

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

OTTOBRE/DICEMBRE

2022

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Servizi bancari “essenziali”: il conto corrente

SOMMARIO: 1. Le ragioni della riflessione. – 2. Impresa bancaria e interessi di rilevanza pubblicistica. – 2.1. Il ruolo delle banche nella lotta al riciclaggio di denaro di provenienza illecita. – 3. Le strozzature del sistema. Il rifiuto a contrarre e l’interruzione ingiustificata dal rapporto. – 4. Il diritto al conto corrente: lo stato dell’arte. – 5. Il diritto dell’imprenditore al conto corrente. Un’opzione perseguibile in via interpretativa? – 6. Conto corrente bancario e recesso *ad nutum*. – 6.1. Una proposta di rilettura del recesso codicistico alla luce del principio di trasparenza. – 7. Il servizio di conto corrente quale servizio essenziale. L’obbligo a contrarre – 7.1. Obbligo a contrarre e ruolo del giudice. – 8. Conclusioni.

1. *Le ragioni della riflessione*

Il ruolo sempre più centrale del sistema creditizio nell’attuale contesto economico sollecita una riflessione sulla persistente compatibilità della disciplina tradizionale di alcuni contratti bancari definibili di base, più specificatamente, del contratto di conto corrente¹, rispetto ai contrapposti interessi espressi, da una parte, dall’impresa bancaria e, dall’altra, dalla variegata platea dei clienti².

¹ È ancora vivo il dibattito sulla natura giuridica del conto corrente bancario e sulla correttezza dell’inquadramento fra i contratti tipici. Sono diversi gli Autori che sottolineano come il conto corrente sia, piuttosto, una modalità di esecuzione di altri contratti bancari, come il deposito e l’apertura di credito o che lo qualificano come contratto atipico a contenuto misto. Per una ricognizione delle diverse posizioni si rimanda a S. PAGLIANTINI – F. BARTOLINI, *Il conto corrente bancario*, in *I contratti bancari*, E. Capobianco (a cura di), Milano, 2016, 1569 ss. V’è però concordanza nel sottolineare come il conto corrente sia fondamentale per lo svolgimento stesso dell’attività dell’impresa bancaria, rappresentando il minimo comune denominatore di ogni rapporto. Così A. ROSA, *Il conto corrente bancario*, in *I contratti per l’impresa*, II, G. Gitti – M. Maugeri – M. Notari (a cura di), *Banca, mercati e società*, Bologna, 2012, 123.

² Com’è noto, l’indeterminato *nomen* di cliente raggruppa destinatari differenti, non tanto per gli interessi di cui sono titolari, ma per la diversa risposta sul fronte delle tutele e dei rimedi. Si distinguono così i consumatori, protetti dalla specifica normativa di cui al Codice del consumo e al Testo unico bancario, dalle imprese, escluse dall’ambito applicativo delle suddette tutele. Sul punto v. U. MORERA, *Sulla nozione di cliente della banca*, in *Vita notar.*, 1995, 597. La particolare posizione dell’impresa bancaria, valutabile in termini di maggiore forza contrattuale in grado di

Fa da sfondo la discussione sulla funzione dell'attività bancaria e, in particolare, la frizione determinata dall'essere le banche imprese private ma, al contempo, dall'attribuzione ad esse di compiti strumentali al perseguimento di interessi di natura pubblicistica³.

Nel dinamismo delle relazioni fra i diversi operatori del mercato (banche, imprese e consumatori), l'ambivalenza insita nel sistema investe necessariamente la vicenda contrattuale. Sia a monte della relazione, perché sempre più spesso la disciplina tradizionale dei contratti bancari si dimostra non rispondente alle emergenti necessità dei clienti. Ma anche nella fase esecutiva, ove l'inadeguatezza iniziale, stigmatizzante una disparità di forza non gestibile con i rimedi tradizionali, si traduce in comportamenti valutabili in termini di abusività.

D'altra parte, l'affidamento di funzioni di indubbia rilevanza pubblicistica provoca un inevitabile aumento dei costi dell'impresa bancaria con conseguenti riflessi sul fronte della selezione del cliente e, poi, della sorte del rapporto contrattuale, allorquando il complesso degli obblighi imposti dovesse risultare non remunerato dal prezzo del servizio⁴. Le conseguenze si riverberano sul piano del diritto vivente,

creare situazioni di squilibrio anche con riguardo al cliente imprenditore ha indotto una parte della dottrina ad un ripensamento della legittimità del particolare statuto del consumatore e alla valutazione della sua estendibilità anche all'impresa c.d. debole. Così, P. SIRENA - D. FARACE, *I contratti bancari del consumatore*, in *I contratti bancari*, Capobianco (a cura di), Milano 2016, 257-262; R. CALVO, *La tutela del consumatore alla luce del principio di eguaglianza sostanziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 868 ss. Si veda anche E. CAPOBIANCO, *Profili generali della contrattazione bancaria*, in *I contratti bancari*, Capobianco (a cura di), Milano 2016, 38 che esprime perplessità sulle obiezioni in ordine all'applicabilità della disciplina sulla subfornitura al rapporto tra banca e impresa cliente.

³ L'attività bancaria è commerciale e in quanto tale deve essere necessariamente svolta con metodo economico e preordinato al perseguimento di finalità lucrative. Le banche operano attraverso forme organizzative proprie del diritto privato, in un mercato concorrenziale, «nel senso che tale carattere è oggetto di tutela e l'ammissione delle imprese sullo stesso non è più riservato e ristretto alla luce di logiche che tengano in conto gli interessi alla stabilità e redditività delle altre banche già presenti sul mercato». Così M. STELLA RICHTER, *I sistemi di controllo delle banche tra ordinamento di settore e diritto comune. Notazioni preliminari*, in *Riv. soc.*, 2018, 325.

⁴ Problematica, questa, affatto nuova. Emblematica la vicenda delle cassette di sicurezza. La segretezza circa il contenuto custodito all'interno delle cassette di sicurezza provoca conseguenze sul fronte dell'innalzamento dei costi di assicurazione

ponendo l'interprete di fronte alla necessità di ricercare un possibile punto di equilibrio, da rintracciare nel contesto di una trama normativa multistrato e di difficile armonizzazione.

Entro il quadro di riferimento così descritto, questo lavoro si propone di analizzare alcune vicende contrattuali che risultano essere la conseguenza di tale frizione e le modalità adottate di risoluzione della stessa, al fine di individuare possibili soluzioni per supplire alle più evidenti insufficienze della tradizionale disciplina del contratto di conto corrente.

2. Impresa bancaria e interessi di rilevanza pubblicistica

L'interdipendenza fra banca e impresa è l'elemento che caratterizza tutti i sistemi economici moderni. La banca nasce a supporto dell'iniziativa economica e da essa non può prescindere. Le sue funzioni, coperte dalla garanzia offerta dall'art. 47 della Costituzione, rispondono agli interessi dell'impresa, che dalla banca ottiene non soltanto le risorse finalizzate agli investimenti, ma adesso, e sempre più, una serie articolata di servizi ormai necessari per la gestione ordinaria - e quotidiana - delle aziende. L'interdipendenza è ulteriormente accentuata dall'incessante trasformazione tecnologica⁵, dalla transizione verso la moneta virtuale e dall'ormai definitiva

che le banche devono sopportare. Costi che, naturalmente, sono ribaltati equamente sulla clientela, con conseguente esclusione, dal contratto, di una fascia di utenza per la quale il prezzo del servizio risulta sproporzionato.

⁵ Una trasformazione che impone una ben più ampia riflessione, specie sull'adeguatezza delle misure di vigilanza cui sottoporre l'intero comparto dell'industria economico-finanziaria. Sul punto si rinvia a M. CONDEMI, *Nuove tecnologie e attività finanziarie: spunti per un rinnovato approccio regolamentare*, in questa *Rivista*, I, 2021, *passim*, che, a proposito dell'avvento della Fintech, parla di quarta rivoluzione industriale, produttiva della c.d. *digital economy*. Per quanto riguarda specificatamente il presente lavoro può osservarsi che gli studi e le iniziative assunte a livello europeo sono tutte ispirate alla necessità di assicurare la massima accessibilità ai servizi finanziari per i consumatori e le imprese; la riduzione dei costi operativi e l'innalzamento del livello di efficienza del settore; il miglioramento della concorrenza nel mercato unico attraverso la riduzione delle barriere all'entrata; il bilanciamento di una maggiore condivisione e trasparenza in materia di dati con le esigenze di sicurezza e tutela della *privacy*.

dematerializzazione dei sistemi di pagamento⁶, fenomeni, questi, fortemente incentivati da politiche sovranazionali⁷ tese a promuovere il massimo avvicinamento dei privati al sistema creditizio.

L'articolata gamma dei servizi, e in particolare dei sistemi di pagamento oggi offerti dagli istituti creditizi, costituiscono il DNA del nuovo banchiere⁸, rinato dopo il tramonto del suo predecessore per adattarsi ad un contesto economico globalizzato⁹.

Nessuno può mettere in dubbio che il “rapporto” bancario o, più in generale, con gli intermediari dei servizi di pagamento, costituisce la *condicio sine qua non* della presenza sul mercato di ogni privato. Le attività quotidiane delle imprese, ma anche di tutti i consumatori, sono necessariamente mediate dall'intervento delle banche, tanto che alcuni

⁶ I riflessi sul piano del diritto delle metamorfosi economiche sono molteplici e investono le categorie tradizionali. Si pensi alla dogmatica sull'adempimento dell'obbligazione pecuniaria, messa in crisi dal sottosistema dei nuovi mezzi di pagamento che ha invertito il rapporto fra regola ed eccezione, fra il pagamento con moneta avente corso legale di cui all'art. 1277 c.c. e il pagamento con gli altri sistemi previsti o imposti dalla legislazione speciale. Profili questi analizzati da G. MARINO, *Dalla traditio pecuniae ai pagamenti digitali*, Torino, 2018.

⁷ Un chiaro indirizzo politico volto alla massima incentivazione all'uso degli strumenti di pagamento dematerializzati si registra a livello europeo. Ne rappresentano esempi, la Direttiva 2000/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 settembre 2000, sull'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica; la Raccomandazione 87/598/CEE della Commissione dell'8 dicembre 1987, relativa ad un codice europeo di buona condotta in materia di pagamento elettronico; la Raccomandazione 88/590/CEE della Commissione, del 17 novembre 1988, concernente i sistemi di pagamento, in particolare il rapporto tra il proprietario della carta e l'emittente della carta; la Raccomandazione 97/489/CE della Commissione, del 30 luglio 1997, relativa alle operazioni mediante strumenti di pagamento elettronici, con particolare riferimento alle relazioni tra gli emittenti ed i titolari di tali strumenti; la Direttiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 novembre 2007, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno e, per ultimo, la Direttiva 2014/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014 sulla comparabilità delle spese relative al conto di pagamento, sul trasferimento del conto di pagamento e sull'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base.

⁸ Cfr. R. CHERNOV, *Il tramonto del banchiere*, Milano, 1988, *passim*.

