

IL MERCATO DEL CREDITO E DELLA FINANZA: PIU' OMBRE CHE LUCI¹.

Sommario. **1. Il quadro evolutivo di riferimento:** il mercato del credito e la Riforma del T.U.B. (d. Lgs. 385/93), il mercato finanziario e la Riforma del T.U.F. (D. Lgs. 58/98). **2. Le Norme Bancarie Uniformi e lo jus variandi:** elementi di prevaricazione e vessazione. **3. Le soglie d'usura e le Commissioni di Massimo Scoperto:** l'esplosione delle CMS e la formula edulcorata del TEG. **4. Il collocamento degli Swap:** patologia dei comportamenti e debolezza dei presidi di vigilanza. **5. L'opera della Magistratura e gli interventi del legislatore:** interventi tardivi della Magistratura ed interventi ripristinatori del legislatore. **6. Sintesi e conclusioni.**

1. Il quadro evolutivo di riferimento.

Nel corso dell'ultimo ventennio il mercato creditizio e finanziario è stato interessato da radicali mutamenti evolutivi che si sono intrecciati e succeduti con rapidità nel tempo. Sia il settore del credito che quello della finanza hanno subito una trasformazione che non è fuori luogo definire epocale.

Il mercato del Credito. Con l'apertura al mercato internazionale, sospinti dal recepimento degli orientamenti comunitari, si è proceduto alla privatizzazione delle banche, avviata con la legge Amato del '90, all'adozione del modello di banca universale, nonché alla conseguente radicale revisione della legge bancaria.

In un breve volger di tempo il sistema bancario è passato da una concezione dirigistica curata dalla Banca d'Italia, ad una concezione fondata sul mercato: ad un'impostazione essenzialmente pubblicistica dell'attività bancaria, si è sostituita

¹ Intervento di apertura al Convegno sul tema "Risparmianti e Imprese: criticità nei rapporti bancari", organizzato dallo Studio Marcelli, con il patrocinio dell'Associazione Forense "Pietro de Ciccio" e del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Salerno, presso il Tribunale di Salerno il 3 luglio '09.

un'impostazione privatistico-imprenditoriale, incardinata sugli obiettivi del profitto e della massimizzazione del valore del patrimonio, con scarsi elementi di mediazione e temperamento con le esigenze di presidio e tutela dell'interesse pubblico sotteso all'intermediazione del risparmio.

La privatizzazione prima e le rilevanti concentrazioni bancarie poi, hanno costituito il necessario presupposto di un modello bancario efficiente e competitivo nel confronto internazionale.

Nel nuovo contesto regole di mercato, standardizzazioni e trasparenza delle condizioni contrattuali, sono venute a costituire gli unici presidi e tutele, condizionati per altro all'evoluzione ed emancipazione di operatori economici e risparmiatori.

Il passaggio sul piano giuridico è avvenuto in una forma ibrida: se nell'ambito della precedente legge bancaria del '36, la disciplina e il governo del credito poggiava quasi esclusivamente su provvedimenti amministrativi, con il nuovo T.U.B., si è predisposto un cospicuo impianto normativo primario, affiancato tuttavia da significative fonti normative secondarie (Tesoro e CICR), che hanno salvaguardato margini apprezzabili di discrezionalità amministrativa: la stessa generale formulazione delle finalità di vigilanza, previste dall'art. 5 del T.U.B., hanno conservato alla Banca d'Italia ampi spazi di intervento.

La legge sulla trasparenza bancaria e finanziaria del '92 ed il successivo T.U.B. del '93, dopo un lungo e travagliato iter legislativo, pur apportando, rispetto alla precedente disciplina, puntuali determinazioni dei rapporti, riproducevano tuttavia un assetto normativo giudicato dalla dottrina insoddisfacente sul piano della tutela della clientela bancaria. Rispetto all'originaria proposta di legge dell'On. Minervini - che imponeva alle banche l'obbligo di indicare il costo complessivo del credito attraverso un'unica aliquota percentuale, posticipata in ragione d'anno, la formale sottoscrizione del cliente e la modifica delle condizioni solo in specifici casi di mutamento delle condizioni di mercato - il testo di legge uscito dai lavori parlamentari, presentava indubbi elementi di squilibrio contrattuale. Né i poteri regolamentari attribuiti dal TUB alla Banca d'Italia, hanno consentito nel proseguo di temperare tali squilibri. Il potere contrattuale delle banche, nei rapporti con la propria clientela, è rimasto e talune palesi clausole vessatorie continuano ad essere riportate nei contratti, anche se in parte indebolite da successive leggi e più puntuali interventi della giurisprudenza.

L'assetto istituzionale che si è venuto determinando non ha mancato di riversare pregnanti riflessi nel mercato del credito e, più in generale, nello stesso sviluppo economico del paese.

Le politiche aziendali degli istituti di credito hanno sospinto e concentrato energie, risorse e obiettivi verso la crescita e il rafforzamento patrimoniale, tralasciando, trascurando e disattendendo anche elementari principi di equilibrio e trasparenza dei rapporti con la clientela.

Il nuovo modello di conduzione aziendale, incentrato sulla crescita dimensionale delle aziende di credito e rivolto esclusivamente agli obiettivi di efficienza organizzativa, produttiva ed economica, ha imbrigliato ed esautorato la discrezionalità dell'addetto ai rapporti con la clientela: il rispetto degli obiettivi di budget hanno fatto spesso premio sulle esigenze ed interessi della clientela. La fidelizzazione della clientela è stata perseguita e conseguita con lacci e laccioli che solo recentemente, a suon di provvedimenti legislativi, si viene tentando di sciogliere.

La rilevante funzione pubblica assolta dall'operatore bancario - nell'attività di raccolta del risparmio, di selezione ed erogazione del credito - se giustifica l'attenzione e protezione che leggi speciali riservano all'intermediario bancario, rende tuttavia, nel contempo più aberranti e deprecabili quelle scelte aziendali che, impiegando la posizione di privilegio normativo, condizionano e piegano all'interesse di bilancio dell'intermediario stesso, le esigenze e l'interesse del cliente, sia esso risparmiatore od imprenditore.

La tutela dell'utente bancario è risultata per lungo tempo pressoché assente, affidata quasi esclusivamente ad un assetto normativo, come detto, scarsamente equilibrato e trasparente.

L'Organo di Vigilanza, proteso a presidiare la stabilità dell'intermediario, ha esplicitato sostanziali interventi volti a rafforzare la patrimonializzazione degli intermediari bancari, ma ha rivolto deboli misure ed inefficaci richiami ad un più corretto e trasparente rapporto con il cliente: nel corso degli anni, nel *trade-off* efficienza/trasparenza, anche i rapporti con la clientela sono stati asserviti alla stabilità dell'intermediario, perseguita sul profilo economico, trascurando e logorando oltre misura il rapporto fiduciario banca-cliente, costruito nei decenni precedenti.

In questa fase di transizione del mercato sono emerse con maggiore evidenza carenze e contraddizioni. La coazione a ripetere schemi culturali pregressi ha spesso condotto ad interpretazioni ed applicazioni che disattendono fondamentali principi posti a tutela del risparmiatore.

Anche sul piano dell'efficiente allocazione del credito, incongruenze e discrasie gestionali hanno apprezzabilmente inciso sulla dimensione, natura e modalità dello sviluppo economico. Il 78% dei prestiti bancari si concentra nel 10% degli affidati, costituiti da grandi imprese che, per altro, producono la parte prevalente delle sofferenze.

Il mercato finanziario. Nel corso degli anni ottanta e novanta era venuto in parte meno il modello "bancocentrico" sul quale per oltre cinquant'anni si era fondato il trasferimento di risparmio dal principale generatore, le Famiglie, ai principali utilizzatori, prima lo Stato, con il suo enorme debito pubblico, poi le imprese. Accanto a quella del mercato del credito, a partire dagli anni novanta si è predisposta una sistematica disciplina del mercato finanziario, nel quale rimaneva tuttavia egemone l'opera delle banche. Le banche sono state in parte sostituite dal mercato al quale le Famiglie hanno trovato accesso, direttamente e attraverso nuovi soggetti istituzionali, SIM, SGR, - ahimè di derivazione bancaria - oltre a Fondi comuni e, da ultimo, Fondi Pensione, creati negli anni novanta.

