento della compagnia di assicurazioni su questo argomento e l'impresa di assicurazione non volesse risarcire il danno preteso dal cliente perché non previsto nel codice delle assicurazioni, quale giurisprudenza si applica?

La giurisprudenza, ancora oggi, dovendo decidere a proposito di controversie risalenti all'epoca precedente la modifica del TUF, si divide: una parte la considera un prodotto assicurativo e quindi si deve applicare il codice delle assicurazioni, mentre una parte la ritiene un prodotto finanziario e di conseguenza la compagnia di assicurazione deve essere condannata al risarcimento del danno.

Non essendo stati adempiuti gli obblighi di forma scritta (nullità per difetto di forma scritta), secondo la seconda parte della giurisprudenza, la compagnia deve essere condannata a risarcire il danno.

Questo contrasto tra norme è stato risolto nel 2006, con una modifica del TUF, che assoggetta alla disciplina del TUF, con riferimento particolare alla forma del contratto e all'adempimento degli obblighi informativi, le polizze miste finanziarie e assicurative.

Le polizze miste finanziarie e assicurative saranno regolate per la parte assicurativa vita dal codice delle

assicurazioni, ma la compagnia di assicurazione, quando stipula un contratto misto finanziario assicurativo, deve stipulare quel contratto secondo le regole dettate dal TUF.

Quindi non ci sono più controversie dal 2006 ad oggi, ma per le vicende pregresse il tribunale deve decidere quale codice applicare, e non si è ancora trovata una strada comune da percorrere.

2. L'impresa che ha ottenuto l'autorizzazione all'esercizio delle assicurazioni di cui ai rami I, II o III del comma 1, ovvero quella di cui al ramo V del comma 1 se è stata autorizzata ad esercitare anche un altro ramo vita con assunzione di un rischio demografico, con i relativi contratti può garantire in via complementare i rischi di danni alla persona, comprese l'incapacità al lavoro professionale, la morte in seguito ad infortunio, l'invalidità a seguito di infortunio o di malattia. L'impresa che ha ottenuto l'autorizzazione all'esercizio delle operazioni di cui al ramo VI del comma 1, in via complementare ai relativi contratti, può garantire prestazioni di invalidità e di premorienza secondo quanto previsto nella normativa sulle forme pensionistiche complementari.

3. Nei rami danni la classificazione dei rischi è la seguente:

1. Infortuni (compresi gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali); prestazioni forfettarie; indennità temporanee; forme miste; persone trasportate;
 2. Malattia: prestazioni forfettarie; indennità temporanee; forme miste;
3. Corpi di veicoli terrestri (esclusi quelli ferroviari): ogni danno subito da: veicoli terrestri automotori; veicoli terrestri non automotori;
4. Corpi di veicoli ferroviari: ogni danno subito da veicoli ferroviari; 5. Corpi di veicoli aerei: ogni danno subito da veicoli aerei;
6. Corpi di veicoli marittimi, lacustri e fluviali: ogni danno subito da: veicoli fluviali; veicoli lacustri; veicoli marittimi;
7. Merci trasportate (compresi merci, bagagli e ogni altro bene): ogni danno subito dalle merci trasportate o dai bagagli, indipendentemente dalla natura del mezzo di trasporto;
8. Incendio ed elementi naturali: ogni danno subito dai beni (diversi dai beni compresi nei rami 3, 4, 5, 6 e 7) causato da: incendio; esplosione; tempesta; elementi naturali diversi dalla tempesta; energia nucleare; cedimento del terreno;
9. Altri danni ai beni: ogni danno subito dai beni (diversi dai beni compresi nei rami 3, 4, 5, 6 e 7) causato dalla grandine o dal gelo, nonché da qualsiasi altro evento, quale il furto, diverso da quelli compresi al n. 8;
10. Responsabilità civile autoveicoli terrestri: ogni responsabilità risultante dall'uso di autoveicoli terrestri (compresa la responsabilità del vettore);
11. Responsabilità civile aeromobili: ogni responsabilità risultante dall'uso di veicoli aerei (compresa la responsabilità del vettore);
12. Responsabilità civile veicoli marittimi, lacustri e fluviali: ogni responsabilità risultante dall'uso di veicoli fluviali, lacustri e marittimi (compresa la responsabilità del vettore);
13. Responsabilità civile generale: ogni responsabilità diversa da quelle menzionate ai numeri 10, 11 e 12;
14. Credito: perdite patrimoniali derivanti da insolvenze; credito all'esportazione; vendita a rate; credito ipotecario; credito agricolo;
 15. Cauzione: cauzione diretta; cauzione indiretta;
16. Perdite pecuniarie di vario genere: rischi relativi all'occupazione; insufficienza di entrate (generale); intemperie; perdite di utili; persistenza di spese generali; spese commerciali impreviste; perdita di valore venale; perdita di fitti o di redditi; perdite commerciali indirette diverse da quelle menzionate precedentemente; perdite pecuniarie non commerciali; altre perdite pecuniarie;
 17. Tutela legale: tutela legale;
18. Assistenza: assistenza alle persone in situazione di difficoltà.

4. Nei rami danni l'autorizzazione rilasciata cumulativamente per più rami è così denominata:

- a) per i rami di cui ai numeri 1 e 2, «Infortuni e malattia»;
 - b) per i rami di cui ai numeri 1, persone trasportate, 3, 7 e 10, «Assicurazioni auto»;
 - c) per i rami di cui ai numeri 1, persone trasportate, 4, 6, 7 e 12, «Assicurazioni marittime e trasporti»;
 - d) per i rami di cui al numero 1, rischio persone trasportate, 5, 7 e 11, «Assicurazioni aeronautiche»;
 - e) per i rami di cui ai numeri 8 e 9, «Incendio ed altri danni ai beni»; f) per i rami di cui ai numeri 10, 11, 12 e 13, «Responsabilità civile»; g) per i rami di cui ai numeri 14 e 15, «Credito e cauzione»; h) per tutti i rami, «Tutti i rami danni».
5. Nei rami danni l'impresa che ha ottenuto l'autorizzazione per un rischio principale, appartenente ad un ramo o ad un gruppo di rami, può garantire i rischi compresi in un altro ramo, senza necessità di un'ulteriore autorizzazione quando i medesimi rischi:
- a) sono connessi con il rischio principale;
 - b) riguardano l'oggetto coperto contro il rischio principale;
 - c) sono garantiti dallo stesso contratto che copre il rischio principale. I rischi compresi nei rami 14, 15 e 17 di cui al comma 3 non possono essere considerati accessori di altri rami; tuttavia, fermo il rispetto delle condizioni di cui alle lettere a), b) e c), i rischi compresi nel ramo 17 possono essere considerati come rischi accessori del ramo 18 quando il rischio principale riguarda solo l'assistenza da fornire alle persone in difficoltà durante trasferimenti o assenze dal domicilio o dal luogo di residenza o quando riguardino controversie relative all'utilizzazione di navi o comunque connesse a tale utilizzazione.
6. L'IVASS adotta, con regolamento, le istruzioni applicative sulla classificazione dei rischi all'interno dei rami nel rispetto del principio di equivalenza dell'autorizzazione nel territorio comunitario.