⁹ Si richiamano qui le osservazioni di F. BELLI – G.L. GRECO, *I servizi bancari*, in *Contratti bancari*, E. Capobianco (a cura di), *op. cit.*, specie 1540, che ben descrivono le trasformazioni dell'attività bancaria degli ultimi quarant'anni e la centralità assunta proprio dai servizi bancari rispetto ai rapporti tradizionali legati alla raccolta del risparmio e all'erogazione del credito.

contratti di base sono considerati - e qualificati - quali specifici strumenti di inclusione sociale¹⁰.

La banca, in sostanza, offre, al pubblico degli utenti, servizi ormai imprescindibili che esulano dalla sua attività tipica¹¹ e che assolvono a funzioni prettamente pubblicistiche, rispondenti alle trasformazioni dei sistemi economici e alle conseguenti opzioni di politica generale.

L'informatizzazione dei circuiti finanziari ha, inoltre, consentito l'affidamento al sistema creditizio di ulteriori funzioni di rilevanza pubblica, fra le quali, particolarmente degna di attenzione è la lotta ai fenomeni dell'evasione fiscale e al riciclaggio del denaro di provenienza illecita, attuata innanzitutto ricorrendo al divieto generalizzato dell'uso del contante. Il quadro normativo di riferimento è alquanto variegato. L'art. 49 del d. lgs. n.231/2007 di attuazione della Direttiva 2005/60/CE (c.d. terza direttiva antiriciclaggio)¹² vieta il trasferimento di denaro e di titoli al portatore effettuato, tra soggetti diversi, sia persone fisiche, sia giuridiche, per importi superiori a duemila euro; l'art. 37, comma 49, del d.l. n.223/2006¹³ obbliga i titolari di partita Iva ad effettuare i versamenti fiscali, contributivi e previdenziali esclusivamente mediante modalità telematiche; l'art.1, commi da 910 a 914 della l. 205/2017 (Legge di bilancio 2018), ha introdotto l'obbligo di tracciabilità delle retribuzioni, stabilendo, dunque, che i datori di lavoro e i committenti debbano corrispondere ai lavoratori la retribuzione e ogni anticipo di essa, attraverso gli strumenti di pagamento individuati dalla legge stessa. Gli artt. 10 *bis* e 10 *ter* del

¹⁰ Ci si riferisce al conto corrente di base.

¹¹ Sul nucleo di attività caratterizzante l'impresa bancaria v. E. CAPOBIANCO, *op. cit.*, 88 ss. Si traccia l'evoluzione del contenuto connotante l'attività bancaria, tradizionalmente ridotto alla raccolta del risparmio e all'esercizio del credito ma oggi includente le più disparate operazioni in concorrenza con altri soggetti, quali intermediari finanziari e di pagamento e imprese di investimento.

¹² Si tratta della Direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo. Per i necessari approfondimenti sulla direttiva, si rimanda a E. FISICARO, *Antiriciclaggio e Terza direttiva UE*, Milano, 2008.

¹³ Noto come Decreto Bersani, convertito in Legge 4 agosto 2006, n. 248, recante «*Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*».

d. lgs. n. 74/2000¹⁴ e l'art. 2 del d.l. n. 463/1983, convertito in l. 638/1983¹⁵ sanzionano penalmente, rispettivamente, l'omesso pagamento delle imposte e dei contributi¹⁶, effettuabile solo a mezzo modalità tracciabili e l'omesso versamento di contributi INPS in misura superiore a diecimila euro. Inoltre la tracciabilità è posta a garanzia del corretto svolgimento dei contratti pubblici¹⁷.

Ne deriva che nonostante nessuna norma evochi testualmente “la funzione di interesse pubblico” riconosciuta all'attività bancaria dalla legge del 1936, nessuno dubita che la banca esiste per soddisfare, in via diretta e/o indiretta, interessi della collettività e, per questo, agisce - e deve agire - entro un perimetro presidiato dalla cornice valoriale che orienta, in generale, l'esercizio di ogni impresa, ma che in questo particolare settore dell'economia acquista una forza ancora più penetrante. L'essere stato scelto quale alleato principale nell'attività di prevenzione da fenomeni illeciti amplifica tale funzione che si esprime, già a monte del rapporto con il cliente, nell'attività di presidio dell'ordine pubblico economico, ma anche per il tramite del cliente stesso, allorquando alle banche si affida l'attuazione di politiche sociali, solidaristiche e di sostegno alle imprese. Non è un caso che sempre più si indaghi il rapporto fra impresa bancaria e sviluppo sostenibile, ove i criteri della razionalità economica si intersecano con i principi della

¹⁴ Decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, recante «Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto».

¹⁵ Conversione in legge, con modificazioni, del Decreto legge 12 settembre 1983, n. 463, recante «Misure urgenti in materia previdenziale e sanitaria e per il contenimento della spesa pubblica».

¹⁶ Si tratta del reato da omesso versamento delle ritenute d'acconto IRPEF e da omesso versamento IVA.

¹⁷ La Legge 7 settembre 2010, n.136, recante il «Piano straordinario contro le mafie» prevede la tracciabilità come strumento principe di contrasto alla criminalità organizzata. I pilastri fondamentali della legge sono rappresentati dall'utilizzo di conti correnti dedicati per l'incasso ed i pagamenti di movimentazioni finanziarie derivanti da contratti di appalto, il divieto di utilizzo del contante per incassi e pagamenti e di movimentazione in contante su conti dedicati e l'obbligo di utilizzo di strumenti tracciabili per i pagamenti. Destinatari dell'obbligo di utilizzo di uno o più conti correnti bancari o postali sono gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese, nonché i concessionari di finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubbliche.

solidarietà¹⁸. D'altra parte la rinuncia all'espressa qualificazione contenuta nella legge speciale del 1936 non è mai stata letta quale negazione dell'immanente funzione pubblica assolta dalle banche. La completa transizione verso l'impresa privata, imposta dalle necessità di adeguamento alle trasformazioni di mercato¹⁹ e cristallizzata dall'espresso riconoscimento contenuto nell'art. 10 del testo unico bancario, si riferisce esclusivamente alla struttura organizzativa delle banche e non incide affatto sulle funzioni di indubbia rilevanza pubblica ad esse affidate²⁰ e proprio per questo presidiate dall'articolata trama delle verifiche amministrative prodromiche al rilascio delle autorizzazioni all'esercizio dell'attività²¹ e, poi, dal sistema della vigilanza demandata agli enti competenti, primi fra tutti alla Banca d'Italia e all'Antitrust²².

Naturalmente, l'adozione del modello privatistico comporta inevitabilmente che anche le banche operino secondo i criteri del

¹⁸ Si vedano, a tal proposito, le riflessioni di F. CAPRIGLIONE, «*Etica e finanza*» alla luce della recente crisi finanziaria, in *Rivista elettronica di diritto, economia e management*, 2011, 9-21.

¹⁹ Un processo, imposto dal più ampio contesto economico, europeo e internazionale e dalla necessità di modernizzazione del mercato dei capitali, all'esito del quale gli ordinamenti hanno dovuto fronteggiare la sfida di assicurare che strutture ormai organizzate su base privatistica continuassero a garantire i molteplici interessi di natura pubblicistica loro affidati.

²⁰ L'abbandono della qualificazione pubblica dell'attività bancaria si spiega, piuttosto, per l'esigenza di alleggerire le eventuali conseguenze penali dell'operato dell'imprenditore. In questo senso F. CAPRIGLIONE, sub *art. 10*, in *Comm. t.u.b. Capriglione*, Padova, 2018, 114. Si pensi, con riferimento alle ipotesi di interruzione di pubblico servizio, alla necessità di sottrarre l'imprenditore al rigore cui sarebbe altrimenti esposto sul piano dell'eventuale sanzione penale.

²¹ A livello normativo, la traccia più evidente della transizione è il deciso superamento della qualificazione pubblicistica dell'attività bancaria, offerta dalla legge speciale del 1938. L'art. 1, comma 1, della Legge 7 marzo 1938, n. 141, qualificava la raccolta del risparmio fra il pubblico sotto ogni forma e l'esercizio, in termini di funzioni di interesse pubblico. La norma è adesso superata dall'art. 10 del t.u.b. che, com'è noto, sancisce il carattere di impresa privata dell'attività bancaria. Sul punto v. F. CAPRIGLIONE, sub *art. 10*, cit., 10. In sede giurisprudenziale già a partire dagli anni '80 si è registrato l'abbandono della qualificazione del sistema bancario in termini di "servizio pubblico in senso oggettivo". Così, per tutte, Cass., Sez. Un., 10 ottobre 1981, in *Foro It.*, 1981, II, 554, con nota di F. Capriglione.

²² Su cui v. M. STELLA RICHTER, *op. cit.*, 326. Convinzione maturata per impulso delle politiche bancarie e finanziarie di matrice europea.

profitto e della redditività aziendale. Ma questi criteri devono necessariamente conciliarsi e bilanciarsi con gli altri valori fondanti il nostro ordinamento, primo fra tutti la libertà, e garanzia, dell'iniziativa economica²³ di tutte le imprese, sia di grandi, sia di piccole dimensioni. La conseguenza è il certo ridimensionamento del principio di autonomia negoziale, particolarmente condizionato, in questo settore dell'economia più che in ogni altro, dalla funzionalizzazione dell'impresa bancaria alla realizzazione di interessi di rilevanza pubblica.

2.1. Il ruolo delle banche nella lotta al riciclaggio di denaro di provenienza illecita.

Come si è detto le banche e, in generale, gli intermediari finanziari, sono considerati alleati privilegiati nella lotta al riciclaggio del denaro di provenienza illecita. Il legislatore comunitario è infatti intervenuto prevedendo obblighi specifici volti all'individuazione di trasferimenti e impieghi sospetti in un contesto di cooperazione internazionale e di rete con le forze di polizia e gli organismi deputati alla lotta alle mafie e al terrorismo. Il fine è quello di preservare la stabilità del sistema finanziario e garantire il corretto funzionamento del mercato unico²⁴. I pilastri della normativa speciale sono costituiti dal d. lgs. 21 novembre 2007, n. 231 di attuazione della direttiva 2005/60/CE (c.d. terza

²³ Per tale ragione non convincono le conclusioni di alcune pronunce che, correlando l'abbandono della qualificazione pubblicistica alla trasformazione imprenditoriale delle banche, sembrano farne derivare, quale indefettibile conseguenza, la transizione delle banche verso lo statuto dell'imprenditore privato e la conseguente difficoltà di valutare la possibile estensione dei meccanismi di tutela previsti dal codice civile in caso di imprese concessionarie di pubblici servizi. Sul punto Trib. Palermo, ord., 8 febbraio 2022, inedita, che nega la possibile applicazione, in un caso di recesso da rapporti di conto corrente, dell'art. 1679 c.c. sul presupposto che «*il TUB prevede per l'attività bancaria, non più definita come funzione di interesse pubblico, il solo rilascio di autorizzazione (art. 14 co. 2) con conseguente esclusione della configurabilità del servizio reso in termini di servizio pubblico essenziale*». Di contrario avviso Trib. Palermo, ord., 14 gennaio 2021, in *www.ilcaso.it*, con nota di L. MORMILE, *Conto corrente e recesso ad nutum*. Esprime dubbi riguardo al richiamo all'art. 1679 c.c. G. LIACE, *Il diritto al conto corrente bancario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2, 2022, 470.