Mentre le medie grandi imprese hanno potuto trovare direttamente sul mercato opportunità di reperimento di risorse finanziarie per i propri investimenti, le piccole imprese sono rimaste dipendenti, per le loro necessità, dal credito bancario.

In dieci anni il mercato delle obbligazioni è raddoppiato, la capitalizzazione di borsa è triplicata, il turnover del mercato azionario è aumentato di ben sei volte. Si è ampliata la gamma e la complessità dei servizi e degli strumenti offerti: accanto a quelli tradizionali (obbligazioni e azioni), l'offerta si è estesa ai fondi comuni, ai titoli indice, ai prodotti strutturati, agli *hedge*, ai derivati, ai prodotti assicurativi con contenuto finanziario.

D'altra parte, con la riconduzione del debito pubblico entro limiti definiti e, soprattutto con l'introduzione dell'Euro, si sono allentate le pressioni sul tasso d'inflazione e, di riflesso, sul tasso di interesse. I rendimenti a due cifre, tipici degli

anni settanta e ottanta, sono stati ricondotti rapidamente a valori assai modesti. Depurati dall'inflazione, i tassi sugli impieghi *free-risk* sono risultati prossimi allo zero: il rendimento dei BOT si è mantenuto assai prossimo al tasso d'inflazione. In tali circostanze l'acquisizione di un effettivo rendimento, il conseguimento di un rendimento reale, non può avvenire senza l'assunzione di rischio, tanto più esteso quanto più ambizioso è l'obiettivo dei risultati che si vuole conseguire nei propri impieghi finanziari.

Il popolo dei BOT è stato gradualmente iniziato al mercato, attraverso l'istituzione di intermediari che lo potessero supportare e attraverso il dispiego di un'estesa normativa volta sia a conseguire livelli di maggiore trasparenza dell'operatività sia a creare condizioni giuridiche di tutela di quella forma di risparmio che, nei documenti di studio dei primi anni novanta si definiva "risparmio inconsapevole", cioè quel risparmio gestito direttamente dal Settore Famiglia, poco emancipato, che poteva facilmente andare incontro a rischi impropri, derivanti da un'asimmetria informativa, in un mercato evoluto e sofisticato. Questo, per taluni aspetti, era un fenomeno tutto italiano, sia per la storica concentrazione del risparmio presso il Settore Famiglia, sia per l'assenza di investitori istituzionali, fondi comuni e fondi pensione, da decenni presenti in altri paesi europei.

Da qui l'esigenza di disporre di regole di mercato chiare e trasparenti ed un'opportuna tutela del piccolo risparmiatore che si è venuto affacciando sul mercato.

Nonostante l'estesa e puntuale normativa introdotta negli anni novanta, il risparmio della clientela *retail* non ha potuto beneficiare di un adeguato livello di tutela e protezione. I fatti intervenuti negli ultimi anni – si pensi ai casi di Cirio, Argentina, Parmalat – ma anche l'ampio contenzioso insorto nell'usuale attività dei servizi finanziari prestati dagli intermediari, *in primis* le banche, mostrano, in maniera evidente, il disagio e i danni subiti dai risparmiatori.

Le aule dei Tribunali sono piene di vertenze che coinvolgono per lo più piccoli risparmiatori che, ingenuamente – alla ricerca forse di quei rendimenti elevati che avevano caratterizzato il decennio precedente - sono stati indotti, spesso inconsapevolmente, ad impieghi ad elevato rischio.

Le attività finanziarie dei risparmiatori italiani sono per lo più posizionate sul risparmio amministrato: il risparmio gestito, dopo le scarse performance mostrate negli ultimi anni, è venuto assumendo una quota assai limitata nel portafoglio delle famiglie italiane.

In presenza di una cultura finanziaria assai limitata, dove l'emancipazione del risparmiatore italiano – a differenza di altri paesi – è ancora ad uno stadio embrionale, il ridimensionamento delle griglie di protezione del risparmiatore *retail*, che sembra prefigurare la nuova normativa finanziaria introdotta con la Mifid, rischia di minare ulteriormente la fiducia nei mercati e negli intermediari, già apprezzabilmente compromessa dai fatti intervenuti negli ultimi anni.

Si ha l'impressione che sia mancata a livello comunitario - in sede di stesura di Direttive e Regolamenti - un'adeguata rappresentanza delle peculiari esigenze italiane: di fatto ci troviamo imposta una normativa che mal si attaglia alla realtà italiana ed appare invece più rispondente ad una cultura anglosassone che per tradizione, storia e prassi regolamentare è più funzionale ad investitori istituzionali che ad investitori *retail*.

2. Le Norme Bancarie Uniformi e lo jus variandi

Il legislatore e la giurisprudenza si erano sempre mostrati in passato restii a censurare e limitare i comportamenti dell'operatore bancario, a rispetto e tutela della delicata funzione rivestita dall'intermediazione creditizia: sintomatico era l'impiego diffuso del generico rinvio agli usi di piazza, ampiamente tollerato e consentito nei contratti bancari sino al 1992.

Con la legge sulla trasparenza e, successivamente, con il Testo Unico Bancario si è operato un primo intervento volto a ricondurre l'operatività dell'intermediazione bancaria in una cornice normativa di maggiore equilibrio e trasparenza.

La nuova normativa bancaria ha tuttavia mancato di conseguire gli obiettivi che originariamente animavano i primi estensori del progetto di legge: al di là degli aspetti formali è stata frapposta, nei comportamenti, una sostanziale resistenza. Attraverso un impiego diffuso dello jus variandi, su contratti uniformi di adesione, predisposti dall'ABI, la posizione di dominanza dell'operatore bancario si è

protratta nel tempo, pregiudicando ed impedendo che si liberassero gradi di concorrenza a beneficio di prezzi e condizioni.

Si è venuti assistendo ad un diffuso e preordinato abuso del diritto: nel rispetto più o meno formale dei limiti di legge, si sono venuti a perseguire obiettivi del tutto difformi da quelli per i quali la legge ha riconosciuto speciali diritti.

Le Norme Bancarie Uniformi, adottate pressoché dalla totalità degli operatori bancari associati all'ABI, più che recepire prassi ed esigenze di mercato, sono venute imponendo vincoli e condizioni che, sedimentandosi nel tempo, hanno finito talvolta per determinare usi e consuetudini ad esclusivo favore dell'operatore bancario, risultando di fatto impedita ogni forma alternativa di contratto. Nonostante taluni modesti interventi di censura curati negli anni passati dalla Banca d'Italia, le indicazioni uniformi suggerite dall'ABI inducono significativi elementi di uniformità nell'offerta del servizio e apprezzabili limitazioni alla concorrenza, risultando completamente coartata la libertà negoziale dell'utente bancario.

L'istituto dello *jus variandi* – facoltà di modificare, in un rapporto contrattuale, le originarie condizioni normative ed economiche – è una possibilità riconosciuta alle banche dal T.U.B. (art. 118 Testo Unico Bancario D.Lgs. 1 settembre 1993 n. 385)

Il ricorso alla facoltà dello *jus variandi* per modificare unilateralmente tassi, prezzi e altre condizioni – sin'anche ad introdurre nuovi oneri e spese – è stato, per lungo tempo, ampiamente utilizzato dalle banche, determinando disagi nei confronti dei clienti.

Tale clausola, che presenta una chiara natura vessatoria, è stata consentita dal legislatore del T.U.B. del '93, in considerazione del particolare rilievo dei contratti di durata relativi a servizi bancari e finanziari, che necessitano di adeguarsi prontamente alle modifiche che intervengono sul mercato finanziario.