L'attività delle imprese di assicurazione è una di quelle attività soggette a vigilanza e controllo ed è una di quelle attività il cui esercizio è riservato ai soggetti giuridici che hanno ottenuto l'autorizzazione dall'organo di controllo (IVASS).

La società di assicurazione è quindi una società di diritto speciale con la conseguenza che l'esercizio

dell'attività assicurativa senza ottenuta autorizzazione costituisce attività di impresa illecita.

Le conseguenze di ciò sono:

- la messa in liquidazione della società
- l'assoggettamento della società illecita alla procedura di liquidazione coatta amministrativa, salvando i contratti stipulati dall'impresa con i terzi, come società illecita, trasferendoli ad altre compagnie e ponendo fuori dal mercato quel soggetto giuridico che esercita attività non autorizzate.

L'attività di assicurazione è un'attività riservata.

L'oggetto sociale dell'impresa di assicurazione è un oggetto sociale esclusivo: cioè la società di assicurazione non può svolgere attività di impresa diversa da quella assicurativa.

Tant'è vero che l'articolo 11 del codice delle assicurazioni dice che:

Art. 11 (Attività assicurativa)

1. L'esercizio dell'attività assicurativa nei rami vita e nei rami danni, come classificati all'articolo 2, è riservato alle imprese di assicurazione.
2. L'impresa di assicurazione limita l'oggetto sociale all'esercizio dei soli rami vita oppure dei soli rami danni e della relativa riassicurazione.
3. In deroga al comma 2, è consentito l'esercizio congiunto dei rami vita e dei soli rami danni infortuni e malattia di cui all'articolo 2, comma 3. L'impresa è tenuta ad una gestione separata per ciascuna delle due attività secondo le disposizioni stabilite dall'IVASS con regolamento.
4. L'impresa di assicurazione può inoltre svolgere le operazioni connesse o strumentali all'esercizio dell'attività assicurativa o riassicurativa. Sono inoltre consentite le attività relative alla costituzione ed alla gestione delle forme di assistenza sanitaria e di previdenza integrative, nei limiti ed alle condizioni stabilite dalla legge.

Commento: L'attività assicurativa è anche riservata e l'oggetto sociale è esclusivo: la compagnia non può svolgere attività diverse dall'attività assicurativa.

La norma prevede che una compagnia di assicurazione possa avere come oggetto esclusivo o l'esercizio dei soli rami vita nelle diverse fattispecie fissate dalla legge, o l'esercizio dei soli rami danni come fissati dalla legge, o nell'esercizio dell'attività riassicurativa, o è data la possibilità, come accade normalmente, che la compagnia di assicurazione eserciti congiuntamente l'attività assicurativa nei rami vita e nei rami danni.

Art. 12

(Operazioni vietate)

1. Sono vietate le associazioni tontinarie o di ripartizione, le assicurazioni che hanno per oggetto il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni amministrative e quelle che riguardano il prezzo del riscatto in caso di sequestro di persona. In caso di violazione del divieto il contratto è nullo e si applica l'articolo 167, comma 2.
2. È vietata la costituzione nel territorio della Repubblica di società che hanno per oggetto esclusivo l'esercizio all'estero dell'attività assicurativa.

Commento:

È interessante notare l'articolo 12 dove sono vietate le attività che hanno un contenuto assicurativo, ma sono ritenute attività illecite, anche se a svolgere è una società di assicurazione.

Alcune di queste fattispecie hanno un contenuto in qualche modo pubblicistico, perché si ritengono vietate quelle attività assicurative che hanno un impatto sul mercato in senso lato o contrarie all'ordine pubblico.

N.B. → È di tutta evidenza che non possa essere ammesso il risarcimento da parte di una compagnia che abbia per oggetto il riscatto che un soggetto è tenuto a pagare per una persona sequestrata.

Non è prevista, anche, la polizza assicurativa che preveda il risarcimento in caso di sinistro nel caso in cui il sinistro sia rappresentato da sanzioni amministrative.

Sono inoltre vietate le associazioni tontinarie → Le tontine sono vietate perché sono delle scommesse sulla vita altrui.

Come funzionava?

Dei soggetti versavano una quota in una assicurazione che formava un patrimonio che andava poi all'ultimo dei soggetti che rimaneva in vita.

È evidente che questa polizza non ha un contenuto assicurativo, ma è una scommessa e dunque ritenuta illecita dall'ordinamento.

Infatti il pagamento di un debito di gioco o di una scommessa non autorizzata dallo stato non costituisce un'obbligazione giuridica.

Delimitato l'ambito dell'attività di impresa e fissati i principi per l'esercizio dell'impresa assicurativa, e delimitato anche l'oggetto sociale, la norma individua i requisiti che devono essere posseduti da un'impresa di assicurazione e per essere iscritti nell'albo tenuto dall'IVASS.