²⁴ Così M. DE POLI, *I contratti delle banche nel diritto comunitario e internazionale*, in *Contratti bancari*, E. Capobianco (a cura di), Milano, 2021, 134.

direttiva antiriciclaggio) concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, modificato e integrato dal successivo d. lgs. 25 maggio 2017, n. 90 di attuazione della direttiva UE 2015/849 (c.d. quarta direttiva antiriciclaggio), nonché dal recente d. lgs. 4 ottobre 2019, n.125, di attuazione della direttiva UE 2018/843 (c.d. quinta direttiva antiriciclaggio)²⁵. L'anima di fondo degli interventi è rappresentata dalla scelta di demandare ai destinatari degli obblighi di antiriciclaggio il compito di "profilatura" del cliente²⁶. Innanzitutto procedendo, sempre e comunque, alla sua identificazione. Poi prevedendo ulteriori obblighi di adeguata verifica, graduati a seconda della tipologia dei destinatari degli stessi, dei clienti, del rapporto o della prestazione richiesta e dei c.d. indici di rischio²⁷.

²⁵ Sulle ragioni contingenti che hanno sollecitato a distanza di soli due anni l'ulteriore iniziativa europea v. N. MAINIERI, *Quinta Direttiva europea antiriciclaggio: il Decreto di recepimento 125/2019 entra in vigore*, in https://www.dirittobancario.it/wp-content/uploads/sites/default/files/allegati/mainieri_n._quinta_direttiva_europea_antiriciclaggio_il_decreto_di_recepimento_125_2019_entra_in_vigore_2019.pdf.

L'Autore ricorda lo scandalo causato dalla pubblicazione del "Panama Papers". Nell'agosto 2015 un fascicolo digitalizzato contenente oltre undici milioni di documenti riservatissimi tratti dagli archivi dello studio legale panamense Mossack-Fonseca, concernente informazioni dettagliate su oltre duecento società *off-shore* utilizzate come schermo di copertura per attività spesso legate a fatti illeciti, veniva consegnato ad un quotidiano tedesco e al consorzio internazionale dei giornalisti investigativi. Anche questa vicenda contribuì alla determinazione di rafforzare le misure antiriciclaggio, ponendo particolare attenzione ai rischi di finanziamento legati alle valute virtuali, al rafforzamento dei poteri delle Unità di informazione finanziaria dell'Unione Europea, alla lotta ai rischi connessi agli strumenti prepagati anonimi. In generale, dopo l'ampliamento dell'alveo dei destinatari degli obblighi, l'incremento dei poteri riconosciuti alle autorità di vigilanza, la previsione di misure di miglioramento della cooperazione tra autorità nazionali e internazionali e il regime di accesso al Registro dei titolari effettivi, il nuovo provvedimento.

²⁶ La profilatura del cliente deve essere effettuata tenendo conto della provenienza delle somme utilizzate per l'affare, della destinazione delle somme oggetto della transazione finanziaria e dell'individuazione di tutti i soggetti interessati alla transazione finanziaria.

²⁷ Possono essere richieste verifiche base, semplificate o rafforzate, a seconda delle caratteristiche, anche dimensionali, del destinatario degli obblighi. Il livello di diligenza richiesta dipende dalle peculiarità dell'attività, alle dimensioni e alla complessità proprie dei soggetti obbligati. In questo senso M. KROGH, *Gli obblighi e*

Obblighi tradotti in modalità operative a carattere tecnico la cui individuazione è rimessa alle fonti secondarie, come decreti ministeriali, circolari delle diverse autorità, codici di buona condotta e, per ultimo, regolamenti interni e linee guida.

Con specifico riferimento al settore creditizio, il d. lgs. n. 231/2007 ha istituito l'Unità di informazione finanziaria (UIF), operante in condizioni di autonomia e indipendenza all'interno della Banca d'Italia, con il compito di raccogliere le segnalazioni di operazioni sospette, analizzarle e comunicarle alle autorità indipendenti²⁸. Ha inoltre attribuito alla Banca d'Italia il potere di emanare disposizioni, indirizzate agli intermediari finanziari soggetti alla sua vigilanza, in materia di organizzazione, procedure e controlli interni, adeguata verifica della clientela, conservazione e messa a disposizione dei documenti, dei dati e delle informazioni, sanzioni. In esecuzione ai compiti ad essa demandati, la Banca d'Italia ha emanato, tra il 2019 ed il 2020, diverse determinazioni attuative, fra le quali meritano attenzione il Provvedimento del 26 marzo 2019 sull'organizzazione, le procedure e i controlli interni e il successivo Provvedimento del 30 luglio 2019 in materia di adeguata verifica della clientela.

Entrambi tradiscono il problema di fondo connesso all'attribuzione di così delicati compiti ispettivi in un ambito caratterizzato dalla contrattazione di massa e dalla conseguente necessaria standardizzazione del controllo. Si procede così ad indicare un assetto composito di norme a carattere tecnico, volte a snellire la preliminare attività di identificazione del cliente, cui fa però da sfondo il costante monito al principio di proporzionalità quale baluardo a cui si vorrebbe

le nuove sanzioni antiriciclaggio nel D. Lgs. 25 maggio 2017, n.90, in Notariato, 5, 2017, 525.

²⁸Viene in considerazione il potere regolamentare della Banca d'Italia, attribuito in questa materia dagli artt. 7, 19, 23, 24 e 27 del D.Lgs. n. 231/2007, con riguardo alle disposizioni relative all'adeguata verifica della clientela, all'individuazione di forme e modalità idonee di acquisizione a distanza dei dati identificativi della clientela ai fini dell'assolvimento dell'obbligo di identificazione, all'enucleazione dei fattori di basso rischio ulteriori rispetto a quelli elencati al comma 2 dell'art. 23, alla previsione di misure di adeguata verifica semplificata da adottare in situazioni di basso rischio e in relazione a particolari tipologie di prodotti di moneta elettronica, all'individuazione di fattori di rischio elevato ulteriori rispetto a quelli elencati al comma 2 del medesimo articolo nonché al potere di stabilire misure di adeguata verifica rafforzata da adottare in situazioni di rischio elevato.

affidare l'eventuale compito correttivo delle esternalità negative ricadenti sul singolo rapporto.

La Banca d'Italia demanda ai destinatari degli obblighi il compito di definire e formalizzare, nel documento di *policy* antiriciclaggio "procedure di adeguata verifica sufficientemente dettagliate", avvertendo che l'autonomia in tal modo concessa deve essere esercitata responsabilmente²⁹. I sistemi valutativi e i processi decisionali adottati devono assicurare coerenza di comportamento all'interno della struttura aziendale, nonché la tracciabilità delle verifiche svolte e delle valutazioni effettuate anche per dimostrare alle autorità che le specifiche misure assunte sono adeguate rispetto ai rischi rilevati in concreto. Il cliente viene così ulteriormente catalogato anche in relazione al rischio, mediante l'attribuzione della relativa classe, la cui elaborazione si basa "per quanto possibile, su algoritmi e procedure informatiche" ma con l'avvertenza che "i destinatari assicurano che la classe di rischio proposta in automatico dai sistemi informatici sia coerente"³⁰.

In sostanza, alle banche è demandata un'attività di valutazione e verifica non sempre semplice. La mole degli adempimenti imposti comporta esigenze organizzative che incidono sui costi operativi. I criteri di economicità obbligano a scelte che spesso finiscono per pregiudicare l'efficienza dei servizi resi, specie negli ambiti territoriali a più limitata vocazione imprenditoriale³¹. Non è un caso che si assista ad un processo di desertificazione degli sportelli bancari che ha

²⁹ Merita particolare attenzione la previsione del responsabile delle segnalazioni di operazioni sospette con il compito di vagliare le operazioni sospette comunicate dai diversi punti operativi, trasmettendo all'UIF quelle ritenute fondate.

³⁰ L'attività classificatoria del cliente effettuata dall'intermediario all'esito della valutazione delle sue caratteristiche e delle informazioni assunte in sede precontrattuale è ormai alla base della costituzione di qualsiasi tipo di rapporto bancario, creditizio, finanziario e anche assicurativo.

³¹ Così, strutture imprenditoriali complesse, come *holding*, gruppi, ma anche società partecipate da *trust* incontrano maggiori difficoltà interlocutorie con il sistema bancario nei territori ove è più scarsa la loro presenza. È chiaro che nei contesti ad alta vocazione imprenditoriale i gruppi bancari sono più incentivati ad adeguare le loro articolazioni territoriali alle particolari esigenze dei clienti, posto che l'eventuale incremento dei costi è certamente remunerato dall'incremento della domanda e dalla capacità di soddisfazione della stessa. Sul punto sia consentito rinviare a L. MORMILE, *Trust, antiriciclaggio e correttezza contrattuale*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 5, 2021, 518-524.

interessato molte realtà e che desta allarme proprio per le incidenze sul sistema produttivo³². Si tratta di una tendenza che meriterebbe specifica attenzione da parte delle autorità di vigilanza, chiamate a monitorare il sistema e ad evitare che il rischio di sanzioni possa indurre il banchiere alla non operatività. La valutazione del rischio di riciclaggio, ancor più che quella sul merito creditizio, è ancorata a criteri estremamente duttili e per questo facilmente invocabili al fine di escludere ingiustificatamente il cliente non redditizio. Questo rischio deve essere arginato attraverso il controllo sul contratto, reso possibile dalla verifica del rispetto delle regole poste a presidio della discrezionalità tecnica entro cui, legittimamente, si muove il banchiere avveduto. In questa prospettiva desta perplessità l'indirizzo cui l'Arbitro bancario sembra uniformarsi sul ritenuto assolvimento dell'obbligo motivazionale attraverso il mero richiamo alla normativa antiriciclaggio³³. La motivazione è funzionale alla possibilità di controllo *ex post* della legittimità della giustificazione addotta, di guisa che difficilmente può ritenersi assolto l'onere se essa non consente di comprendere le ragioni che conducono al rifiuto del cliente. Incomprensibile è, peraltro, il richiamo alla riservatezza, a meno che non si intenda riferirsi alle ipotesi in cui il cliente sia soggetto ad attività di indagine secretata. Ma anche in questi casi, comunque definibili entro il lasso temporale segnato dagli eventuali accertamenti di natura penale, le ragioni del rifiuto devono emergere quanto meno dagli atti procedurali interni, ai quali, compatibilmente con eventuali esigenze di polizia, il cliente deve poter accedere³⁴.

³² V. RICCIO, *Dove chiudono i bancomat: ecco la mappa*, in <https://www.ilgiornale.it/news/economia/chiusura-degli-sportelli-bancomat-quali-sono-regioni-pi-1962464.html>.