La Legge del 4/8/06 n. 248 (conversione del D.L. del 4/7/06 n. 223) è intervenuta a temperare talune incongruenze: l'art. 118 del T.U.B. è stato sostituito, prevedendo il giustificato motivo, la comunicazione scritta al cliente, il termine di 30 gg. di preavviso e il termine di 60 gg. per la facoltà di recesso senza oneri.

Certamente con la Legge n. 248/06 si sono introdotti un miglior equilibrio e una maggiore trasparenza nel rapporto tra banca e cliente: la previsione di un "giustificato motivo", esteso ad ogni elemento del contratto, può esercitare un

contenimento del ricorso ad arbitrarie modifiche delle condizioni di conto, senza tuttavia impedire i necessari adeguamenti alle mutevoli condizioni di mercato.

Le iniziative di autoregolamentazione e trasparenza promosse dall'ABI, si sono spesso risolte in enunciazioni e proclamazioni, con una scarsa incidenza nella cultura e negli atteggiamenti dei vertici bancari e nei rapporti quotidianamente intrattenuti con la clientela.

Tuttavia accadimenti di *mala gestio* bancaria, più frequentemente polverizzata, per piccoli importi, su un'ampia schiera di risparmiatori², richiedono, più sostanziali riequilibri dei rapporti cliente/banca: l'introduzione dell'azione collettiva³, *class action*, potrà costituire un primo significativo presidio alla corretta applicazione della norma.

Nelle attuali condizioni i margini di negoziazione per il cliente bancario permangono assai limitati, compresi fra un contratto uniforme di adesione e uno *jus variandi* al quale la banca ricorre più frequentemente di quanto risulterebbe giustificato dalle variazioni di mercato. Anche quando il cliente perviene a trattare - non la struttura del contratto bancario che rimane monoliticamente un contratto di adesione - ma la misura delle condizioni economiche del rapporto, si trova, all'indomani, modificati unilateralmente tasso, commissioni, oneri e spese concordati: in presenza di un'esposizione a debito, per lo più su un fido a revoca, le possibilità di recedere dal contratto e/o di impugnare modifiche contrattuali non adeguatamente giustificate si arrestano alla lettera della norma, risultando di fatto precluse.

Rimane infatti difficile e oltremodo oneroso per il cliente recedere dal contratto e trasferire il rapporto presso un'altra banca, soprattutto se questo è accompagnato dagli usuali servizi finanziari che spesso affiancano il conto corrente.

Mentre vengono minimizzati oneri e costi al momento dell'ingresso per attrarre la clientela, una volta estesa la rete di servizi - carta, domiciliazione utenze, titoli, ecc.. - viene praticato, in forza dello *jus variandi*, un innalzamento delle tariffe a cui la clientela, di norma, non può sottrarsi, a causa non solo degli elevati

² A fine 2008 i conti correnti in essere presso banche risultavano pari a circa 25 mil.ni, oltre a 5 mil.ni di conti aperti presso Bancoposta.

³ Quando un numero rilevante di persone viene danneggiato da uno stesso fatto illecito, l'azione collettiva - e il connesso istituto della conciliazione di massa - consentono di gestire unitariamente il ricorso alla giustizia e la ricerca di soluzioni negoziali, attraverso enti legittimati, con economia di costi ed evitando la proliferazione di vertenze giudiziarie per uno stesso oggetto.

costi, ma anche dell'assoluta incertezza sui tempi e modalità del trasferimento dei rapporti.

Di fatto si è determinata una notevole inerzia della clientela, che rimane sostanzialmente legata e vincolata alla propria banca, alla quale è rimesso un notevole potere di monopolio, ampiamente utilizzato nell'applicazione, ai servizi finanziari offerti, di tariffe che spesso si discostano apprezzabilmente dai costi.

Di converso si determina una barriera all'ingresso, per i nuovi operatori bancari, che vedono elevarsi i costi di acquisizione della clientela.

Il potere di monopolio, di cui la banca gode in presenza di vischiosità ed impedimenti alla concorrenza, è esteso ai vari servizi finanziari: in un intervento all'ABI (12/7/06) il Governatore della Banca d'Italia ha avuto modo di puntualizzare: *“Rimangono elevati i guadagni nella gestione del risparmio, in alcuni comparti del sistema dei pagamenti e nel credito al consumo, dove i prezzi rivelano minore permeabilità alla concorrenza”*.

L'esperienza ha spesso mostrato che interventi volti a favorire il mercato, dispiegano radicali effetti sul contenimento dei costi e l'efficienza stessa dei servizi: liberando meccanismi di selezione del mercato, la domanda si orienta là dove l'offerta è più efficiente; errori e disservizi, anziché scaricarsi sull'utente, vanno a colpire, attraverso l'emarginazione dal mercato, l'intermediario inefficiente e, in definitiva, i suoi azionisti.

Per lunghi anni si è perseguita la stabilità del sistema bancario prestando attenzione sovrana alla patrimonializzazione degli istituti di credito rimettendo, invece, a regole di comportamento e trasparenza la tutela del cliente utilizzatore dei servizi: le regole, tuttavia, si sono spesso rivelate carenti e insufficienti.

Sino ad oggi è stata pervicacemente protetta la funzione creditizia da un'eccessiva esposizione alla concorrenza nella convinzione, assai diffusa, che quest'ultima potesse ledere la stabilità del sistema. Questo ha indotto, per molti anni, l'autorità monetaria a tenere un atteggiamento di estrema cautela, privilegiando la redditività delle banche per i positivi riflessi di stabilità. Ne ha sofferto il rapporto costo/qualità dei servizi che un mercato più libero andrebbe a comprimere a tutto vantaggio degli utilizzatori: le banche beneficiano ancora di una sorta di rendita di posizione attraverso un'articolata rete di impedimenti che, di fatto, ingessa il mercato, impedendo che si esplicino concorrenza e selezione.

3. Le soglie d'usura e le Commissioni di Massimo Scoperto.

Quando poi il legislatore del '96 ha posto limiti operativi e presidi penali ai tassi bancari di remunerazione del credito, grazie anche a provvedimenti amministrativi di dubbia chiarezza, si è potuto liberamente operare con forme surrogatorie di remunerazione, per lo più riconducibili alle Commissioni di Massimo Scoperto, oltre ad una proliferazione di spese di dubbio contenuto.

La chiara ed inequivocabile formulazione dei limiti dell'usura, introdotta dalla legge 108/96, è risultata completamente stravolta nella pratica operativa, sino a prevedere una Commissione soglia, distinta e separata dalla soglia d'interesse, come se i due oneri non attenessero congiuntamente allo stesso credito.

La Commissione di Massimo Scoperto sarebbe rimasta presumibilmente relegata a parte, congiuntamente agli oneri minori, se non fosse intervenuta la legge 108/96 a porre rigide limitazioni ai tassi di interesse. Costrette nei vincoli delle soglie d'usura, le banche hanno impiegato i gradi di libertà operativa loro offerti dalle istruzioni della Banca d'Italia per la rilevazione dei tassi ai fini della determinazione delle soglie d'usura, per riversare nella CMS, margini di crescita degli interessi che avrebbero debordato i vincoli di legge.

Tradizionalmente applicata, per aliquote prossime allo 0,125% ed ad una ristretta compagine di conti affidati, successivamente alla legge sull'usura, la CMS è stata estesa alla generalità dei conti, affidati o meno, per aliquote frequentemente decuplicate.

Nel volger del tempo le banche hanno innalzato l'aliquota, dall'usuale valore dello 0,125% (l'ottavo) trimestrale, sino a valori che, nei limiti di soglia, hanno toccato l' 1,26% trimestrale. In presenza di tassi di mercato in flessione, si è determinata una marcata incidenza di tale componente nel costo complessivo del credito: nei valori medi rilevati nelle aperture di credito, il rapporto CMS/Interessi è passato da valori inferiori al 5% all'inizio degli anni '90, al 16% nel '97 e al 30% nel '09.