Art. 14 (Requisiti e procedura)

1. L'IVASS rilascia l'autorizzazione di cui all'articolo 13 quando ricorrono le seguenti condizioni:

a) sia adottata la forma di società per azioni, di società cooperativa o di società di mutua assicurazione le cui quote di partecipazione siano rappresentate da azioni, costituite ai sensi, rispettivamente, degli articoli 2325, 2511 e 2546 del codice civile, nonché nella forma di società europea ai sensi del regolamento (CE) n. 2157/2001 relativo allo statuto della società europea e la forma di società cooperativa europea (SCE) ai sensi del regolamento (CE) n. 1435/2003;

b) la direzione generale e amministrativa dell'impresa richiedente sia stabilita nel territorio della Repubblica;

c) l'impresa detenga i fondi propri di base ammissibili necessari per coprire il minimo assoluto del Requisito Patrimoniale Minimo, di cui all'articolo 47-ter, comma 1, lettera d), pari ad un importo non inferiore a:

1) 2.500.000 euro per le imprese di assicurazione danni, comprese le imprese di assicurazione captive, salva l'ipotesi in cui sia coperta la totalità o parte dei rischi compresi in uno dei rami da 10 a 15 elencati all'articolo 2, comma 3, nel qual caso l'importo è elevato a 3.700.000 euro;

2) 3.700.000 euro per le imprese di assicurazione vita, comprese le imprese di assicurazione captive;

3) 6.200.000 euro, ovvero la somma degli importi di cui ai numeri 1) e 2), per le imprese che esercitano congiuntamente i rami vita e danni di cui all'articolo 13, comma 1.

c-bis) l'impresa dimostri che sarà in grado di detenere i fondi propri ammissibili necessari per coprire in prospettiva il Requisito Patrimoniale di Solvibilità, di cui all'articolo 45-bis;

c-ter) l'impresa dimostri che sarà in grado di detenere i fondi propri di base ammissibili necessari per coprire in prospettiva il Requisito Patrimoniale Minimo di cui all'articolo 47- bis;

d) venga presentato, unitamente all'atto costitutivo e allo statuto, un programma di attività conforme alle indicazioni fornite all'articolo 14-bis, commi 1 e 2; e) i titolari di partecipazioni qualificate siano in possesso dei requisiti di onorabilità stabiliti dall'articolo 77 e sussistano i presupposti per il rilascio dell'autorizzazione prevista dall'articolo 68 ; e-bis) l'impresa dimostri che sarà in grado di conformarsi al sistema di governo societario di cui al Titolo III, Capo I;

f) i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo **nonché coloro che svolgono funzioni fondamentali all'interno dell'impresa** siano in possesso dei requisiti di professionalità, onorabilità ed indipendenza indicati dall'articolo 76; g) non sussistano, tra l'impresa o i soggetti del gruppo di appartenenza e altri soggetti, stretti legami che ostacolano l'effettivo esercizio delle funzioni di vigilanza;

h) siano indicati il nome e l'indirizzo del mandatario per la liquidazione dei sinistri da designare in ciascuno degli altri Stati membri, se i rischi da coprire sono classificati nei rami 10 e 12 dell'articolo 2, comma 3, esclusa la responsabilità del vettore.

1-bis. L'impresa di assicurazione che intende ottenere l'autorizzazione ad esercitare congiuntamente i rami vita e i rami infortuni e malattia di cui all'articolo 2, comma 3, è tenuta a dimostrare, altresì, che:

a) possiede i fondi propri di base ammissibili necessari per coprire il minimo assoluto del Requisito Patrimoniale Minimo per le imprese di assicurazione vita e il minimo assoluto del Requisito Patrimoniale Minimo per le imprese di assicurazione danni secondo quanto stabilito dal comma 1, lettera c) del presente articolo;

b) si impegna a coprire in prospettiva i Requisiti Patrimoniali Minimi Nozionali di cui all'articolo 348, comma 2-ter.

2. L'IVASS nega l'autorizzazione quando dalla verifica delle condizioni indicate nel comma 1 non risulti garantita la sana e prudente gestione, senza che si possa aver riguardo alla struttura e all'andamento dei mercati interessati. Il provvedimento che nega l'autorizzazione è specificatamente e adeguatamente motivato ed è comunicato all'impresa interessata entro novanta giorni dalla presentazione della domanda di autorizzazione completa dei documenti richiesti.

3. Non si può dare corso al procedimento per l'iscrizione nel registro delle imprese se non consti l'autorizzazione di cui all'articolo 13.

4. L'IVASS, verificata l'iscrizione nel registro delle imprese, iscrive in un'apposita sezione dell'albo le imprese di assicurazione autorizzate in Italia e ne dà pronta comunicazione all'impresa interessata. Le imprese indicano negli atti e nella corrispondenza l'iscrizione all'albo.

5. L'IVASS determina, con regolamento, la procedura di autorizzazione, **inclusi l'aggiornamento degli importi previsti per il rilascio dell'autorizzazione** e le forme di pubblicità dell'albo.

5-bis. L'IVASS comunica all'AEAP ogni autorizzazione rilasciata ai fini della pubblicazione nell'elenco dalla stessa tenuto, con l'indicazione:

a) dei rami e dei rischi per i quali l'impresa è autorizzata;

b) dell'eventuale abilitazione ad operare negli altri Stati membri in stabilimento o in libera prestazione di servizi.

Commento:

Il primo requisito riguarda la forma (tipo sociale) che deve essere adottata per l'esercizio dell'impresa assicurativa.

In questa affermazione normativa vi è un primo elemento che caratterizza la società di assicurazione come società di diritto speciale.

Perché la scelta del legislatore è orientata ad ammettere solo le società di capitali (a responsabilità limitata)?

Poiché si ritiene che, in base a quelli che sono gli elementi costitutivi di una società per azioni, e quindi con

riferimento alle norme di tutela di capitale sociale, di tutela del patrimonio, di responsabilità degli amministratori, della presenza obbligatoria di organi di controllo, dell'assoggettamento del bilancio alla procedura di revisione e certificazione contabile, la forma di società per azioni e della società cooperativa per azioni e della società di mutua assicurazione garantisce il terzo contraente della compagnia di assicurazione. È del resto una scelta che non è circoscritta alla compagnia di assicurazione, ma anche una banca o una SIM non può essere costituita utilizzando un tipo delle società di persone proprio per le minori garanzie di patrimonio e capitale che caratterizzano queste forme societarie.

Commento b): la direzione generale e amministrativa dell'impresa richiedente sia stabilita nel territorio della Repubblica fermo restando comunque il principio della libera prestazione di servizi nell'ambito comunitario.

Commento c): Il significato di queste norme sta nel prevedere l'obbligo giuridico per le compagnie assicurative che deve essere assolto per ottenere l'iscrizione nell'albo e quindi per poter esercitare l'attività di impresa, ma anche durante l'esercizio dell'attività di impresa al fine di poter pagare i sinistri che si verificano.