³³ Così recentemente ABF, Collegio Torino, 14 marzo 2022, n. 4253, reperibile sul www.ilcaso.it, ove il mero richiamo alla normativa antiriciclaggio è ritenuto elemento sufficientemente idoneo a considerare assolto l'obbligo di motivazione, stante gli obblighi di riservatezza coinvolti nella materia.

³⁴ Sul punto v. anche Trib. Pescara, ord. 14 dicembre 2020 in Foro It., 2, 2021, 720, ove il recesso operato è giustificato proprio dalla necessità di rispettare le regole imposte dalla legislazione in materia di antiriciclaggio, particolarmente pregnante in determinati settori economici.

3. *Le strozzature del sistema. Il rifiuto a contrarre e l'interruzione ingiustificata del rapporto*

All'importanza e centralità assunta, a livello macroeconomico, dai servizi offerti dal circuito bancario, il cui utilizzo è oggetto di specifici obblighi legali funzionali al raggiungimento di obiettivi di rilevanza collettiva, non è seguita una riflessione sull'effettiva capacità del sistema bancario di farsene carico. La conseguenza è che la logica del profitto si traduce nella necessità di valutare, in termini di costo-beneficio, il singolo contratto.

Il controllo aggiuntivo, imposto dalle normative antiriciclaggio, comporta costi non sempre adeguatamente remunerati, specie nel caso in cui il servizio richiesto dal cliente sia "di base", ossia non accompagnato da concessioni di linee di credito.

Prova ne sia l'intensificarsi di un contenzioso da parte di clienti che lamentano comportamenti di esclusione, traducibili, sul piano prettamente privatistico, in generalizzati rifiuti a contrarre e/o recessi da rapporti in corso, legittimati da archetipi contrattuali fondati su logiche di piena autonomia riconosciuta all'impresa banca sia sul fronte della scelta se contrarre o no, sia sul fronte del recesso da un rapporto in corso³⁵.

Il fenomeno, sempre più dilagante e denunciato dagli addetti ai lavori, riguarda sia semplici consumatori, cui è negato l'accesso anche al conto di base ad onta del riconoscimento dello specifico diritto³⁶, ma

³⁵ Ancora di recente, ad esempio, la giurisprudenza mostra di ritenere pienamente legittimo il recesso *ad nutum* dal rapporto di conto corrente, rimettendosi ad un dato normativo chiaro in proposito e rispondente alla *ratio*, di vocazione tradizionale, di evitare vincoli contrattuali perpetui. Nel richiamare quale fonte dello specifico diritto potestativo di provocare unilateralmente lo scioglimento del contratto, l'art. 1855 c.c., Trib. Palermo, 20 settembre 2019, inedita, afferma trattarsi «di una di quelle speciali disposizioni del codice civile che, al pari di altre (artt. 1569, 1750, comma 2, 1810 e 1833 c.c.) riguardanti singole fattispecie contrattuali prive di durata predeterminata, introduce il rimedio del recesso c.d. "*ad nutum*" o legale ordinario, in quanto attribuisce a ciascun contraente il diritto di recedere in qualunque momento del rapporto negoziale a propria discrezione e, quindi, sulla base di valutazioni insindacabili». È l'assenza dell'obbligo di motivazione o della ragione giustificativa a sostegno del relativo esercizio a segnare la distinzione fra recesso *ad nutum* e recesso subordinato alla ricorrenza di una "*giusta causa*" o di un "*giustificato motivo*".

³⁶ Sul conto corrente di base v. G. LIACE, *Il diritto al conto corrente bancario*, op. cit., 461 ss.

soprattutto, imprese riconducibili ad assetti societari complessi o in liquidazione o operanti in settori valutati ad alto rischio dalle *compliance* dei gruppi bancari³⁷. Si tratta di esempi che sollecitano valutazioni in ordine a possibili interventi correttivi di natura legislativa, ma anche giudiziaria.

Sotto questo profilo è interessante notare come le prime pronunce sul tema sono state oggetto di ricorsi d'urgenza, motivati dalla gravità del pericolo di danno conseguente alla brusca interruzione del rapporto di conto corrente. Nel breve termine di preavviso concesso, le imprese rifiutate sono costrette a cercare soluzioni alternative e spesso non le trovano, perché il modello di analisi costi-benefici è pressoché analogo per tutte le banche del sistema. Il ricorso d'urgenza rappresenta così il tentativo estremo di ottenere salvezza all'alternativa del blocco dell'operatività e, per questa via, alla crisi d'impresa o al fallimento³⁸ o alla riorganizzazione imprenditoriale che, però, richiede tempi più lunghi. Finora, a quanto è dato conoscere, i tentativi sono risultati vani

³⁷ In questo senso Trib. Pescara, ord. 14 dicembre 2020, *cit.* Il Tribunale ha rigettato la domanda cautelare promossa da un'impresa operante nel settore dei giochi e delle scommesse ritenendo legittimo il recesso dal contratto di conto corrente esercitato da una banca di credito cooperativo in esecuzione delle disposizioni impartite dalla società capogruppo nella dichiarazione consolidata di carattere non finanziario. La decisione, una delle prime in materia di recesso dal rapporto di conto corrente, si distingue per la rilevanza data alla motivazione di recesso, attraverso cui era stato possibile verificarne sia la legittimità, stante la coerenza rispetto alle scelte imprenditoriali operate dall'impresa bancaria a monte dello specifico rapporto, sia la correttezza contrattuale, esplicitasi nella motivazione offerta e nel congruo termine di preavviso concesso.

³⁸ I provvedimenti sul tema si caratterizzano per la previa affermazione dell'ammissibilità del provvedimento d'urgenza volto ad ottenere una pronuncia "dichiarativa". Si legge in Trib. Palermo, ord., 8 febbraio 2022, *cit.* che «la tutela cautelare, in quanto diretta a scongiurare il prodursi dell'evento dannoso o ancora il suo perpetrarsi nel tempo necessario a far valere il diritto in via di azione, ben può essere esercitata anche per l'anticipazione di una pronuncia meramente dichiarativa laddove tale pronuncia sia idonea a scongiurare l'evento dannoso». E continua affermando che «non può neanche determinare un motivo di inammissibilità o ancora di cessazione della materia del contendere l'avvenuta chiusura dei due rapporti bancari, che risultavano alla data di proposizione della domanda soltanto bloccati» dal momento che «la domanda delle società ricorrenti è infatti diretta proprio alla ricostituzione di detti rapporti attraverso la invocata condanna della banca alla relativa conclusione». Nelle more della pronuncia, infatti, era accaduto che la banca aveva dato seguito alla dichiarazione di recesso, chiudendo definitivamente i conti.

o perché intervenuti troppo tardi, ossia allorquando il recesso aveva già prodotto i suoi effetti³⁹, o perché dichiarati infondati sul presupposto dell'assenza di un "diritto delle imprese al conto corrente"⁴⁰ o, ancora, perché ritenuta non provata la circostanza dell'impossibilità di ricorrere ad un approvvigionamento alternativo⁴¹.

4. *Il diritto al conto corrente: lo stato dell'arte*

Nonostante il legislatore abbia sancito uno specifico obbligo per imprese e professionisti di utilizzazione del sistema bancario per varie operazioni strumentalmente connesse all'esercizio della propria attività, tale previsione non è stata accompagnata dal riconoscimento del simmetrico diritto al conto corrente per lo meno per le imprese e i professionisti "obbligati" a ricorrere ai servizi imposti dalla legge⁴².

³⁹ A voler concordare con la dottrina maggioritaria, la dichiarazione di recesso non soltanto produce immediatamente l'effetto risolutivo, ma tale effetto non può essere "revocato" o "rinunciato". Così, per tutti, V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 542. Seguendo questo orientamento, il contraente destinatario di un recesso illegittimo potrebbe solo invocare la tutela risarcitoria e mai quella reale.

⁴⁰ Così Trib. Palermo, ord., 8 febbraio 2022, *cit.*

⁴¹ Così Trib. Trapani, ord. 15 febbraio 2022, inedita, che fonda la pronuncia di rigetto sul rilievo che non risultava provato il *periculum* prospettato, consistente «nell'impossibilità di stipulare un contratto di conto corrente con altri istituti di credito operanti sia nella zona di riferimento sia nel territorio nazionale (tramite operatività on line del rapporto)», essendo stata allegata un'unica comunicazione proveniente da una banca interpellata che aveva espressamente formalizzato il diniego all'apertura del conto corrente. Ad analoghe conclusioni giunge Trib. Pescara, ord. 14 dicembre 2020, *cit.* Sul punto non può non rilevarsi che frequentemente le richieste dei clienti rimangono del tutto prive di riscontro o il diniego viene comunicato oralmente dagli operatori. È del tutto evidente che ben di rado le imprese prestano attenzione alla formalizzazione dei rapporti e dei colloqui con le banche di riferimento e questo può tradursi in successive difficoltà sul fronte probatorio, ulteriormente accentuate nel caso di ricorso alla tutela d'urgenza.

⁴² Sul punto ancora Trib. Palermo, ord. 8 febbraio 2022, *cit.* Il provvedimento di rigetto di un provvedimento cautelare invocato per inibire le conseguenze del recesso *ad nutum* dal rapporto di conto corrente è motivato con l'affermazione che «la prescrizione di un obbligo da sola non può valere ad attribuire al soggetto che ne sia destinatario il corrispondente diritto ad accedere a quegli strumenti che gli consentano di adempiere a tale obbligo. In assenza di una specifica disciplina normativa, il relativo diritto, non può trarsi in via di necessaria consequenzialità, necessitando una concreta specificazione, da parte del legislatore, delle modalità di esercizio e dei limiti

Il cortocircuito del sistema appare in tutta la sua gravità se solo si considera che una diversa attenzione è stata riservata, prima dal legislatore europeo e poi, in sede di attuazione, da quello interno, al “consumatore”, oggi titolare del diritto al conto corrente. Circostanza, questa, da cui, si suole trarre la conferma dell’inesistenza di un analogo diritto in capo al professionista e l’impossibilità di giungere al suo riconoscimento per via interpretativa⁴³. L’indagine sulla *ratio* che ha condotto all’introduzione nel TUB degli artt. 126 *noviesdecies* e seguenti consente, però, di avallare una diversa conclusione. Il diritto del consumatore ad un conto corrente di base, spesso accessibile senza alcun costo, è strumentale alla realizzazione del processo di avvicinamento di tutti i cittadini europei ai sistemi di pagamento sostitutivi del contante, a sua volta funzionale all’obiettivo di completa dematerializzazione della moneta. Operazione possibile solo a patto della massiccia accettazione e conversione dell’intera platea dei protagonisti del mercato e soprattutto di tutti i consumatori finali, minori d’età compresi. La dematerializzazione della moneta rende indispensabile il rapporto bancario o con l’intermediario di servizi di pagamento, con la conseguenza che chi non ne è titolare è destinato all’esclusione sociale. Per tale ragione l’emarginazione finanziaria è considerata uno dei più significativi indici della moderna povertà, cui gli ordinamenti hanno reagito prevedendo servizi di base semplici, largamente accessibili e offerti a costi estremamente ridotti se non anche gratuitamente. Anche l’Italia si è adeguata a questo indirizzo di politica inclusiva, prima introducendo il c.d. conto corrente semplice che le banche avrebbero dovuto offrire ai consumatori a condizioni particolarmente vantaggiose ma che non ha avuto particolare successo.

di operatività. Diversamente ragionando si dovrebbe ritenere che le sole disposizioni impositive dell’obbligo di effettuare pagamenti attraverso movimentazioni bancarie, attribuiscono al destinatario il corrispondente diritto incondizionato alla titolarità del conto». Conclusioni, queste, non condivisibili almeno nella misura in cui può ormai dirsi acquisito il principio per cui diritti di rilevanza costituzionale non possono essere lesi a causa dell’assenza dell’intervento legislativo, cui l’autorità giudiziaria deve supplire nella misura in cui sia possibile colmare eventuali vuoti attraverso lo strumento ermeneutico.