La Commissione di Massimo Scoperto è così venuta gradualmente a costituire una insidiosa voce di costo, apprezzabilmente lievitata in questi ultimi anni, sia nella dimensione sia nella diffusione alla generalità dei conti che presentano anche un accidentale scoperto.

Il meccanismo di calcolo impiegato per le CMS presenta rilevanti aspetti di iniquità, potendo indurre – in conseguenza della fisiologica accidentalità negli addebiti e rimesse che caratterizzano i flussi di cassa di un operatore economico - gravosi e diffusi oneri, che trovano una scarsa giustificazione nei costi sopportati dall'intermediario bancario per il servizio prestato.

Il recente intervento del legislatore sulla disciplina della Commissione di Massimo Scoperto, operato con l'art. 2 bis della legge n. 2/09, pur enucleando le forme estreme di iniquità della Commissione, ne radicalizza, anziché rimuovere, l'uso diffuso.

L'art. 2 bis della legge n. 2/09, nell'articolato quanto contorto testo approvato, più che una ponderata mediazione fra stabilità dell'intermediario e tutela del cliente, sembra esprimere un sofferto confronto fra rapporti di forza: negli aspetti sostanziali non risulta scalfita la posizione dominante dell'operatore bancario nel rapporto negoziale con il cliente, che al contrario si consolida con l'introduzione della liceità di forme surrettizie di remunerazione, avulse da concrete giustificazioni di servizio e in deroga ai principi contenuti negli artt. 820 e 821 c.c., che vincolano i frutti alla durata e all'importo effettivo del capitale prestato al cliente.

Così la prassi delle Commissioni sul Massimo Scoperto, a cui non corrisponde alcun sostanziale servizio che ne giustifichi la significativa incidenza sul costo del credito, sistematicamente applicata alla generalità dei conti e che consente alle banche di drenare dai conti dei clienti ingenti risorse economiche, viene consentita e, con un passaggio di legge, diviene legittima e non più censurabile dalla Magistratura. La circostanza ricorda d'appresso le vicende che hanno portato nel '00 alla restaurazione dell'anatocismo trimestrale.

Nello scorso mese di giugno le banche hanno provveduto a comunicare alla clientela le nuove commissioni di fido, che, nella variegata terminologia impiegata, si attestano, in taluni casi, sino allo 0,90% trimestrale, 3,75% in ragione d'anno. Un "balzello" di tale misura, praticato ancor prima dell'erogazione del credito, all'atto della concessione di un fido revocabile unilateralmente in qualunque momento, palesa un'estrema vessazione, tanto più aberrante se si considera che l'Euribor si attesta nell'intorno dell'1%; assai debole appare l'intervento calmieratore operato con il D.L. "anticrisi" che ha ricondotto al 2% la percentuale annua massima di commissione. In Francia, dove viene impiegata un'analogha commissione sul

massimo scoperto, la misura media comunicata dalla Banca di Francia lo scorso 30 giugno '09, è risultata dello 0,06% mensile, corrispondente allo 0,7% annuale, contro un valore dello 0,65% trimestrale, corrispondente al 2,6% annuale, comunicato negli stessi giorni dalla Banca d'Italia.

Nel comparto del credito l'unificazione del mercato e la libera concorrenza, sono rimaste arretrate, da lungo tempo, alle dichiarazioni di intento della Banca d'Italia: la stabilità e solidità del sistema bancario italiano appare fondata più su tali forme di balzelli imposti a risparmiatori ed operatori economici, che sui margini di efficienza acquisiti con la crescita dimensionale.

Nel 2° comma dell'art. 2 bis della legge n. 2/09 si prevede finalmente l'inclusione delle CMS nella verifica della soglia d'usura. Ma le nuove disposizioni per la rilevazione del TEG - poste in consultazione dalla Banca d'Italia - in luogo della tradizionale modalità di calcolo (TAEG), già impiegata nella rilevazione dei tassi attivi delle banche:

TAEG	$\frac{(\text{Interessi} + \text{Oneri}) \times 36.500}{\text{Numeri debitori}}$
-------------	--

riportano la formula del TEG, già utilizzata nelle precedenti Istruzioni alle Banche per la rilevazione della soglia d'usura:

TEG	$\frac{\text{Interessi} \times 36.500}{\text{Numeri debitori}} + \frac{\text{Oneri} \times 100}{\text{Accordato}}$
------------	--

Tale aspetto non è trascurabile. Il TEG così determinato non può rappresentare una misura finanziariamente corretta del costo del credito: permarrà un divario fra il costo del credito calcolato sulla base di corretti principi finanziari (TAEG) e il costo del credito misurato con la singolare formula del TEG.

La Direttiva CEE, relativa ai contratti di credito al consumo riporta esclusivamente la prima formula, né risulta che altri paesi della Comunità facciano uso di formule ibride di questo tipo. La Banca d'Italia non ha fornito una illustrazione delle motivazioni che l'hanno indotta a discostarsi da ordinari principi finanziari.

La singolare formula indicata dalla Banca d'Italia presenta fuorvianti improprietà tecniche: non vi è alcun principio della scienza finanziaria e/o statistica

che possa supportare logicamente la somma di due aggregati aventi basi diverse. Oggetto della rilevazione è il costo del credito, non il costo del fido accordato: sommare, in luogo dei due ammontari addebitati, i rispettivi rapporti, il primo al credito e il secondo al fido, fornisce un valore privo di senso, non avendo un contenuto di sintesi informativa né per l'uno né per l'altro⁴.

Questo aspetto non appare affatto trascurabile ed è suscettibile di interferire apprezzabilmente nelle scelte strategiche di determinazione delle condizioni di conto che adotteranno le banche.

Sia per il cliente che per la banca, più che il TEG, assume un rilievo assorbente il valore del TAEG, che costituisce specularmente per l'uno il costo per l'altra il ricavo.

A parità di costo del credito (TAEG), il TEG risulterà apprezzabilmente più basso a seconda della quota interessi e della quota CMS che lo compongono: l'intermediario bancario, attraverso una calcolata modulazione delle condizioni contrattuali, disporrà di margini non trascurabili per accrescere il costo del credito entro i limiti di TEG riveniente dai calcoli della Banca d'Italia.

Il divario fra costo effettivo del credito e misura del TEG che si può determinare nella generalità dei casi, non è affatto trascurabile e in taluni casi, non del tutto infrequenti, può assumere valori multipli del TEG.

Con l'esplicita previsione legislativa delle CMS, congiuntamente al costruito metodologico proposto dalla Banca d'Italia, si viene di fatto a consentire alle banche di praticare condizioni di usura pur restando entro i limiti di legge. Modificando il metro di misura l'usura bancaria viene compresa nei limiti di legge: come dire che, utilizzando un diverso metro di misura, anche i corazzieri presentano un'altezza inferiore a un metro⁵.

⁴ La formula è già impiegata nell'Indicatore Sintetico di Costo (ISC) previsto, per gli affidamenti in conto corrente, nel foglio informativo e nel documento di sintesi. Nell'Allegato 5 al documento sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, si riportano alcuni esempi di calcolo dell'ISC che – seguendo la formula sopra menzionata – per un utilizzo di circa € 1.000 per un mese, esprimono un valore del 14% e del 16% annuo, ottenuti semplicemente sommando rapporti del tutto disomogenei tra loro, basati su importi addebitati al termine del trimestre rispettivamente per € 109,3 e per € 160,7 : tali percentuali non hanno alcun senso e non esprimono alcun valore informativo sull'effettivo costo del credito, che risulta invece apprezzabilmente più alto.

⁵ A tale aspetto si è già riferito il Garante della Concorrenza e del Mercato, nella segnalazione al Parlamento e al Governo, effettuata il 2/2/09 all'indomani della legge n. 2/09: "(...) *la trasparenza dal lato della domanda richiede un'attenta analisi di come le commissioni applicate in presenza della mera disponibilità di somme di denaro e/o effettivo uso di queste ultime, anche alla luce dei*

La legge 108/96 non indica i criteri di calcolo, così come non individua i parametri qualificanti le categorie di rilevazione, rimessi alla valutazione dell'Autorità amministrativa.