Commento lettere successive:

Quel è la ratio di queste prescrizioni?

Per quanto riguarda gli amministratori si ritiene che non solo debbano avere requisiti di onorabilità, ma anche requisiti di professionalità (esercizio per 5 anni anche non consecutivi ruoli di amministrazione in società bancarie, finanziarie)

Anche i soci che detengono una partecipazione qualificata devono possedere requisiti di onorabilità e qualsiasi variazione delle partecipazioni qualificate devono essere comunicate all'organo.

Inoltre non vi devono essere situazioni di conflitto di interesse tra chi amministra la società e chi la possiede, proprio al fine di evitare che nelle situazioni di controversia prevalga l'interesse proprio e non quello della società.

Se manca uno solo dei requisiti l'autorizzazione non può essere concessa e di conseguenza non può essere esercitata l'attività di impresa.

Nel momento in cui l'organo di controllo accerta il sussistere dei requisiti necessari all'iscrizione nell'albo, la società viene iscritta nell'albo e da quel momento può iniziare ad esercitare l'attività di impresa assicurativa.

Norma di recente introduzione è la norma dell'articolo 14-bis.

Art. 14-bis (Programma di attività)

1. Il programma di attività di cui all'articolo 14, comma 1, lettera d), contiene informazioni supportate da idonea documentazione riguardanti:
 - a) la natura dei rischi o delle obbligazioni che l'impresa si propone di garantire;
 - b) se l'impresa intende assumere rischi in riassicurazione, il tipo di accordi che intende concludere con le imprese cedenti;
 - c) i principi direttivi in materia di riassicurazione e di retrocessione;
 - d) gli elementi dei fondi propri di base che costituiscono il minimo assoluto del Requisito Patrimoniale Minimo;
- e) le previsioni circa le spese d'impianto dei servizi amministrativi e dell'organizzazione della rete di produzione, i mezzi finanziari destinati a farvi fronte e, se i rischi da coprire sono classificati nel ramo 18 dell'articolo 2, comma 3, i mezzi di cui l'impresa di assicurazione dispone per fornire l'assistenza promessa.
2. Il programma contiene, oltre a quanto previsto al comma 1, per i primi tre esercizi sociali:
 - a) le previsioni di bilancio;
 - b) le previsioni del futuro Requisito Patrimoniale di Solvibilità, di cui al Titolo III, Capo IV-bis, Sezione I, sulla base delle previsioni di bilancio di cui alla lettera a), nonché il metodo di calcolo utilizzato per elaborare tali previsioni;
 - c) le previsioni del futuro Requisito Patrimoniale Minimo, di cui al Titolo III, Capo IV-bis, Sezione IV, sulla base delle probabili previsioni di bilancio di cui alla lettera a), nonché il metodo di calcolo utilizzato per elaborare tali previsioni;
 - d) le previsioni relative ai mezzi finanziari destinati alla copertura delle riserve tecniche e del Requisito Patrimoniale Minimo, di cui al Titolo III, Capo III e Capo IV-bis, Sezione IV, e del Requisito Patrimoniale di Solvibilità di cui al Titolo III, Capo IV-bis, Sezione I;
 - e) per quanto riguarda l'assicurazione danni, in aggiunta:
 - 1) le previsioni relative alle spese di gestione diverse dalle spese di impianto, in particolare le spese generali correnti e le provvigioni;
 - 2) le previsioni relative ai premi o ai contributi e ai sinistri;
 - f) per quanto riguarda l'assicurazione vita, anche un piano che esponga dettagliatamente le previsioni delle entrate e delle spese sia per le operazioni dirette e per le operazioni di riassicurazione attiva che per le operazioni di riassicurazione passiva.

Commento comma 1: Il significato di queste norme è quello di permettere l'esercizio di attività di impresa di assicurativa a quei soggetti che siano in grado di dimostrare di essere solvibili, sia al momento dell'iscrizione

all'albo, sia durante l'esercizio dell'impresa.

Comma 2: (leggere).

Articolo 16 e seguenti. (disciplina delle attività assicurative in ambito comunitario)

La previsione per quanto attiene l'adempimento dei principi comunitari di libera prestazione di servizi in ambito comunitario e di mutuo riconoscimento in ambito non comunitario, che le imprese di assicurazione deve innanzitutto essere autorizzata dal paese d'origine all'esercizio dell'attività assicurativa, ma può esercitare l'attività di impresa assicurativa anche in un qualsiasi stato membro (basta la comunicazione all'organo di controllo e vigilanza). Questo grazie al principio dell'*home country control*, che evita una moltiplicazione di controlli.

Diversa è la regolamentazione dell'esercizio di attività di impresa da parte di una compagnia di assicurazione che non ha sede in un paese membro:

- O costituisce una filiale in un paese comunitario
- O se opera solo tramite succursale allora sarà soggetta ad un doppio controllo.

Perché questo non succede con paesi comunitari?

Perché le norme sono norme sostanzialmente di analogo contenuto e che prevedono sostanzialmente gli stessi obblighi e prescrizioni a carico dell'impresa di assicurazione, in quanto sono norme di derivazione comunitaria (derivano dal recepimento di direttive comunitarie).

Articolo 29-bis.

Vi sono poi norme che attengono alla responsabilità del consiglio di amministrazione.

Attenzione! → Quanto prescritto nelle norme 29-bis e seguenti del codice delle assicurazioni, non esclude la responsabilità degli amministratori come disciplinata dalle norme del codice civile.

Si tratta quindi di norme che riguardano la responsabilità e il governo della gestione della società di assicurazione si aggiungono alle norme di diritto comune in materia di responsabilità e di struttura dell'organo di gestione delle imprese di assicurazione.

Sono quindi norme che si aggiungono alle norme civilistiche e non le sostituiscono.

L'articolo 29-bis è di recente introduzione.

ARTICOLO. 29-bis (Responsabilità del consiglio di amministrazione)

1. Il consiglio di amministrazione dell'impresa ha la responsabilità ultima dell'osservanza delle norme legislative, regolamentari e delle norme europee direttamente applicabili.

Commento: A prima impressione sembra che questa norma dica qualcosa di superfluo e scontato.

Qualsiasi amministratore di una società risponde in caso di inadempimento e di inosservanza delle norme e delle direttive comunitarie che riguardano l'esercizio della sua attività di impresa.