⁴³ Così U. MORERA, *Sull’inesistenza di un diritto al conto corrente bancario in capo ai “non consumatori”* in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, 539 ss., che osserva come solo di recente comincia a registrarsi il fenomeno dell’esclusione di imprese e professionisti all’accesso ai servizi di base non scoperti e non affidati.

Successivamente, con il d.l. 201 del 2011 si è imposto a tutti i prestatori di servizi di pagamento di offrire un “conto di base” le cui caratteristiche sono poi state definite da una convenzione tra Mef, Banca d’Italia e Poste italiane. Si è però trattato di un’imposizione priva di sanzione e, forse anche per questo, scarsamente rispettata dai destinatari. Più recentemente, recependo la direttiva UE 2014/92 sulla comparabilità delle spese relative al conto di pagamento, sul trasferimento del conto di pagamento e sull’accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base (Payment Account Directive, c.d. PAD), il legislatore italiano ha introdotto nel TUB il Capo II *ter*, sulle disposizioni particolari relative ai conti di pagamento. L’art. 126 *noviesdecies*, così come modificato dal D.lgs. 15 marzo 2017, n. 37, ha espressamente riconosciuto il “diritto al conto di base” e il successivo art. 126 *vicies* sancisce la legittimità del rifiuto alla «richiesta di apertura di un conto di base» esclusivamente se fondato «sulla mancanza dei requisiti previsti dall’art. 126 *noviesdecies* o se il consumatore è già titolare in Italia di un conto di pagamento che gli consente di utilizzare i servizi indicati nell’allegato A»⁴⁴. Ma già in epoca precedente alle riforme attuative, l’Arbitro bancario e finanziario aveva negato la sussistenza di un obbligo a contrarre in capo all’intermediario solo perché l’istante era già titolare di altro conto corrente, con la conseguenza che non si era ritenuto provato che, nel caso oggetto di valutazione, ricorresse un’ipotesi di esclusione finanziaria e, dunque, sociale⁴⁵.

In sostanza, il legislatore italiano ha perso l’occasione per colmare un vuoto normativo assordante già solo sul fronte sistematico e destinato a provocare le conseguenze che cominciano ad emergere nella

⁴⁴L’art. 126 *noviesdecies* TUB ricomprende nella categoria del consumatore soggiornante legalmente nell’Unione europea «chiunque abbia il diritto di soggiornare in uno Stato membro dell’Unione europea in virtù del diritto dell’Unione o del diritto italiano, compresi i consumatori senza fissa dimora e i richiedenti asilo ai sensi della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 relativa allo status dei rifugiati, del relativo protocollo del 31 gennaio 1967 nonché ai sensi degli altri trattati internazionali in materia».

⁴⁵ ABF, Coll. Roma, 27 marzo 2015, n. 2364 in www.arbitrobancariofinanziario.it, che rigetta la pretesa della ricorrente proprio sul presupposto della titolarità di altri conti, con la conseguenza che «non si può, pertanto, ritenere che un supposto eccesso di diffidenza della banca possa tradursi nell’impedimento ad usufruire di servizi bancari minimi».

prassi⁴⁶. Piuttosto che intervenire con una previsione rivolta ai soli consumatori, proprio in considerazione della centralità ormai rivestita dal rapporto di conto corrente sia nelle relazioni sociali, sia in quelle a carattere squisitamente economico, avrebbe potuto sancire un generalizzato diritto al conto corrente da attuarsi attraverso la previsione di un vero e proprio obbligo per tutti gli intermediari abilitati ad offrire i servizi di pagamento e in particolare per quelli abilitati a fornire servizi di pagamento funzionali al perseguimento di obiettivi di natura pubblicistica. Ciò non è stato fatto, nonostante l'emersione del problema abbia condotto all'avvio di una discussione in sede parlamentare. È attualmente in esame il disegno di legge 1712 del 2020 che propone l'introduzione, nel codice civile, dell'art. 1857 *bis* sull'apertura e chiusura di un rapporto di conto corrente⁴⁷. Secondo il testo in discussione, la banca non potrebbe in alcun caso esimersi dall'apertura di un rapporto di conto corrente, né potrebbe recedervi prima della scadenza del termine in presenza di saldi in attivo⁴⁸.

L'assenza dell'espressa previsione non sembra però consentire certe preclusioni sul fronte ermeneutico. In questo senso è utile riflettere

⁴⁶ Osserva, al contrario, che la questione non avrebbe assunto una consistenza significativa tale da giustificare un intervento considerato invasivo per il sistema bancario e non adeguato alla struttura del mercato dei servizi di pagamento F. GIGLIOTTI, *Obbligo a contrarre e limiti al (diritto di) recesso nel "rapporto di conto corrente" bancario. A proposito di una recente proposta normativa*, in questa *Rivista*, 2021, specie 248, nota 4. L'assenza di un contenzioso significativo può però dipendere dalle inefficienze delle tutele e dalla scarsa propensione del singolo consumatore a ricorrere all'autorità giudiziaria anche in considerazione dei costi necessari. Il consumatore può, peraltro, più agevolmente ottenere servizi analoghi forniti dagli altri intermediari presenti sul mercato. Meno facilità hanno le imprese, che spesso necessitano di tipologie di servizi di pagamento non sempre offerti dagli altri intermediari. Si pensi alla possibilità di pagare imposte e tasse tramite F24 e avere la disponibilità di una convenzione di assegno.

⁴⁷ Per un'attenta analisi del disegno di legge e dei profili di criticità che esso solleva si rimanda a G. LIACE, *Il diritto al conto corrente bancario*, *op. cit.*, specie 462.

⁴⁸ L'incentivo all'uso della moneta dematerializzata in attuazione al sopra richiamato indirizzo europeo sta inducendo molti ordinamenti a riconoscere espressamente il diritto al conto corrente o, comunque, a sancire l'obbligo delle banche a garantire ai privati l'accesso, per lo meno, ad un conto corrente c.d. di base. Tale obbligo è, ad esempio, previsto all'art. 312-1 del Codice monetario e finanziario francese.

proprio sulla *ratio* che ha condotto all'art. 126 *novesdecies* del TUB, ben esplicitata nella direttiva UE 2014/92⁴⁹ che nelle premesse sottolinea la necessità di evitare «di discriminare i consumatori che soggiornano legalmente nell'Unione a motivo della cittadinanza o del luogo di residenza o per qualsiasi altro motivo di cui all'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea in relazione alla richiesta di aprire un conto di pagamento o all'accesso al conto all'interno dell'Unione» e, come diretta conseguenza, l'opportunità che gli Stati membri garantiscano l'accesso ai conti di pagamento con caratteristiche di base a prescindere dalle condizioni finanziarie dei consumatori, ad esempio il loro status professionale, il livello reddituale, la solvibilità o il fallimento⁵⁰. In sostanza, il servizio bancario è considerato imprescindibile perché funzionale alla piena inclusione sociale di tutte le persone e alla loro piena partecipazione ad un contesto economico profondamente trasformato e innovato. Dall'attenzione rivolta esclusivamente alla platea dei consumatori non può certo desumersi la legittimità di condotte che, di fatto, si traducono in un ostacolo o impedimento all'esercizio dell'attività d'impresa. Deve, piuttosto, trarsi conferma di un dato difficilmente controvertibile, ossia della natura essenziale rivestita, oggi, dal servizio di conto corrente.

⁴⁹ E ancor prima dalla Raccomandazione del 18 luglio 2011 (2011/442/UE) sull'accesso ad un conto di pagamento di base.

⁵⁰ Sotto questo profilo deve osservarsi che sebbene il legislatore europeo abbia perseguito la strada della massima implementazione dell'uso della moneta dematerializzata scegliendo quale destinatario privilegiato dei suoi interventi di inclusione il consumatore e, dunque, la persona fisica, il riferimento all'impresa deve ritenersi implicito. In questo senso il richiamo al fallimento è stato considerato un indice della portata più ampia dei principi dettati nella direttiva, operanti anche nei confronti degli imprenditori. In realtà, la lettura più consona alla *ratio* dell'intero provvedimento suggerisce un'interpretazione del richiamo al fallimento nel senso che l'eventuale *status* derivante dalla procedura liquidatoria dell'imprenditore non può essere condizione ostativa all'accesso al conto corrente di base di quello stesso imprenditore che dovesse rivolgersi al sistema bancario in veste di consumatore.

5. *Il diritto dell'imprenditore al conto corrente. Un'opzione perseguibile in via interpretativa?*

Se non v'è dubbio alcuno che il destinatario privilegiato delle azioni del legislatore europeo sia il consumatore, nell'accezione ormai consolidata di persona fisica che agisce per scopi estranei alla sua attività imprenditoriale e/o professionale⁵¹, altrettanto non pacifica è la conseguenza che si ritiene potersi dedurre dall'attuale riconoscimento normativo del diritto al conto corrente di base solo al cliente consumatore. E ciò sia in prospettiva europea, sia interna.

La strozzatura nell'accesso delle imprese a servizi che obbligatoriamente devono utilizzare per effettuare determinati pagamenti o incassare somme non è, evidentemente, un'emergenza avvertita in sede europea, probabilmente perché l'ipotesi di un immotivato rifiuto della banca a contrarre con un operatore del mercato è stata, almeno fino adesso, un'evenienza del tutto residuale. Generalmente le imprese richiedono servizi più articolati, e perciò più remunerativi, rispetto ai quali il conto corrente è ancillare⁵². Si pensi alle aperture di credito, alle anticipazioni bancarie e in generale a tutti i contratti di credito ben più remunerativi rispetto al semplice conto di base o di pagamento. Ma, com'è noto, non sempre le imprese rivestono i requisiti di merito per poter accedere al credito e non sempre hanno necessità di accedervi. Si pensi, ma solo per fare degli esempi, alle imprese in stato di liquidazione, ma anche a quelle che subiscono procedure esecutive o affrontano situazioni di crisi che spesso le espongono a segnalazioni pregiudizievoli.