Con la metodologia di calcolo proposta dalla Banca d'Italia assumono rilievo e concretezza le perplessità e critiche, che ravvisano circostanze di una norma penale in bianco, in considerazione di valutazioni che, travalicando ordinari principi di matematica finanziaria, vengono ad assumere un pregnante carattere discrezionale⁶.

I bilanci degli intermediari bancari evidenziano come i ricavi si sono progressivamente spostati dagli interessi in senso stretto alle commissioni e spese

cambiamenti derivanti dall'articolo 2 bis del d.l. 185/2008, così come convertito dalla legge n. 2/2009, incidano nella definizione degli effettivi costi a carico dei clienti in termini di tassi effettivi applicati. Per altro verso, appare apprezzabile che l'articolo 2 bis del d.l. 185/2008 introduca una disciplina di raccordo, computando le commissioni ivi disciplinate anche ai fini della determinazione dei tassi usurari. L'incidenza della nuova disciplina sui costi effettivi sostenuti dalla clientela e sulla definizione dei tassi usurari rende ancora più importante l'introduzione di un chiaro ed unico indicatore sintetico che riunisca le diverse voci di spesa a carico del cliente che vada in scoperto. Ciò al fine di consentire alla clientela un'immediata e chiara percezione del prezzo complessivo dei servizi bancari, necessaria per confrontare tra loro le diverse offerte presenti sul mercato, nonché per rapportare il prezzo rispetto al livello dei tassi individuati come usurari. Questo cruciale aspetto di trasparenza non appare direttamente interessato dal nuovo testo normativo".

⁶ Autori diversi hanno sollevato critiche e perplessità, ravvisando le circostanze di una norma penale in bianco, in quanto il decreto ministeriale che completa la legge non assume esclusivamente una valenza tecnica, ma ha anche un carattere discrezionale. "Dalla cospicua giurisprudenza costituzionale in materia di riserva di legge e norma penale in bianco, emerge il principio in base al quale il totale rinvio al regolamento o all'atto amministrativo da parte della legge penale, ai fini della individuazione degli elementi essenziali del fatto tipico, determina una palese violazione del principio costituzionale della riserva di legge in materia penale e tale affermazione non investe solo i casi in cui il soggetto attivo sia determinato per rinvio ad una fonte secondaria, ma anche le fattispecie, di gran lunga più numerose, nelle quali è la condotta ad essere individuata per relationem con rinvio ad una fonte regolamentare amministrativa" M. Fedele, Tasso soglia ex l. 108/96 e interessi moratori, profili penali. Cfr. sul tema G. Vicicone, Nuovi orientamenti della Corte Costituzionale sulla vecchia questione delle norme "in bianco", in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1991; G. Sellaroli, Riflessi penali della giurisprudenza civile; F. Mucciarelli, Commento alla legge 108/96.

Sul tema è intervenuta nel 2003 la Cassazione che ha respinto l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 644 c.p. per violazione dell'art. 3, 25 e 41 della Costituzione in quanto ha ritenuto che la legge 108/96 fissa "limiti e criteri analitici e circoscritti al punto da rappresentare vincoli sufficienti a restringere la discrezionalità della pubblica amministrazione nell'ambito di una valutazione strettamente tecnica e, come tale, da ritenersi idonea a concorrere, nel pieno rispetto del principio della riserva di legge in materia penale, alla precisazione del contenuto della norma incriminatrice".

Tuttavia non sembra che le perplessità al riguardo siano state fugate dalla sentenza: gli interventi a modifica dei criteri di calcolo sono risultati frequenti e significativi.

per i servizi prestati: tra questi vi sono le CMS, apprezzabilmente incrementatesi nel corso di pochi anni.

La legge 108/96 ha modificato sostanzialmente il concetto di usura: in una nuova e più ampia accezione si è inteso presidiare, oltre alle forme classiche in cui si esplicita il fenomeno, anche forme di usura che perseguono, attraverso l'esercizio legale del credito, interessi diversi e opposti al progresso dell'economia nazionale⁷.

Non si può ritenere che esigenze di mercato e di equilibrio del credito possano giustificare interferenze che travalicano il dettato legislativo e, attraverso forme lasche di definizione del costo del credito, vengano a depotenziare sostanzialmente i principi stessi della legge.

Se il Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze continuerà a riportare la menzionata previsione: *“le banche e gli intermediari finanziari al fine di verificare il rispetto del limite di cui all'art. 2, comma 4, della legge 7 marzo 1996, n. 108, si attengono ai criteri di calcolo delle istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura, emanate dalla Banca d'Italia”*, per la verifica del rispetto dell'art. 644 c.p., le banche non impiegheranno il classico e tradizionale rapporto costo/credito, bensì la somma dei rapporti: interessi/credito + CMS/fido, con tutti i gradi di libertà operativa che tale originale definizione consente.

A parità di importo addebitato al termine del trimestre, la presenza o meno dell'usura dipenderà dalla natura degli addebiti effettuati dalla banca. Quest'aspetto non mancherà di sollevare, in chiave giuridica, dubbi e perplessità, con i conseguenti riflessi nei ricorsi alla Magistratura.

4. Il collocamento degli Swap.

Assai emblematiche sono state le vicende che hanno caratterizzato il diffuso collocamento di Swap presso imprese ed Enti territoriali.

Le Autorità di Vigilanza hanno seguito, monitorato e rilevato il fenomeno, individuando gli elementi di patologia e criticità che venivano emergendo. Sono risultati tuttavia assenti interventi efficaci, pronti e mirati a circoscrivere e limitare

⁷ *“(...) giacché accanto alla protezione del singolo, vengono senz'altro in gioco anche – e forse soprattutto – gli interessi collettivi al corretto funzionamento dei rapporti negoziali inerenti alla gestione del credito e alla regolare gestione dei mercati finanziari.”* (C. Cass. Sez. Pen. n.20148/03).

il fenomeno al suo primo manifestarsi, prima che si estendesse ad un ampio arco di operatori economici.

Numerose imprese ed Enti locali, che hanno subito il collocamento di prodotti finanziari complessi, speculativi e non idonei ai loro profili di rischio, vengono patendo conseguenze economiche di ragguardevole dimensione, per la sola circostanza che non essendo “operatori qualificati” non erano in grado di vagliare ed assumere consapevolezza dei rischi insiti negli swap che la banca veniva loro proponendo.

Nell’indagine condotta presso gli intermediari finanziari operanti in derivati, nel riscontrare termini e modalità di collocamento non propriamente rispondenti ai principi di diligenza e correttezza stabiliti dal TUF, D. Lgs. n. 58/98, già evidenziati dalla Consob, la Banca d’Italia, nella cornice dei compiti istituzionali che le attribuisce il TUB, D. Lgs 385/93 e TUF, D. Lgs 58/98, si è limitata ad esprimere un giudizio di preoccupazione, esclusivamente attento e rivolto alla stabilità degli intermediari e del mercato: “... *l’evoluzione delle tipologie contrattuali ha determinato per le banche un’accentuazione dei rischi di controparte e l’emersione di ulteriori rischi, non tradizionali e difficilmente quantificabili, come quelli legali e reputazionali, che possono compromettere il legame fiduciario con la clientela con pesanti riflessi sul valore aziendale.*”. E avverte l’esigenza di raccomandare: “... *al fine di prevenire potenziali effetti negativi connessi allo sviluppo dei mercati dei derivati, è necessario che la vendita dei contratti si rivolga a soggetti debitamente qualificati e si realizzi attraverso un elevato livello di trasparenza informativa, elemento cruciale per garantire la piena rispondenza dei prodotti collocati alle esigenze e ai profili di rischio delle controparti*”. (Audizione Camera Deputati 6/11/07).