Perché quindi è stata inserita questa norma, in prima battuta superflua e ovvia?

La ratio della norma va rintracciata nella prescrizione normativa che prevede una responsabilità per l'osservanza di norme in materia di assicurazione, che è di un grado medio di osservanza, ancor più qualificato rispetto alla regola dell'osservanza delle norme riguardanti un qualsiasi altro tipo di società. (articolo 1176 C.C).

In sintesi: Ogni amministratore è tenuto a compiere la sua attività gestoria, non più secondo i criteri del buon padre di famiglia o del mandatario, com'era nel codice civile del 1942, ma sia per interventi giurisprudenziali, sia per interventi normativi sulla forma delle s.p.a., il grado medio di diligenza di un amministratore di società per azioni è calcolato e misurato con riferimento alla diligenza media degli amministratori di società per azioni, e tenuto conto degli specifici requisiti di professionalità che deve avere un amministratore di società per azioni.

Riferimenti alle norme civilistiche:

La norma dell'articolo 1176 nel primo comma dice che chi deve adempiere un'obbligazione nei confronti di un terzo la deve compiere con diligenza del buon padre di famiglia, ma se si tratta di un'obbligazione professionale allora, il secondo comma dell'articolo 1176 prevede una diligenza più qualificata, con riferimento, non a come si sarebbe comportato il buon padre di famiglia, ma di come si sarebbe comportato il professionista medio che opera nell'ambito di chi è tenuto all'adempimento dell'obbligazione.

Quindi la norma dell'articolo 1176 secondo comma prevede una diligenza qualificata e quindi un aggravamento della responsabilità quando si tratta di adempiere un'obbligazione professionale.

La norma 2380, con il primo comma, riferito agli amministratori di società, alza ulteriormente l'asticella. Non si accontenta di quanto previsto dal secondo comma dell'articolo 1176, ma fa riferimento all'amministratore medio di società per azioni, tenuto conto dei requisiti di professionalità.

[chiusa parentesi civilistica.]

Per quanto riguarda le imprese di assicurazione, l'obbligo di adempiere le norme legislative regolamentali europee in materie assicurative è un obbligo che va adempiuto, non solo con riferimento al secondo comma dell'articolo 1176, o con riferimento al primo comma dell'articolo 2380, il grado di osservanza delle norme in materie di assicurazione si sposta ancora verso l'alto → non è quindi sufficiente adempiere la prescrizione normativa con il criterio di diligenza dell'articolo 1176 secondo comma, articolo 2380 primo comma in materia degli amministratori di società, ma è necessaria un'ulteriore e ancor più qualificata diligenza e responsabilità e quindi un accertamento rigoroso in caso di inadempimento, per chi gestisce un'impresa di assicurazione.

Il significato di questa prescrizione va a indicare che la responsabilità con la quale deve essere adempiuto l'obbligo di osservare la legge è una responsabilità ancora più qualificata di quella che si richiede al professionista (1176, secondo comma), di quella che si richiede all'amministratore di società per azioni (2380, primo comma), ma è quella responsabilità che si richiama a chi avendo quei requisiti è membro di società di assicurazione.

Altra regola di diritto speciale riguarda il sistema di governo societario.

Per quanto previsto nel codice civile, la società può scegliere tra sistema tradizionale, monistico e dualistico. Vi sono dei principi per i quali la struttura organizzativa deve essere costituita in modo da poter verificare in qualsiasi momento che la attività gestoria sia correlata alla natura e alle dimensioni dell'impresa.

La norma prevede ulteriori obblighi, rispetto a quelli civilistici, per le imprese di assicurazione.

ART. 30 (Sistema di governo societario dell'impresa)

1. L'impresa si dota di un efficace sistema di governo societario che consenta una gestione sana e prudente dell'attività. Il sistema di governo societario è proporzionato alla natura, alla portata e alla complessità delle attività dell'impresa.
2. Il sistema di governo societario di cui al comma 1 comprende almeno:
 - a) l'istituzione di un'adeguata e trasparente struttura organizzativa, con una chiara ripartizione e un'appropriata separazione delle responsabilità delle funzioni e degli organi dell'impresa; b) l'organizzazione di un efficace sistema di trasmissione delle informazioni;
 - c) il possesso da parte di coloro che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo e di coloro che svolgono funzioni fondamentali dei requisiti di cui all'articolo 76; d) la predisposizione di meccanismi idonei a garantire il rispetto delle disposizioni di cui al presente Capo;
 - e) l'istituzione della funzione di revisione interna, della funzione di verifica della conformità, della funzione di gestione dei rischi e della funzione attuariale. Tali funzioni sono fondamentali e di conseguenza sono considerate funzioni essenziali o importanti.
3. Il sistema di governo societario è sottoposto ad una revisione interna periodica almeno annuale.
4. L'impresa adotta misure ragionevoli idonee a garantire la continuità e la regolarità dell'attività esercitata, inclusa l'elaborazione di piani di emergenza. A tal fine, l'impresa utilizza adeguati e proporzionati sistemi, risorse e procedure interne.
5. L'impresa adotta politiche scritte con riferimento quanto meno al sistema di gestione dei rischi, al sistema di controllo interno, alla revisione interna e, ove rilevante, all'esternalizzazione, nonché una politica per l'adeguatezza nel continuo delle informazioni fornite al supervisore ai sensi dell'articolo 47-quater e per le informazioni contenute nella relazione sulla solvibilità e sulla condizione finanziaria di cui agli articoli 47-septies, 47-octies e 47-novies e garantisce che ad esse sia data attuazione.
6. Le politiche di cui al comma 5 sono approvate preventivamente dal consiglio di amministrazione. Il consiglio di amministrazione riesamina le politiche almeno una volta l'anno in concomitanza con la revisione di cui al comma 3 e, in ogni caso, apporta le modifiche necessarie in caso di variazioni significative del sistema di governo societario.
7. L'IVASS detta con regolamento disposizioni di dettaglio in materia di sistema di governo societario di cui alla presente Sezione.

Articolo 37-ter.