A fronte di ciò, l'assetto complessivo degli adempimenti oggi imposto agli intermediari dalla disciplina di regolamentazione del

⁵¹ Per un recente e interessante precedente v. Trib. Ancona, ord., 29 luglio 2019, in www.osservatoriodiscriminazioni.org, che, con riguardo al caso dello straniero cui era stata negata l'iscrizione anagrafica, ha sottolineato come l'impossibilità di apertura di un conto corrente cui il datore di lavoro possa versare il salario incida sull'esercizio effettivo di diritti di rilievo costituzionale.

⁵² Tanto ciò è vero che è la stessa qualificazione del conto corrente in termini di contratto a non essere pacifica. Sul punto v. F. BARTOLINI, *Il conto corrente bancario*, in *I contratti bancari*, E. Capobianco (a cura di), Milano, 2016, 1570 che ne sottolinea il carattere misto, osservando come esso sia, contemporaneamente, «un'operazione, un metodo, un regolamento che consente di veicolare altri rapporti bancari e che può passare attraverso la confluenza di elementi propri di altre fattispecie tipiche».

sistema creditizio si traduce in evidenti maggiori costi per l'impresa bancaria, che, dunque, potrebbe ritenere più confacente al suo interesse l'esclusione dell'imprenditore considerato scarsamente remunerativo⁵³. Con la conseguenza che la logica del margine d'utile della singola posizione contrattuale finisce per essere fattore unico e determinante sul fronte del formante della volontà dell'impresa bancaria sul se contrarre o sul se continuare a mantenere un contratto in corso. E finisce per travolgere il cliente, soffocato da un'indubbia posizione di forza consentita da regole contrattuali che fanno della banca l'arbitro indiscusso del rapporto. Si adombra peraltro l'ipotesi che l'incidenza in termini di costo delle normative antiriciclaggio imposte al sistema bancario e finanziario sia una peculiarità italiana, dal momento che ben minore è stato, negli altri ordinamenti, il coinvolgimento degli operatori creditizi.

Se questo è il dato fattuale, l'evidente cortocircuito determinato, da un lato, dalla necessità, per gli intermediari, di ricerca di contraenti non solo virtuosi, ma anche remunerativi e, dall'altro, dall'essenzialità di quei servizi, non può che risolversi attraverso la sottile verifica del grado di equilibrio perseguibile all'interno del singolo rapporto contrattuale nel quale gli effetti di quel cortocircuito si riverberano. L'eliminazione delle externalità negative spetta, come sempre, al giudice e alla sua capacità di ricercare, fra le trame dell'ordinamento, gli elementi che consentano l'applicazione costituzionalmente orientata delle norme o comunque un'attuazione coerente con principi cardine quali la correttezza contrattuale, espressione, a sua volta, del valore pregnante della proporzionalità e continenza nell'esercizio dei rispettivi diritti.

In questa prospettiva devono tenersi distinte le ipotesi dell'imprenditore rifiutato *ab inizio* dal mercato dalle situazioni di interruzione di un rapporto contrattuale *in itinere*. Essendo già avviata la riflessione sulla brusca interruzione del rapporto bancario e sul possibile inquadramento nell'alveo della teoria dell'abuso del diritto, converrà avviare l'indagine partendo dalla valutazione dei presupposti di legittimità del recesso *ad nutum* dal rapporto di conto corrente per

⁵³ Si considerino, ad esempio, l'ampiezza degli obblighi di verifica e segnalazione imposti dalla sopra richiamata Direttiva 231/2007, con gli ovvi riflessi sul fronte dei costi per l'impresa bancaria.

poi verificare se, alla luce della complessa trama normativa di riferimento, possa proporsi una opzione ermeneutica volta a ritenere applicabile il rimedio dell'obbligo a contrarre anche in assenza di un'espressa previsione normativa in tal senso.

6. *Conto corrente bancario e recesso ad nutum*

Coerentemente al tradizionale disvalore per i rapporti contrattuali perpetui, l'art. 1833 c.c. consente alle parti del contratto di conto corrente a tempo indeterminato di recedere liberamente dallo stesso senza necessità di giustificazione alcuna, previa concessione al destinatario della relativa comunicazione di un termine di preavviso di dieci giorni. Analoga facoltà è riconosciuta nel caso in cui le operazioni bancarie siano regolate in conto corrente. A norma dell'art. 1855 c.c., se l'operazione è a tempo indeterminato, ciascuna parte può liberamente recedere, dando il preavviso nel termine stabilito dagli usi o, in mancanza, entro quindici giorni. L'impianto codicistico è completato dal dettato del TUB. Ai sensi dell'art. 120 *bis* del testo unico, il cliente ha diritto di recedere in ogni momento da un contratto a tempo indeterminato senza penalità e senza spese e analogo diritto è riconosciuto, all'art. 126 *septies* del TUB, all'utilizzatore di servizi di pagamento. In aderenza alle suddette norme, i contratti standard che regolano i rapporti di conto corrente bancario prevedono sempre il diritto di recesso *ad nutum*, sottoponendolo ad un termine di preavviso normalmente non superiore a quindici giorni. In sostanza, il legislatore è intervenuto sul contenuto del contratto per garantire che il cliente sia effettivamente libero di interrompere in qualsiasi momento il rapporto contrattuale, senza che la previsione di costi possa influenzare la sua autonomia. Nessuna attenzione è stata invece rivolta al recesso da parte dell'impresa bancaria, che continua ad essere regolato dalle norme del codice civile. La banca e, in generale, gli intermediari creditizi, non soggiacciono ad alcun obbligo di motivazione delle ragioni del recesso, di guisa che, almeno secondo l'impostazione tradizionale, cui, anche di recente, i Tribunali continuano ad uniformarsi, al giudice sarebbe precluso qualsiasi sindacato volto alla verifica delle ragioni sottese

all'interruzione del rapporto⁵⁴. Sindacato che, però, comincia opportunamente a far capolino, sull'onda dell'indirizzo interpretativo sul controllo della c.d. buona fede in *executivis* inaugurato dalla nota pronuncia del 2009 sul caso Renault⁵⁵. I precedenti noti riguardano soprattutto il recesso da aperture di credito regolate in conto corrente. La continenza del comportamento della banca è valutata considerando la ragione giustificatrice posta a fondamento della determinazione ad interrompere il rapporto. Così che la sopravvenienza di una esposizione debitoria ritenuta rilevante o l'avvenuto protesto di titoli in danno al

⁵⁴ In questo senso Trib. Palermo, ord., 20 settembre 2019, inedita, che fonda il rigetto cautelare dell'impresa ricorrente ritenendo che la pretesa dell'obbligo di motivazione o giustificazione del recesso contrasterebbe con la *ratio* ispiratrice dell'art.1855 c.c., «consistente nella possibilità attribuita a ciascun contraente di liberarsi da un vincolo contrattuale di durata illimitata che, diversamente, sarebbe invece destinato a protrarsi indefinitamente».

⁵⁵ Ci si riferisce a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, secondo cui la circostanza che nel contratto sia validamente inserita una clausola che accorda ad una delle parti il diritto di recesso *ad nutum* non impedisce al giudice di valutare che il concreto esercizio del relativo potere risulti legittimo alla stregua dei principi di buona fede e di proporzionalità. Quest'ultimo criterio consente di contemperare gli interessi contrapposti delle parti e di sindacare gli atti di esercizio dei diritti in termini di congruità del mezzo rispetto al fine. Nello specifico, com'è noto, la Corte aveva annullato con rinvio la sentenza di merito, la quale aveva ritenuto che il recesso, esercitato da una delle parti di un contratto di concessione di vendita nel quadro di un riassetto aziendale, fosse insuscettibile di ogni controllo causale, in quanto espressamente autorizzato da una valida clausola negoziale. La letteratura sul tema è sterminata. Per i contributi più significativi e senza pretesa di esaustività si rimanda a G. SANTORO, *L'abuso del diritto di recesso ad nutum*, in *Contr. impr.*, 1986, 766 ss.; F. GALGANO, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. impr.*, 1998, 18 ss; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e recesso: i diversi rimedi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5, 2019, 960 ss; M. DELLACASA, *Il recesso arbitrario tra principi e rimedi*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, 13 ss. Sulla buona fede come fonte di integrazione, G. D'AMICO – S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2015; V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria del potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 769 ss.; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, specie 118 ss.; G. GITTI, *La determinazione del contenuto*, in *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, G. Gitti e Villa (a cura di), Bologna, 2008, 95 ss; D. MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in *Contratti*, 2003, 625 ss. Analogo principio è stato recentemente ribadito da Cass., 29 maggio 2020, n. 10324, in <https://www.iusexplorer.it/dejure>.

cliente sono certamente condizioni giustificatrici e tali da consentire l'apprezzamento in termini di comportamento corretto della banca⁵⁶. Il comportamento della banca che recede in assenza di superamento del fido concesso è, invece, da considerarsi illegittimo in ragione di un'interpretazione del contratto secondo buona fede, ove in concreto, assuma connotati del tutto imprevisi ed arbitrari, contrastando, cioè, con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai rapporti usualmente tenuti con la banca ed all'assoluta normalità commerciale di quelli in atto, abbia ritenuto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto e non sia, dunque, pronto alla restituzione, in qualsiasi momento, delle somme utilizzate. Si ritiene comunque che sia il debitore che agisce per l'accertamento dell'arbitrarietà del recesso a dover allegare l'irragionevolezza delle giustificazioni addotte, dimostrando la sufficienza della propria garanzia patrimoniale⁵⁷.

Meno numerosi sono i precedenti noti che riguardano il recesso da rapporti di conto corrente semplice. Sulle presumibili ragioni, dipendenti dalla scarsa efficienza dei rimedi giurisdizionali offerti

⁵⁶ Così Cass., 22 dicembre 2020, n. 29317 in <https://www.iusexplorer.it/dejure>, che promuove il recesso "ad nutum" della banca, anticipato da una comunicazione al cliente con congruo preavviso, non solo perché trattasi di facoltà espressamente prevista dall'art. 1845, comma 3, c.c. ma perché «il suo esercizio non entra in conflitto con il principio generale di buona fede, sancito dall'art. 1375 c.c., allorché il debitore abbia ripetutamente, e in modo del tutto ingiustificato, superato il limite di affidamento concesso», rilevando peraltro che l'inerzia della banca di fronte a tali comportamenti non può essere intesa come implicita autorizzazione all'innalzamento del limite dell'apertura di credito, costituendo piuttosto un atteggiamento di mera tolleranza, in attesa del corretto adempimento da parte del correntista dell'obbligo di rientrare dall'esposizione non autorizzata. Analogamente v. Trib. Parma, 4 settembre 2018, n. 1167, in <https://www.iusexplorer.it/dejure> che considera legittimo il recesso, ancorché non preceduto dal congruo termine di preavviso, in presenza di una esplicita deroga in tal senso contenuta nel regolamento contrattuale, stante la natura dispositiva dell'art. 1845 c.c., ma fa comunque salvo il controllo del giudice sulla buona fede *in executivis*. È la parte che assume l'illegittimità del recesso ad avere l'onere di enunciarne le ragioni e di fornire la relativa prova. In generale, la sussistenza di elementi quali la forte esposizione debitoria e l'avvenuto protesto di assegni rende di per sé giustificata e comunque non arbitraria e non contraria a buona fede la revoca del fido e la richiesta di rimborso delle somme. In questo senso Trib. Livorno, 9 maggio 2016, n. 607 in <https://www.iusexplorer.it/dejure>.