Gli interventi presso gli intermediari della Banca d’Italia risultano limitati e circoscritti all’ambito ristretto, individuato dall’art. 5 del TUF con riguardo al “contenimento del rischio e alla stabilità patrimoniale” e con riguardo alla “sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all’efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all’osservanza delle disposizioni in materia creditizia”.

I fatti e le circostanze che hanno caratterizzato il diffuso fenomeno del collocamento degli swap e le posizioni assunte dalla Banca d’Italia, sembrano delineare un quadro di riferimento nel quale risparmiatori ed imprese trovano spazi

di tutela solo nella misura in cui questa è funzionale alla stabilità degli intermediari e del mercato. Di riflesso comportamenti che, occultando od eludendo norme poste a tutela di risparmiatori e imprese, portino beneficio agli intermediari, non risultano essere rilevati e censurati dalla Banca d'Italia secondo un'interpretazione, che rimetteva esclusivamente tali compiti alla Consob, precedentemente al D.Lgs 164/07.

La correttezza e regolarità dei rapporti con la clientela sembrano rientrare nell'attenzione della Banca d'Italia solo indirettamente, nella misura in cui comportano rischi legali o reputazionali e coinvolgono il rischio di controparte o la sana e prudente gestione delle aziende.

Ma il rischio di controparte, il rischio legale e il rischio reputazionale vengono spesso valutati dalle Banche con gli ordinari principi aziendali, informati esclusivamente ai criteri di costi/benefici, senza alcun temperamento e limitazione imposti dai più generali principi di tutela del risparmio e di sviluppo economico.

In un ristretto ambito di politica aziendale, i criteri di costi/benefici inducono a sospingere i rischi legali e reputazionali almeno sino a quando i riflessi economici delle vertenze giudiziarie e dei danni di immagine non sopravanzano i benefici economici che gli intermediari traggono dalle aggressive strategie di comportamento nel collocamento di prodotti derivati.

I margini acquisiti all'attivo con l'operatività in derivati, hanno compensato in ampia misura i rischi legali e reputazionali in cui sono incorsi taluni intermediari bancari.

Le sanzioni, comminate nell'agosto del '07 dalla Consob ad un primario Gruppo bancario operante nei derivati, seppur di importo assoluto apprezzabile, costituiscono una quota assai modesta dei benefici acquisiti al bilancio dello stesso attraverso le campagne di collocamento effettuate presso imprese ed Enti locali.

Sorge evidente il conflitto fra obiettivi di efficienza aziendale e obiettivi di interesse pubblico, con rilevanti margini di pregiudizio per la tutela del risparmio e per lo sviluppo economico, relegati ad un ruolo ancillare, rimesso in prima istanza esclusivamente all'etica dei comportamenti.

Se alla Banca d'Italia il T.U.F., D. Lgs n.58/98 attribuisce compiti attinenti il contenimento del rischio e la stabilità patrimoniale degli intermediari, alla Consob vengono assegnati pregnanti competenze in materia di trasparenza e correttezza dei comportamenti degli stessi. Nelle successive integrazioni al TUF,

che si sono succedute negli ultimi anni, alla Consob risultano attribuiti, con l'art. 187 *octies*, poteri di intervento assai incisivi, sul piano "istruttorio" e "correttivo".

Tuttavia anche la Consob, nonostante le puntuali analisi, denunce e raccomandazioni rappresentate per tempo nelle varie sedi, non ha espresso tempestivi interventi atti ad evitare che ad un'ampia platea di imprese ed Enti locali, con l'accorgimento dell'autocertificazione di "operatore qualificato", venisse preclusa la griglia di presidi posti dal T.U.F. a tutela del contraente debole.

L'impiego distorto dell'autocertificazione di operatore qualificato è sintomatico di una cultura ancora radicata e diffusa che abusa del ruolo speciale, riservato all'operatore bancario, a danno di valori costituzionalmente protetti: l'esigenza e l'interesse del cliente, sia esso risparmiatore od operatore economico, risultano pesantemente condizionati dall'interesse particolare dell'intermediario.

La patologia di comportamenti emersa nel fenomeno dei derivati, con la sua ampia diffusione e dimensione, ha ulteriormente palesato ambiti di presidio e tutela nei quali gli Organi di Vigilanza sono apparsi operativamente poco coordinati e scarsamente incidenti nel prevenire, correggere e rimuovere tempestivamente comportamenti che hanno dispiegato un ampio pregiudizio alla tutela dell'investitore e dell'operatore economico.

Carenze e lacune non sono sfuggite al legislatore. Il D. Lgs 164/07 ha integrato e qualificato gli obiettivi della Vigilanza previsti dall'art. 5 del TUF⁸,

⁸ D.Lgs. 164/07 Art.. 2. *Modifiche alla parte II, titolo I, capo I, del TUF*

1. L'articolo 5 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e' modificato come segue:

a) i commi 1, 2, 3 e 4 sono sostituiti dai seguenti:

« 1. La vigilanza sulle attività disciplinate dalla presente parte ha per obiettivi:

- a) la salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario;
- b) la tutela degli investitori;
- c) la stabilità e il buon funzionamento del sistema finanziario;
- d) la competitività del sistema finanziario;
- e) l'osservanza delle disposizioni in materia finanziaria.

2. Per il perseguimento degli obiettivi di cui al comma 1, la Banca d'Italia e' competente per quanto riguarda il contenimento del rischio, la stabilità patrimoniale e la sana e prudente gestione degli intermediari.

3. Per il perseguimento degli obiettivi di cui al comma 1, la Consob e' competente per quanto riguarda la trasparenza e la correttezza dei comportamenti.

4. La Banca d'Italia e la Consob esercitano i poteri di vigilanza nei confronti dei soggetti abilitati; ciascuna vigila sull'osservanza delle disposizioni legislative e regolamentari secondo le competenze definite dai commi 2 e 3.»;

b) dopo il comma 5, sono inseriti i seguenti:

esplicitando nuovi aspetti che, di concerto, coinvolgono maggiormente gli Organi di Vigilanza nella specifica tutela del risparmiatore.

Le modifiche del T.U.F. sono state accompagnate, nelle dichiarazioni del Governatore Draghi, da una rivisitazione interpretativa dell'art. 5 del T.U.B. che presta una maggiore attenzione e centralità al fruitore dei servizi bancari: il menzionato articolo, pone tra le finalità della Vigilanza - accanto alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario - l'osservanza delle disposizioni in materia creditizia.

Significativa ed apprezzabile è la presa di posizione del Governatore, ancorché si manifesti tardivamente e, sopra tutto, evidenzi margini di intervento, consentiti dall'art. 5 del T.U.B., che si è omesso di esperire con determinazione in precedenza.

5. L'opera della Magistratura e gli interventi del legislatore.

In attesa che il nuovo quadro di riferimento venga a dispiegare compiutamente interventi preventivi e comunque tempestivi, la tutela dell'investitore continua ad essere rimessa sostanzialmente all'Autorità giudiziaria.

Nel corso dell'ultimo decennio la cura e l'attenzione mostrata dalla giurisprudenza all'equilibrio e correttezza dei rapporti fra banca e cliente si è apprezzabilmente accresciuta.

Nonostante i numerosi interventi delle Supreme Corti, che sotto i più variegati aspetti hanno portato chiarezza e trasparenza nella corretta applicazione del Testo Unico Bancario, permangono diffusi comportamenti di scarso rispetto

«5-bis. La Banca d'Italia e la Consob, al fine di coordinare l'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza e di ridurre al minimo gli oneri gravanti sui soggetti abilitati, stipulano un protocollo d'intesa, avente ad oggetto:

- a) i compiti di ciascuna e le modalità del loro svolgimento, secondo il criterio della prevalenza delle funzioni di cui ai commi 2 e 3;
- b) lo scambio di informazioni, anche con riferimento alle irregolarità rilevate e ai provvedimenti assunti nell'esercizio dell'attività di vigilanza.