ART. 37-ter

(Principio della persona prudente)

1. L'impresa investe tutti gli attivi, inclusi quelli che coprono il Requisito Patrimoniale Minimo e il Requisito Patrimoniale di Solvibilità, conformemente al principio della persona prudente, come specificato nei commi da 2 a 6, nonché dal regolamento dell'IVASS adottato in conformità con le disposizioni dell'Unione europea.
2. L'impresa investe tutti gli attivi:
 - a) in attività e strumenti dei quali possa identificare, misurare, monitorare, gestire, controllare e segnalare adeguatamente i rischi, e ne tiene opportunamente conto nella valutazione del fabbisogno di solvibilità globale ai sensi dell'articolo 30-ter, comma 2, lettera a).
 - b) in modo tale da garantire la sicurezza, la qualità, la liquidità e la redditività del portafoglio nel suo complesso;
 - c) localizzando le attività secondo criteri tali da assicurare la loro disponibilità.

3. L'impresa, in ogni caso, investe gli attivi assicurando che:

- a) gli investimenti in strumenti finanziari derivati contribuiscano ad una riduzione dei rischi o agevolino un'efficace gestione del portafoglio;
 - b) gli investimenti in attività non ammesse alla negoziazione su un mercato regolamentato siano mantenuti in ogni caso a livelli prudenziali;
 - c) gli investimenti siano adeguatamente diversificati in modo da evitare un'eccessiva dipendenza da una particolare attività, un particolare emittente o gruppo di imprese o una particolare area geografica, nonché l'accumulazione eccessiva di rischi nel portafoglio nel suo insieme;
 - d) gli investimenti in attività di uno stesso emittente o di emittenti appartenenti allo stesso gruppo, non determinino un'eccessiva concentrazione di rischi.
4. L'impresa può localizzare gli attivi anche al di fuori del territorio della Repubblica o degli Stati membri, nel rispetto del principio di cui al comma 2, lettera c).
5. L'IVASS, qualora l'impresa vanti crediti verso i riassicuratori o i retrocessionari aventi sede in uno Stato terzo il cui regime di solvibilità non sia ritenuto equivalente conformemente all'ordinamento comunitario, può richiedere all'impresa cedente di localizzare all'interno del territorio della Repubblica attivi di importo corrispondente ai suddetti crediti.
6. L'IVASS, qualora non abbia esercitato il potere di cui al comma 5, può chiedere alle imprese di assicurazione o di riassicurazione aventi sede in uno Stato terzo, il cui regime di solvibilità non sia ritenuto equivalente conformemente all'ordinamento comunitario, di costituire nel territorio della Repubblica garanzie reali a fronte dei propri impegni nei confronti di un'impresa italiana.

Commento: Minuto 0

Tutte queste prescrizioni (monitorare, gestire, ecc..) si intendono assolute se e in quanto vengono poi osservate le regole indicate successivamente.

Laddove vi siano scelte di investimento che comportano perdite di investimento determinata da una non sufficiente gestione del rischio, ciò si traduce in una responsabilità dell'?????????

Questa attività di monitoraggio delle scelte di investimento deve essere una scelta tale da garantire la sicurezza, la liquidità e la redditività del portafoglio nel suo complesso.

Il comma 3 è una norma restrittiva, perché da una parte il legislatore ammette che la compagnia di assicurazione possa investire il suo patrimonio in strumenti finanziari derivati, ma dall'altra dice che la scelta può cadere solo su quegli strumenti finanziari derivati che riducano il rischio o ne agevolino la gestione di portafoglio.

Si può investire in strumenti finanziari in mercati non regolamentati, ma in questo caso questi strumenti devono essere mantenuti i livelli prudenziali.

Un'altra regola è quella della diversificazione del rischio.

Queste norme non sono da interpretare come raccomandazioni dirette al consiglio di amministrazione quando bisogna seguire una particolare linea di investimento, ma sono obblighi comportamentali che se violati comportano responsabilità degli organi amministrativi e saranno sanzionabili dall'IVASS.

L'articolo 37-ter è una norma di diritto speciale nella misura in cui limita l'autonomia dell'organo amministrativo MINUTO 19.

La giurisprudenza pone a carico degli amministratori di qualsiasi S.p.A. di diritto comune le stesse norme.

Laddove si riscontri che una scelta di investimento con un rischio MINUTO 21

Il risarcimento del danno: laddove l'IVASS accerti che l'amministratore della compagnia abbia investito il patrimonio di quest'ultima non osservando i principi dell'articolo 37-ter e che questo sia accertato dal giudice, si chiuderà la vicenda con la sentenza del giudice che condanna l'amministratore a risarcire ????????

Se l'amministratore dimostra di aver rispettato i limiti indicati dall'articolo 37-ter e si dovessero verificare delle perdite patrimoniali, l'amministratore sarebbe sollevato dalla responsabilità.

Caso: un C.d'A. che aveva deciso di assumere una commessa (produzione di impianti industriali), l'acquisizione della commessa aveva causato delle perdite, in corso di realizzazione, tali da portare la compagnia al fallimento.

Gli amministratori vennero ritenuti responsabili, non per aver accettato la commessa, ma per la mancata valutazione del rischio dell'affare.

Articoli 68 e seguenti del codice delle assicurazioni. (prescrizioni che vincolano la qualità dello status di socio e le procedure di controllo IVASS).

La ragione di questo sistema di controllo va ricercata nell'evitare che soci MINUTO 34.

Queste norme vanno interpretate come norme che limitano la circolazione delle partecipazioni azionarie

qualificate delle compagnie

Art. 68

(Autorizzazioni)

1. L'IVASS autorizza preventivamente l'acquisizione, a qualsiasi titolo, in un'impresa di assicurazione o di riassicurazione di partecipazioni che comportano il controllo o l'acquisizione di una partecipazione qualificata, tenuto conto delle azioni o quote già possedute.

Commento: Nel caso delle compagnie di assicurazione, oltre a richiedere al socio i requisiti di onorabilità, occorre una preventiva autorizzazione dell'organo di vigilanza.

Chi intende acquistare una partecipazione in una compagnia di assicurazione e la partecipazione di per sé sia una partecipazione di controllo o lo può diventare sommando la partecipazione che si intende acquistare alle altre già possedute, prima dell'acquisto, esso deve essere approvato dall'organo di controllo.

La nozione di controllo qui indicata non è quella intesa dall'articolo 2359 del codice civile (che prevede più fattispecie di controllo: possesso azionario che identifica il controllo di diritto e il controllo di fatto, oppure attraverso un'influenza dominante, ad esempio per mezzo di vincoli contrattuali, esempio concessionaria automobilistica), ma è quella indicata dall'articolo 72 del Codice delle Assicurazioni.