⁵⁷ Così Cass., 24 agosto 2016, n. 17291 in <https://www.iusexplorer.it/dejure>. Lo stesso orientamento è chiaramente espresso da Trib. Salerno, 5 ottobre 2016, n. 4442, anch'essa in <https://www.iusexplorer.it/dejure>.

all'impresa privata si è già detto. Le poche pronunce a disposizione confermano, però, più o meno implicitamente, la legittimità del sindacato giudiziale sul piano della dinamica esecutiva del singolo rapporto contrattuale. Emblematica, in tal senso, è l'ordinanza del Tribunale di Palermo del 14 gennaio 2021, che mostra di prendere le distanze da precedenti ancora fortemente ancorati al dogma della intangibilità dell'autonomia privata insita nell'impostazione tradizionale del recesso *ad nutum*, scegliendo, invece, di valutare in concreto il comportamento dell'impresa bancaria⁵⁸. E mostrando di aderire ai rilievi secondo cui la banca avrebbe, di fatto, l'obbligo di rappresentare le ragioni giustificatrici del recesso esercitato, almeno tutte le volte in cui è destinataria di un'espressa richiesta in questo senso. Ne consegue, di fatto, un'abrogazione tacita delle norme codicistiche che prevedono il recesso *ad nutum* in ambito bancario. Il controllo della buona fede *in executivis* importa e impone la necessità di conoscere le ragioni che fondano la volontà di interruzione del rapporto. Ragioni che dovranno essere comunicate al cliente, tutte le volte in cui è richiesto⁵⁹. È, dunque, già a monte, da considerarsi illegittimo il comportamento della banca che si rifiuta di comunicare al cliente le ragioni del suo recesso. E d'altra parte, essendo socialmente tipizzate le situazioni che assurgono a giustificati motivi, è evidente che al loro ricorrere la banca non avrebbe alcun motivo per non esplicitarle. Di guisa che la pretesa di segretezza appare piuttosto nascondere ragioni fondate sulla mera logica della convenienza economica di un certo cliente, sulla cui coerenza con il sistema e la conseguente possibile valutazione sul fronte della correttezza esecutiva, può dubitarsi.

L'obbligo di comunicazione delle motivazioni poste a base del recesso consente peraltro al cliente di eventualmente adeguarsi alle necessità rappresentate dalla banca. Nel caso sottoposto all'esame del Tribunale di Palermo, ad esempio, la decisione di recesso sarebbe stata fondata sulla ritenuta opacità della struttura societaria dell'impresa

⁵⁸ Sollecitando, certamente, altri ordini di riflessione, come quelli concernenti l'ampiezza del sindacato giudiziario allorché si agisca in ambito cautelare e dunque in un contesto caratterizzato dalla sommarietà della prova ma, al contempo, dalla necessità di una risposta celere.

⁵⁹ D'altra parte che vi sia un ormai generalizzato diritto di accesso agli atti ogni qualvolta un procedimento involga posizioni giuridiche soggettive non pare potersi dubitare.

cliente, tale da non consentire l'assolvimento, da parte della banca, degli obblighi imposti dalla normativa antiriciclaggio. Non è da escludere che, posta innanzi al rischio di un grave impedimento all'attività, l'impresa prenda in considerazione le esigenze spiegate al fine di preservare, eventualmente rimodulandolo, un rapporto essenziale. L'instaurazione di una fase dialettica, necessaria in un contesto contrattuale che si sviluppa nel tempo e, ancora una volta, in linea con il principio di trasparenza, può ricondurre il rapporto entro l'alveo della convenienza/efficienza contrattuale reciproca, consentendo la riallocazione dei rispettivi interessi ed eliminando il rischio di contenzioso.

6.1 *Una proposta di rilettura del recesso codicistico alla luce del principio di trasparenza*

In realtà, l'abrogazione delle norme sul recesso *ad nutum* sembra di fatto essere avvenuta, in via generale e a partire dalle stesse regole che il contratto deve contenere, per il tramite del principio di trasparenza, ancor prima che della buona fede *in executivis*. E ciò non soltanto in quanto principio retto dal crisma della specialità, che gli consente di prevalere sulle norme codicistiche, ma anche perché, entro il suo specifico ambito di applicazione, è dotato di una valenza generale assai rara⁶⁰, rivolgendosi incondizionatamente a tutti i rapporti bancari con qualunque cliente. Esso è certamente il criterio interpretativo per eccellenza che consente l'adeguamento teleologico delle norme del 42 al nuovo contesto di riferimento di cui il testo unico bancario è espressione. Già da una prospettiva statica, appare, infatti,

⁶⁰ La trasparenza anima tutti i rapporti bancari, tanto da essere considerato il ponte di congiunzione fra i controlli di matrice pubblicitica demandati alle autorità competenti e quelli di natura privatistica incidenti sul contenuto del contratto. Anche sulla trasparenza bancaria la letteratura è sterminata. Per alcuni riferimenti si rinvia a G. ALPA, *La trasparenza del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur. it.*, 1992, IV; E. CAPOBIANCO - F. LONGOBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Contr. Impr.*, 2011, 1142 ss.; A. LUPOI, *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie e di investimento (note alle Nuove Istruzioni di Banca d'Italia sulla trasparenza)*, in *Contr. Impr.*, 2009, 1244 ss.; S. PAGLIANTINI, voce «Trasparenza contrattuale», in *Enc. Dir.*, Annali, Vol. V, Milano, 2012; P. RESCIGNO, «Trasparenza bancaria» e diritto «comune» dei contratti, in *Banca borsa tit. cred.*, 1990, I, 297 ss.

inconciliabile con il principio di trasparenza un diniego a manifestare le ragioni dell'allontanamento del cliente fondato sul mero richiamo a regole chiaramente obsolete e concepibili in un contesto economico retto da ben altra impostazione valoriale.

Non si ignora che la trasparenza bancaria ha innanzitutto operato sul fronte del comportamento precontrattuale e del contenuto del contratto, di guisa da calmierare la maggiore forza di mercato, potenziata dalla standardizzazione delle condizioni negoziali, stabilendo obblighi informativi e limitando l'autonomia dell'impresa bancaria sotto il profilo del contenuto del negozio. Ma non pare potersi dubitare che la trasparenza è – e deve essere – anche parametro di valutazione del rapporto *in fieri*. Una valutazione rimessa, in prima battuta, alle Autorità di vigilanza, a questo compito richiamate espressamente dall'art. 127 TUB e, solo in secondo luogo, all'arbitro bancario e/o all'autorità giudiziaria.

Alcune notazioni sono però necessarie. Il controllo sulla correttezza dei rapporti con la clientela è ancora oggi presidiato da regole di segretezza che spesso finiscono per frustrare le esigenze del cliente e la possibilità di verifica del comportamento della banca. Ricevuto un esposto, la Banca d'Italia chiede chiarimenti agli intermediari sottoposti al suo controllo e trae elementi utili alla sua funzione. L'intermediario può, per il suo tramite, essere sollecitato a fornire le indicazioni utili al cliente. I risultati delle verifiche non vengono però diffusi, di guisa che, se l'intermediario continua a rifiutarsi di collaborare, l'unica soluzione per l'impresa è il ricorso all'arbitro bancario o all'autorità giudiziaria e la conseguente necessità di attendere i tempi di una decisione. Ma la prospettiva temporale è l'ostacolo più evidente ad una situazione che richiederebbe un intervento immediato. È la ragione per cui i Tribunali, investiti di un'eventuale istanza in sede cautelare, dovrebbero inibire l'interruzione del servizio di conto corrente anche *inaudita altera parte*, in forza di un bilanciamento dei contrapposti vantaggi e sacrifici che dovrebbe condurre ad una maggiore considerazione per la posizione del cliente minacciato dall'interruzione del servizio piuttosto che quella dell'intermediario che nessun pregiudizio immediato può ricevere dal mantenimento del rapporto per il tempo necessario all'istruzione seppur sommaria del procedimento.

7. Il servizio di conto corrente quale servizio essenziale. L'obbligo a contrarre

Ancor più fitta di aspetti problematici è la verifica dei rimedi invocabili dall'impresa per "ottenere" il servizio di conto corrente in presenza di un rifiuto della banca o dell'intermediario a contrarre. La prospettiva, in questo caso, è del cliente "escluso" *ab initio* dal rapporto, in un ambito in cui non è richiesta alcuna verifica di meritevolezza ma solamente gli adempimenti connessi all'identificazione del contraente e le eventuali ulteriori verifiche imposte dalla normativa antiriciclaggio. Le difficoltà concernono, innanzitutto, la qualifica, in termini di essenzialità, di un servizio concesso – e dunque, almeno astrattamente, reperibile – in regime di concorrenza. L'impresa bancaria e, in generale, gli intermediari creditizi, operano per antonomasia in un sistema di libera concorrenza e ciò potrebbe essere sufficiente ad escludere gli strumenti rimediali tipici previsti in caso di negato accesso al servizio. Se, però, come nel caso che ci occupa, la strozzatura sul mercato esiste, al privato la risposta deve essere garantita e ciò indipendentemente dall'accertamento delle ragioni di fondo di un vizio di funzionamento che meriterebbe la giusta attenzione da parte degli organi di vigilanza⁶¹.

In questa prospettiva, prima ancora di valutare la natura del servizio al fine di verificare la possibile applicazione estensiva o analogica dell'art. 1697 c.c.⁶², occorre riflettere, a monte, sul binomio obbligo –

⁶¹ Sotto questo profilo non possono non sollevarsi perplessità sulla più volte invocata "segretezza" del procedimento di controllo. A fronte delle segnalazioni dei privati, la Banca d'Italia assume le necessarie informazioni rivolgendosi direttamente all'intermediario. I risultati delle audizioni sono però secretati e l'eventuale approfondimento delle ragioni del cliente sono necessariamente demandate al controllo arbitrale o giudiziale. Ciò ostacola la celerità e la stessa efficacia della risposta.