5-ter. Il protocollo d'intesa di cui al comma 5-bis e' reso pubblico dalla Banca d'Italia e dalla Consob con le modalità da esse stabilite ed e' allegato al regolamento di cui all'articolo 6, comma 2-bis.».

delle norme che presiedono i rapporti fra operatori bancari e clientela, famiglie, imprenditori e società.

Nei meandri specialistici della materia e nell'articolata normativa che, accanto a principi generali sanciti da leggi e Direttive comunitarie, affianca poderosi regolamenti applicativi, l'intervento dell'autorità giudiziaria risulta difficoltoso, incerto e comunque tardivo, quando ormai il danno si è consumato nella generalità dei clienti, con scarsi effetti di repressione di comportamenti illegittimi, risultando, per altro, i risvolti economici delle sentenze di entità modesta in rapporto alla dimensione del fenomeno: risulta talora più incidente l'entità del danno di immagine, sempre che questa si distingua e non si accomuni e disperda all'intero sistema bancario.

Come in altre recenti vicende che hanno interessato i rapporti fra Banca e clientela, l'impiego distorto delle prerogative speciali riservate all'intermediario bancario non ha riguardato casi singoli e sporadici, bensì ha assunto – come nel caso dei derivati - le connotazioni generali di una “mattanza”.

Provvedimenti più recenti – sospinti dai rilevanti danni arrecati ad un'ampia schiera di risparmiatori (Obbligazioni Argentina, Parmalat, Cirio, per citare i più rilevanti) – hanno perseguito l'obiettivo di colmare talune lacune normative ed introdurre elementi di maggiore trasparenza nei rapporti con i risparmiatori.

La sostanziale riottosità degli operatori bancari ad adeguarsi al mutato orientamento giurisprudenziale ha rapidamente indotto un'apprezzabile lievitazione delle vertenze, anche su temi e interpretazioni ormai consolidati, acclarati e uniformemente condivisi dalla Magistratura.

Si assiste ad una pervicace resistenza, da parte dell'operatore bancario, ad addivenire a soluzioni stragiudiziali anche su questioni sufficientemente sedimentate dalla giurisprudenza di Cassazione, costringendo risparmiatori ed operatori economici ad adire le vie legali, anche per diritti palesemente riconosciuti dall'ordinamento.

Nel corso del giudizio vengono poi posti in essere strumenti di resistenza e ostruzionismo impropri: dalle pretestuose eccezioni sollevate a seguito delle numerose operazioni di fusione ed incorporazione, alle resistenze frapposte alla produzione di documentazione, sino all'impugnazione di decisioni dall'esito

negativo scontato, al solo scopo di dilazionare nel tempo il definitivo riconoscimento di taluni diritti.

Appare calcolata e predeterminata l'economia di costi che all'intermediario riviene dalla quota parte dei soggetti che desistono e rinunciano a percorrere il lungo ed oneroso iter giudiziario per vedere riconosciuti i propri diritti.

E' assente un corretto bilanciamento che accompagni ad assetti normativi privilegiati – posti a presidio e tutela della delicata funzione di allocazione del risparmio – uno stretto controllo del rispetto, sostanziale prima che formale, dello spirito e dei principi che ispirano la disciplina di governo dell'attività di intermediazione creditizia e finanziaria.

E' carente altresì un presidio sanzionatorio, commisurato alla rilevanza e pregnanza dell'interesse pubblico coinvolto. Se, ad esempio, all'intermediario, colto in pratica di usura in un rapporto di conto, viene riconosciuto comunque l'interesse corrispondente al tasso soglia, o al più al tasso legale – come frequentemente si riscontra nei giudizi civili – si rinuncia a quei correttivi che, riconducendo ad equilibrio il *trade-off* costi benefici, risultano estremi ma efficaci. In altre circostanze, per infrazioni di minor rilievo, si arriva a sanzioni pari a ben 50 volte il valore dell'omesso adempimento, inducendo, seppur forzatamente, comportamenti virtuosi.

La Magistratura si è venuta confrontando con le numerose problematiche sia creditizie che finanziarie, pervenendo gradualmente a maturare indirizzi giurisprudenziali più consoni con i mutamenti intervenuti sia nei rapporti regolati dal Testo Unico Bancario, sia nei servizi finanziari, regolati dal Testo Unico della Finanza.

In particolare, per le Commissioni di Massimo Scoperto, più volte sono intervenute la Corte di Cassazione e la Corte Costituzionale, per temperare e censurare impieghi difformi dallo spirito della norma, sopperendo e integrando carenze legislative e di controllo.

La menzionata discrasia fra il servizio prestato e la metodologia di calcolo della Commissione non è passata inosservata alla Suprema Corte di Cassazione la quale già nel 2002 (n.11772/02) ha puntualmente precisato: *“o tale commissione è un accessorio che si aggiunge agli interessi passivi – come potrebbe inferirsi anche dall'esser conteggiata, nella prassi bancaria, in una misura percentuale*

dell'esposizione debitoria massima raggiunta, e quindi sulle somme effettivamente utilizzate, nel periodo considerato – che solitamente è trimestrale – e dalla pattuizione della sua capitalizzazione trimestrale, come per gli interessi (...), o ha una funzione remunerativa dell'obbligo della banca di tenere a disposizione dell'accreditato una determinata somma per un determinato periodo di tempo, indipendentemente dal suo utilizzo, come sembra preferibile ritenere anche alla luce della circolare della Banca d'Italia dell'1/10/96 e delle successive rilevazioni del c.d. tasso soglia, in cui è stato puntualizzato che la commissione di massimo scoperto non deve essere computata ai fini della rilevazione dell'interesse globale di cui alla legge n. 108/96 ed allora dovrebbe essere conteggiata alla chiusura definitiva del conto”.

Più recentemente la Cassazione (n. 870/06) è nuovamente intervenuta sulle CMS, precisando la funzione di *“remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione di fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma”.*

La congiunzione logica dei due interventi della Cassazione ha sollevato ampie perplessità sulla legittimità della metodologia di calcolo impiegata dalle banche per le CMS. La circostanza che sia calcolata sull'importo utilizzato anziché sul credito a disposizione fa assumere alla stessa caratteristiche proprie agli interessi: a motivi di nullità della causa si affiancano inoltre motivi di nullità per indeterminatezza dell'oggetto, non risultando previste, né in contratto né in una norma, le modalità di determinazione della Commissione. Non sono mancate significative pronunce delle Corti di merito. Il Tribunale di Milano, con la sentenza del 4/9/02, aveva già rilevato l'illegittimità della clausola delle CMS nel c/c sostenendo che *“il supposto rapporto obbligatorio o patto contrattuale deve ritenersi nullo per totale mancanza di una causa giustificatrice poiché la remunerazione della utilizzazione della somma messa a disposizione dalla banca consiste negli interessi corrispettivi e tali interessi dovranno essere calcolati, nella misura a titolo convenuto, sulla somma concretamente utilizzata e per tutto il periodo di tempo in cui la somma è stata utilizzata”*⁹.

⁹ Cfr.: in Banca, borsa 2003, con nota di Inzitari. Alla sentenza del Tribunale di Milano hanno fatto seguito, negli anni successivi copiose altre sentenze: si veda, ad esempio, Trib. Lecce, 11/2/05, Trib. Vibo Valentia, dott. Pasquin 16/1/06, Trib. Livorno, Dott. Urgese, 6 marzo 2006 n. 259, Trib. Monza

Gli effetti di iniquità e vessazione delle CMS, seppuredulcorati, permangono e risultano, di fatto, legittimati dal recente disposto legislativo (art. 2 bis, legge n. 2/09). Analogamente a quanto intervenuto nel '00 con l'anatocismo trimestrale, mentre la Magistratura veniva gradualmente disconoscendo le CMS per nullità di causa e indeterminatezza del sistema di calcolo, è intervenuto il legislatore sancendone liceità e modalità di calcolo.