2. L'IVASS autorizza preventivamente le variazioni delle partecipazioni nei casi in cui la quota dei diritti di voto o del capitale raggiunga o superi il 20 per cento, 30 per cento, o 50 per cento ed, in ogni caso, quando le variazioni comportano il controllo dell'impresa di assicurazione o di riassicurazione.

Sarà necessaria l'autorizzazione dell'IVASS ogni qualvolta la compagine sociale varia in base a tali percentuali.

2 bis. Ai fini dell'applicazione dei Capi I e II del presente Titolo, si considera anche l'acquisizione di partecipazioni da parte di più soggetti che intendono esercitare in modo concertato i relativi diritti sulla base di accordi in qualsiasi forma conclusi, quando tali partecipazioni, cumulativamente considerate, configurino una partecipazione ai sensi dei commi 1 e 2.

Se più soci di una compagnia di assicurazioni stipulano tra loro patti parasociali o accordi simili che portano a una partecipazione normata precedentemente, ci vuole la preventiva autorizzazione.

Ci si è interrogati se l'autorizzazione IVASS sia MINUTO 29 PARTE 2

La norma disciplina gli effetti del patto, ma il patto di sindacato in quanto tale in forza del quale i soci decidono alle condizioni e modalità previste nel patto di sindacato di votare in un determinato modo in assemblea, anche tale patto di sindacato deve essere autorizzato preventivamente dall'IVASS?

Sì, c'è chi ritiene che anche il patto di sindacato debba essere autorizzato dall'IVASS, poiché il patto di sindacato ha una funzione strumentale.

Altra tesi sostiene che MINUTO 34 PARTE 2

3. L'autorizzazione prevista dal comma 1 è necessaria anche per l'acquisizione del controllo di una società che detiene le partecipazioni di cui al medesimo comma. Le autorizzazioni previste dal presente articolo si applicano anche all'acquisizione, in via diretta o indiretta, del controllo derivante da un contratto con l'impresa di assicurazione o di riassicurazione o da una clausola del suo statuto.

4. L'IVASS individua, con regolamento i soggetti tenuti a richiedere l'autorizzazione quando i diritti derivanti dalle partecipazioni indicate nei commi 1 e 2 spettano o sono attribuiti a un soggetto diverso dal titolare delle partecipazioni stesse.

5. L'IVASS rilascia l'autorizzazione quando ricorrono condizioni atte a garantire una gestione sana e prudente dell'impresa di assicurazione o di riassicurazione, valutando la qualità del potenziale acquirente e la solidità finanziaria del progetto di acquisizione avuto riguardo anche ai possibili effetti dell'operazione sulla protezione degli assicurati dell'impresa interessata, sulla base dei seguenti criteri: la reputazione del potenziale acquirente, ivi compreso il possesso dei requisiti previsti ai sensi dell'articolo 77; il possesso dei requisiti previsti ai sensi dell'articolo 76 da parte di coloro che, in esito all'acquisizione, svolgeranno funzioni di amministrazione, direzione e controllo nell'impresa; la solidità finanziaria del potenziale acquirente; la capacità dell'impresa di rispettare a seguito dell'acquisizione le disposizioni che ne regolano l'attività; l'idoneità della struttura del gruppo del potenziale acquirente a consentire l'esercizio efficace della vigilanza; l'assenza di fondato sospetto che l'acquisizione sia connessa ad operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo.

5-bis. L'IVASS opera in piena consultazione con le altre Autorità competenti, nei casi in cui il potenziale acquirente sia

una banca, un'impresa di investimento o una società di gestione ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2009/65/CE autorizzato in Italia, ovvero uno dei soggetti di cui all'articolo 204, comma 1, lettere b) o c), ad essi relativi. Si applicano, in tali casi, le disposizioni di cui all'articolo 204, commi 1-bis e 1-ter.

6. Se alle operazioni di cui ai commi 1 e 3 partecipano soggetti appartenenti a Stati terzi che non assicurano condizioni di reciprocità, l'IVASS comunica la richiesta di autorizzazione al Ministro dello sviluppo economico, su proposta del quale il Presidente del Consiglio dei Ministri può vietare, entro un mese dalla comunicazione, il rilascio dell'autorizzazione.

7. L'IVASS può sospendere o revocare l'autorizzazione, tenuto conto delle partecipazioni acquisite o rafforzate per effetto di accordi di cui all'articolo 70 o di altri eventi successivi all'autorizzazione.

8. I provvedimenti che concedono, rifiutano, revocano o sospendono l'autorizzazione sono adeguatamente motivati e sono prontamente comunicati al richiedente e all'impresa interessata e sono quindi pubblicati nel Bollettino.

9. L'IVASS determina con regolamento le disposizioni di attuazione sulla base delle rilevanti disposizioni dell'ordinamento comunitario, e in particolare disciplina i criteri di calcolo dei diritti di voto rilevanti ai fini dell'applicazione delle soglie previste ai commi 1 e 2, ivi inclusi i casi in cui i diritti di voto non sono computati ai fini dell'applicazione dei medesimi commi ed i criteri per l'individuazione dei casi di influenza notevole.

Articolo 72.

L'articolo 72 del codice delle assicurazioni oltre a rimandare all'articolo 2359 del codice civile, introduce una norma di diritto speciale per quanto riguarda il controllo.

Art. 72

(Nozione di controllo)

1. Ai fini del presente titolo, il controllo sussiste anche con riferimento a soggetti diversi dalle società, nei casi previsti dall'articolo 2359, primo e secondo comma, del codice civile ed in presenza di contratti o di clausole statutarie che abbiano per oggetto o per effetto il potere di esercitare l'attività di direzione e coordinamento.

È pacifico che nella nozione di controllo dell'articolo 72 del codice delle assicurazioni rientrano le fattispecie di controllo descritte dall'articolo 2359 del codice civile, ma ad esso si aggiungono altre fattispecie di controllo sulla base di contratti o di clausole statutarie, attraverso le quali si esercita una attività di controllo sulla compagnia di assicurazione.

L'articolo 2497 MINUTO 5 PARTE 2

Nell'ipotesi di controllo dell'articolo 72, invece, se una società in forza di clausole contrattuali o statutarie è soggetta ad attività di direzione e di coordinamento da parte di un soggetto, quella partecipazione è una partecipazione di controllo anche se non riproduce le fattispecie indicate nell'articolo 2359.

Quindi il controllo si ha con:

- Maggioranza qualificata
- Maggioranza di fatto
- Influenza dominante
- Vincoli contrattuali o statutari.

2. Il controllo si considera esistente nella forma dell'influenza dominante, salvo prova contraria, allorché ricorra una delle seguenti situazioni:

a) esistenza di un soggetto che, sulla base di accordi, ha il diritto di nominare o revocare la maggioranza degli amministratori o del consiglio di sorveglianza ovvero dispone da solo della maggioranza dei voti ai fini delle deliberazioni relative alle materie di cui agli articoli 2364 e 2364-bis del codice civile;

Qui si può riconoscere l'espressione "influenza dominante" che pone il soggetto in grado di influenzare l'assemblea, anche senza avere partecipazioni di diritto o di fatto o di avere quella situazione di direzione e coordinamento di cui al primo comma.

Qui il sostantivo soggetto va inteso al plurale.

Quali sono gli accordi qui citati?

I patti parasociali, e in particolare quei patti parasociali previsti dalla norma civilistica che hanno per contenuto la nomina degli organi amministrativi (composizione della governance della società).

Pertanto se più soggetti vincolano le proprie partecipazioni in un patto di sindacato e si obbligano nel patto MINUTO 18 PARTE 2

- b) possesso di partecipazioni idonee a consentire la nomina o la revoca della maggioranza dei componenti dell'organo che svolge funzioni di amministrazione o del consiglio di sorveglianza;
- c) sussistenza di rapporti, anche tra soci, di carattere assicurativo, riassicurativo, finanziario e organizzativo idonei a conseguire uno dei seguenti effetti:
- 1) la trasmissione degli utili o delle perdite;
 - 2) il coordinamento della gestione dell'impresa con quella di altre imprese ai fini del perseguimento di uno scopo comune;
 - 3) l'attribuzione di poteri maggiori rispetto a quelli derivanti dalle partecipazioni possedute;

Vi possono essere delle clausole statutarie per cui un socio, indipendentemente dalla sua partecipazione, può avere il diritto di veto su alcune decisioni.

- 4) l'attribuzione a soggetti diversi da quelli legittimati, in base alla titolarità delle partecipazioni, di poteri nella scelta degli amministratori o dei componenti del consiglio di sorveglianza o dei dirigenti delle imprese;
- d) l'assoggettamento a direzione comune, in base alla composizione degli organi amministrativi o per altri concordanti elementi quali, esemplificativamente, legami importanti e durevoli di riassicurazione.

Tutte quelle condizioni che pongono un socio nella possibilità di influenzare le scelte della compagnia, tutte queste partecipazioni si ritengono qualificate e quindi ci vorrà l'autorizzazione da parte dell'IVASS.

Articolo 69.

Art. 69

(Obblighi di comunicazione)

1. Chiunque intende divenire titolare **di partecipazioni indicate** dall'articolo 68 in un'impresa di assicurazione o di riassicurazione ne dà comunicazione all'IVASS. Negli altri casi le variazioni delle partecipazioni sono comunicate quando il titolare ha superato, in aumento o in diminuzione, la misura stabilita con regolamento adottato dall'IVASS.
2. Le società fiduciarie, che intendono assumere a proprio nome partecipazioni che appartengono a terzi, comunicano all'IVASS le generalità dei fiducianti.

Norma fortemente ispirata al principio della trasparenza che non può essere mai pregiudicato da azioni di proprietà di terzi detenute da società fiduciarie.

Le società fiduciarie MINUTO 40 PARTE 2

Soprattutto negli anni passati il ricorso di trasferimento di quote a società fiduciarie era largamente praticato da quei proprietari di azioni che non volevano essere individuati come soci della società, in modo che a libro soci compaia la società fiduciaria e quindi tutti i doveri e diritti saranno esercitati dalla società fiduciaria dietro istruzioni del vero possessore delle quote.

Sulla base di questa regola si è via via costruito un sistema di convinzioni in forza del quale la società fiduciaria era esonerata dall'obbligo di comunicare a chicchessia il nome del possessore delle azioni basandosi sulla regola di riservatezza tra società fiduciaria e cliente (segreto fiduciario).

Questo andrebbe bene se non fosse che il segreto fiduciario NON esiste. È però talmente radicato il convincimento da rendere necessario l'intervento del legislatore che è intervenuto con una norma di legge che impone l'obbligo alle società fiduciarie di comunicare il nome del reale possessore delle azioni.

Chi intende acquistare partecipazioni di controllo, ma non vuole apparire come socio controllore, non può nascondersi dietro la società fiduciaria, ma se la partecipazione di controllo è detenuta da una società fiduciaria, questa ha l'obbligo di legge (Art. 69, comma 2) di comunicare all'IVASS il nome dell'effettivo proprietario.

Il trasferimento della partecipazione di controllo ad una società fiduciaria, quest'ultima deve immediatamente comunicare all'IVASS il nome del socio possessore delle quote.

Solo in caso di una vicenda (operazioni scudate) si prevede il diritto della società fiduciaria di non comunicare il nome del soggetto che ha fatto rientrare i capitali che aveva portato all'estero e allo stesso tempo prevede che l'autorità non abbia il diritto di conoscere il nome del cliente della fiduciaria.

3. L'IVASS, al fine di verificare l'osservanza degli obblighi indicati nel presente articolo, può chiedere informazioni, ordinare l'esibizione di documenti e il compimento di accertamenti ai soggetti comunque interessati.

4. L'IVASS, con regolamento, determina presupposti, modalità, termini e contenuto delle comunicazioni previste dai commi 1 e 2, anche con riguardo alle ipotesi nelle quali il diritto di voto spetta o è attribuito ad un soggetto diverso dal titolare delle partecipazioni.

Commento comma 4: Gli obblighi di informazione si estendono anche agli accordi di voto (sindacato di voto).

Vi è l'obbligo di comunicare all'IVASS se esistono sindacati di voto, chi ne prende parte e il regolamento del patto.

Se l'IVASS ritenesse che il patto pregiudichi la sana e prudente gestione della società, allora potrà opporsi e annullarlo.