Altre volte il legislatore è intervenuto a correggere e modificare assetti contrattuali e posizioni giurisprudenziali. Tuttavia tali interventi, nel confronto e tensione fra opposte esigenze, hanno determinato talora confusioni e spunti di conflittualità ulteriore: il ripristino dell'anatocismo trimestrale, ad opera del D. Lgs. n. 342/99 e della successiva Delibera CICR 9/2/00, nonché l'articolata struttura di determinazione delle soglie d'usura, introdotte con la legge 108/96 e l'intervento integrativo operato dalla legge n. 24/01, come anche il menzionato intervento operato sulle C.M.S. con il recente art. 2 bis della legge n. 2/09, non sembrano aver apportato elementi di riequilibrio.

Interventi legislativi, come il D. Lgs. n. 342/99, esprimono il maldestro tentativo di sanare pregressi comportamenti illegittimi, perpetrando, per il tramite di atti di normazione secondaria, regimi di vessazione che, pur non avendo superato il vaglio della Corte Costituzionale, continuano – a quasi un decennio di distanza - ad esplicare i loro effetti.

E' singolare che con la stessa prontezza con la quale, dopo il D. Lgs. 342/99, è stata emanata la Delibera CICR 9/2/00 per bonificare il comportamento delle banche sull'applicazione degli interessi trimestrali, non si sia intervenuti, dopo la Sentenza n. 425/00 della Corte Costituzionale, a rettificare la stessa Delibera CICR, abrogando o modificando l'art. 7, reso illegittimo dal venir meno della norma delegante.

La specificità, complessità e articolazione della normativa bancaria, sottoposta ad un continuo rapporto di forza fra sistema bancario e organo legislativo, ha spesso consentito alle banche sostanziali disapplicazioni della disciplina, incontrando nella giurisprudenza solo negli ultimi anni una migliore

11 giugno 2007, n. 1967, dott.ssa F. Saioni, Trib. Mantova 21 aprile 2007, dott.ssa A. Venturini, Trib. Tortona 19 maggio 2008, dott. Mariani.

sensibilità e specializzazione, insufficiente tuttavia a contrastare e censurare tempestivamente ed efficientemente reiterati comportamenti illegittimi.

La richiamata disposizione abrogativa della Corte costituzionale è risultata disattesa, così come sono risultate disattese le numerose sentenze della Corte di Cassazione in tema di anatocismo e Commissioni di Massimo Scoperto, così come disattesa rimane la formale applicazione dell'art. 644 c.p. in tema d'usura, in presenza di contrastanti indicazioni della Banca d'Italia.

La Magistratura è chiamata a gestire – in un quadro giuridico complesso e talvolta contraddittorio – vertenze che non costituiscono casi sporadici e circoscritti, ma, al contrario, risultano estesi in tutto il territorio con una frequenza ed intensità, che denuncia, nella stessa dimensione del fenomeno, comportamenti speciosi, improntati a scarso rispetto delle norme di legge, non adeguatamente monitorati e censurati dalle Autorità di controllo.

6. Sintesi e conclusioni.

L'esperienza dell'ultimo decennio ha mostrato una sospinta tensione da parte delle banche a cogliere margini di concorrenza e benefici economici utilizzando oltremisura, all'occorrenza, gradi di elusione che regolamenti o istruzioni applicative consentono, impegnando e congestionando apprezzabilmente l'opera della Magistratura, in una calcolata strategia di *trade-off* costi/benefici, fondata sul marginale ricorso alle onerose e tortuose vie delle aule di Giustizia.

I tribunali sono, da lungo tempo, ricolmi di vertenze, avanzate da operatori economici e privati cittadini, che richiedono, nei rapporti bancari, un puntuale rispetto dei principi normativi, bancari e finanziari: il fenomeno risulta generalizzato a tutto il territorio, diffuso in un'ampia schiera di soggetti.

Troppo spesso i comportamenti dell'operatore bancario occupano ed impegnano la Magistratura, chiamata – non per singoli accadimenti ma per circostanze generalizzate – a surrogare e colmare carenze istituzionali.

La Vigilanza, preposta alla tutela di interessi pubblici, costituzionalmente protetti – tutela del risparmio e corretta allocazione del credito - ha privilegiato sino ad oggi obiettivi generali di patrimonializzazione e stabilità degli intermediari, rallentando le spinte alla concorrenza. Nel *trade-off* stabilità/concorrenza si è privilegiato il primo obiettivo, nella misura in cui il secondo assottiglia i margini di

bilancio inducendo elementi di fragilità degli intermediari: è mancata una specifica tutela del cliente bancario; le norme sulla trasparenza sono risultate, nel quadro normativo generale, carenti ed insufficienti a presidiare la tutela del risparmio e ad assicurare una corretta allocazione delle risorse finanziarie disponibili.

Nell'ultimo ventennio il disegno strategico di condurre il sistema bancario alle logiche di mercato ha certamente indotto notevoli elementi di efficienza produttiva, ma ha significativamente minato quel rapporto fiduciario che, in precedenza, per lungo tempo aveva presieduto il contratto banchiere-imprenditore e banchiere-risparmiatore.

Nel passaggio dalla concezione pubblicistica dell'attività bancaria alla concezione privatistica, sono stati acquisiti apprezzabili margini di efficienza economica e di confronto con operatori internazionali, ma si sono sacrificati ed immolati a tali obiettivi aspetti di rilievo che hanno seriamente pregiudicato gli stessi interessi pubblici protetti. La peculiare funzione di collegamento fra risparmio e sviluppo, giustifica la speciale disciplina posta a protezione e tutela dell'attività bancaria, ma, nel contempo, rende più aberranti comportamenti che ostacolano e travisano la stessa funzione a cui è preposto l'intermediario.

L'attività bancaria e finanziaria coinvolge interessi pubblici che trascendono gli obiettivi di profitto dell'impresa bancaria: la tutela del risparmio, nella carta costituzionale, è strettamente accostata alla sua corretta allocazione attraverso forme di selezione delle imprese più produttive e meritevoli del credito, nell'obiettivo generale di favorire lo sviluppo, l'occupazione e il progresso del Paese.

Forme estreme di mercato esasperano le logiche di profitto e vengono di fatto a confliggere con i superiori interessi pubblici. La stessa tradizionale funzione di intermediazione viene seriamente pregiudicata da alternative finanziarie che, attraverso effetti leva, accrescono le potenzialità di profitto, con rischi aziendali e sistemici che frequentemente – come si è visto nell'ultimo anno - si scaricano, in ultima istanza, sul corpo sociale.

Accanto a leggi e normative generali, più che di una dettagliata disciplina dell'attività, si avverte l'esigenza di principi e valori che devono essere acquisiti nella cultura bancaria, verso una superiore consapevolezza che percepisca e colga le sinergie, anche economiche, che possono derivare da formule imprenditoriali attente ai benefici estesi alla più ampia compagine degli *stakeholder*, *in primis* risparmiatori ed operatori economici.

Lo scorso anno, dalle pagine del Sole 24 Ore, il dott. Giovanni Bazoli – un attento quanto critico osservatore del modello di sviluppo italiano - contrapponeva al modello americano di attività bancaria – incalzato da una logica di mercato competitiva e quasi spietata, che addita come “imperativo categorico” il continuo incremento dei profitti e del valore per gli azionisti – un diverso modello, più consona alla tradizione europea, nel quale l’intermediario bancario, pur perseguendo gli obiettivi dell’efficienza e della redditività, è consapevole della responsabilità sociale che grava sull’impresa bancaria.

Gli avvenimenti dell’ultimo anno, i fatti e le circostanze illustrate, impongono una riflessione sulle scelte operate all’inizio degli anni novanta: si impongono temperamenti, un riequilibrio delle parti contrattuali, sempre permanendo in un contesto di libertà d’impresa, non certamente coartata ma attentamente “vigilata”.

In prospettiva, più che intrusivi interventi di regolamentazione, si impone un’emancipazione dell’intermediario bancario verso forme di *compliance* che pervadano ed informino le scelte aziendali, in una responsabile consapevolezza della funzione pubblica assolta.

dott. Roberto Marcelli

Roma 3 luglio ‘09