⁶² Secondo l'orientamento maggioritario, l'art. 1697 c.c. è norma speciale e in quanto tale sottratta alla possibile applicazione al di fuori della fattispecie normativa di riferimento. Richiama la natura di servizio essenziale e, conseguentemente, l'applicabilità, nella specie, dell'art. 1697 c.c., Trib. Palermo, ord. 14 gennaio 2021, cit. che ritiene non scontata «l'esclusione dell'applicabilità analogica dell'art. 1679 c.c. che – nei limiti della compatibilità con i mezzi ordinari dell'impresa, secondo le condizioni generali stabilite o autorizzate nell'atto di concessione e rese note al pubblico – prevede l'obbligo a contrarre per coloro che esercitano servizi di linea per concessione amministrativa». Osserva il Tribunale che «pur essendo scomparsa dal TUB la qualificazione dell'attività bancaria in termini di funzione di interesse

diritto. Così, se l'impresa è obbligata a dotarsi di un conto corrente perché ciò è imposto da norme imperative, a tale impresa l'accesso al conto corrente "deve" essere garantito. L'obbligo, imposto per legge, all'utilizzo di un determinato servizio, accompagnato dall'espressa sanzione al ricorso a strumenti alternativi, connatura necessariamente quel servizio in termini di "essenzialità" e ciò a prescindere dalla specifica qualificazione normativa⁶³. L'essenzialità non è affatto esclusa dal regime concorrenziale in cui opera l'impresa che offre il servizio. Le frizioni di mercato e gli ostacoli alla possibilità di approvvigionamento, sono condizioni sufficienti per concedere le tutele esistenti⁶⁴. L'obiezione teorica secondo cui non ogni obbligo condurrebbe necessariamente alla previsione del diritto necessario all'adempimento sbiadisce rispetto alla ben più rilevante osservazione

pubblico, contenuta invece nella legge bancaria del 1936, e, pur essendo l'esercizio dell'attività bancaria subordinato al rilascio di una autorizzazione (art. 14 co. 2, TUB); per un verso non può affermarsi che l'attività privatistica delle banche e il conseguente fisiologico perseguimento da parte loro di obiettivi di efficienza e redditività, siano avulse dagli interessi generali che sono sottesi all'esercizio del credito e alla raccolta del risparmio (art. 47 Cost) e, per altro verso, va evidenziato (anche) sulla scorta delle norme richiamate in ricorso che, a sempre più numerosi fini, è ormai indispensabile, quando non obbligatorio di fatto, dotarsi di un conto corrente bancario ordinario». Fa un passo indietro Trib. Palermo, ord., 8 febbraio 2022, cit. che nega l'applicabilità dell'art. 1679 c.c., sia in ragione della natura tassativa delle disposizioni che prevedono obblighi a contrarre, ma, nella specie, «in quanto il TUB prevede per l'attività bancaria, non più definita come funzione di interesse pubblico, il solo rilascio di autorizzazione (art. 14, co. 2) con conseguente esclusione della configurabilità del servizio reso in termini di servizio pubblico essenziale; né dalle diverse disposizioni che prevedono un obbligo di disposizione attraverso versamenti bancari».

⁶³ Non ha difficoltà a qualificare l'attività bancaria in termini di servizio pubblico essenziale F. MERUSI, sub *art. 47*, in *Commentario alla Costituzione. Rapporti economici*, G. Branca (a cura di), III, Artt. 45-47, Bologna-Roma, 1980, 153 ss. *Contra* Trib. Palermo, ord., 8 febbraio 2022, cit.

⁶⁴ In questo senso, per tutti, P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 39. Secondo l'Autore «la libertà di scegliere il contraente ed il potere di determinare il contenuto del regolamento negoziale debbono trovare la loro naturale contropartita nella possibilità per il contraente rifiutato di soddisfare altrimenti le proprie esigenze rivolgendosi ad altri analoga richiesta specie ove si tratti di beni o servizi occorrenti per la propria attività o per le normali esigenze della vita. Quando questa possibilità non sussiste in concreto, il richiamo alla libertà contrattuale, a fondamento del rifiuto di contrarre, non appare soddisfacente ai fini del giudizio di liceità».

fondata sulla particolare struttura del mercato di riferimento⁶⁵. Il riconoscimento del diritto può certamente desumersi dalla previsione di obblighi, se non fosse perché il servizio che dovrebbe essere l'oggetto di un diritto, allo stato non normativamente riconosciuto, è strumento di attuazione di libertà non solo perfettamente tipizzate ma anche di indubbia rilevanza costituzionale. Il riferimento è, ovviamente, all'art. 41 della Cost., che tutela e garantisce l'iniziativa economica privata, di guisa che un ordinamento che impone obblighi senza assicurare ai privati di poter accedere agli strumenti per adempiere a tali obblighi finisce per attentare ad una libertà costituzionalmente protetta. Il sillogismo appena descritto legittimerebbe soluzioni giurisprudenziali ben più coerenti con il sistema delle fonti e di rottura rispetto alle conclusioni che si pretende di desumere dall'esclusivo riconoscimento del conto di base al solo consumatore⁶⁶. Un riconoscimento, come si è detto, che si giustifica nel contesto degli obiettivi perseguiti dalla direttiva PAD ma da cui non è affatto legittimo inferire conclusioni lontane dalla logica del legislatore europeo, prima che interno.

Accolta questa prospettiva, l'obbligo a contrarre è deputato ad essere lo strumento che consente l'attuazione del diritto. Non necessariamente del "diritto al conto corrente" che, appunto, ancora non è testualmente riconosciuto. Ma del diritto d'impresa, cui il servizio di conto corrente è strumentale. Una soluzione peraltro in linea con la ricostruzione dogmatica dell'obbligo a contrarre, tradizionalmente qualificato come strumento giuridico a protezione di tutte quelle condizioni economiche

⁶⁵ Secondo Trib. Palermo, ord., ult. cit., «la prescrizione di un obbligo da sola non può valere ad attribuire al soggetto che ne sia destinatario il corrispondente diritto ad accedere a quegli strumenti che gli consentano di adempiere a tale obbligo. In assenza di una specifica disciplina normativa, il relativo diritto, non può trarsi in via di necessaria consequenzialità, necessitando una concreta specificazione, da parte del legislatore, delle modalità di esercizio e dei limiti di operatività. Diversamente ragionando si dovrebbe ritenere che le sole disposizioni impositive dell'obbligo di effettuare pagamenti attraverso movimentazioni bancarie, attribuiscano al destinatario il corrispondente diritto incondizionato alla titolarità del conto». Non è la prima volta che il Giudice è chiamato a colmare evidenti vuoti normativi e a tale attività di supplenza non può sottrarsi tutte le volte in cui, al verificarsi dei presupposti legittimanti l'intervento di tutela, può garantire l'interesse privato attraverso una lettura costituzionalmente orientata del contesto normativo di riferimento.

⁶⁶ A detta del Trib. Palermo, ord., ult. cit., il riconoscimento del diritto al conto corrente di base solo al consumatore non consentirebbe al giudice di estenderne la portata normativa.

o sociali considerate meritevoli di tutela che risulterebbero inevitabilmente compromesse dal libero e incontrollato esplicarsi delle logiche di mercato⁶⁷. In questa prospettiva, il rimedio ha certamente una valenza generale che consente al meccanismo stigmatizzato all'art. 1697 c.c. di espandersi al di fuori del paradigma tipico⁶⁸. Ancora una volta la soluzione, strumentale all'effettività di diritti costituzionalmente protetti, è rimessa al giudice chiamato a valutare la legittimità della pretesa.

A questo punto la prospettiva si sposta sul fronte della valutazione della c.d. discrezionalità della banca nella scelta del contraente e involge l'interrogativo sulla possibilità che la banca opponga una incontrastata autonomia decisionale nella valutazione del cliente e comunichi il rifiuto senza fornire alcuna motivazione delle ragioni della sua scelta. Il profilo è stato già oggetto di indagine e riguarda sia i casi in cui il presupposto della prestazione bancaria sia la valutazione in termini di meritevolezza del cliente, sia le fattispecie in cui tale valutazione non sia richiesta.

Con riguardo al primo profilo, è stata ad esempio avanzata la possibilità di riconoscere un vero e proprio diritto al credito⁶⁹. L'opzione muove dall'osservazione che il comportamento del banchiere nell'erogazione del credito è tutt'altro che libero. L'ambito della discrezionalità bancaria è, infatti, condizionato dalla fitta trama di regole esogene, volte ad assicurare la generale tenuta del sistema, che si traducono in simmetriche regole endogene, frutto del potere di

⁶⁷ La letteratura, sul tema, è ricca anche se piuttosto risalente. Senza pretesa di esaustività si rimanda a C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004, specie 3 ss.; M. LIBERTINI - P. M. SANFILIPPO, voce «*Obbligo a contrarre*», in *Digesto/civ.*, XII, Torino, 1995, 482-483; A. DI MAJO, voce «*Obbligo a contrarre*», in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990, 1 ss.

⁶⁸ Vi sono molteplici riferimenti testuali che consentono di affermare come l'obbligo a contrarre possa considerarsi rimedio generale atto a garantire il riequilibrio di posizioni di mercato non soltanto dipendenti da situazioni di monopolio o dalle caratteristiche specifiche di alcuni settori economici, ma riferibile a tutte le situazioni in cui un'impresa sia in posizione di debolezza rispetto ad un'altra. Si pensi al divieto di rifiuto abusivo di contrarre di cui all'art. 3 della Legge 10 ottobre 1990, n. 287, imposto all'impresa dominante e il rifiuto di contrarre individuato quale fattispecie abusiva della situazione di dipendenza economica dall'art. 9 della Legge 18 giugno 1992, n. 192 sulla subfornitura.

⁶⁹ Così F. SARTORI, *Deviazioni del bancario e dissociazioni dei formanti: a proposito del diritto al credito*, in *Giust. civ.*, 3, 2015, *passim*.

autoregolamentazione di ciascun istituto. Il processo di gestione del rischio creditizio è definito nei regolamenti interni degli istituti, periodicamente aggiornati nel rispetto delle linee operative dettate dalle Autorità di vigilanza. Di guisa che la valutazione del cliente e l'eventuale sua ammissione a finanziamento è frutto di un procedimento rispettoso di regole tecniche prestabilite e in quanto tali prevedibili e preventivabili. In questo senso l'ambito della discrezionalità nella scelta se concedere il credito o no è estremamente ridotto, tanto da autorizzare a concludere che va riconosciuto il diritto al credito meritevole⁷⁰. La procedura tecnica permette, poi, il controllo sul fronte della diligenza del banchiere e ciò, eventualmente, anche al fine del vaglio di eventuali responsabilità ascrivibili sia alla fase pre-contrattuale⁷¹, sia a quella contrattuale⁷².

Ma vi sono altri ambiti in cui si è indagato sulla previsione di un obbligo a contrarre a carico del banchiere, come nel caso della domanda volta alla conclusione del contratto di deposito, dei contratti di concessione del credito il cui disciplinare sia prefissato dalla legge o da atti amministrativi⁷³ e anche, della concessione di servizi non

⁷⁰ Così F. SARTORI, *op. cit.*, 12 che osserva come la discrezionalità tecnica di cui sono titolari le banche sia basata sulla verifica della sussistenza di determinati pre-requisiti di natura tecnica richiesti dalla legge. Ne consegue che, «determinata la sussistenza dei pre-requisiti richiesti dal legislatore, l'atto di erogazione è atto dovuto non sussistendo, sull'*an*, un ulteriore ambito di discrezionalità». Di diversa opinione la dottrina tradizionale. Cfr. M. NIGRO, *Profili pubblicitici del credito*, Milano, 1969, 108 ss.; P. ABBADESSA, voce «*Obbligo di far credito*», in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, 530 ss.; A. GALASSO, voce «*Finanziamenti pubblici*», in *Novissimo Dig., Appendice*, Torino, 1980, III, 777 ss. Di diversa opinione S. MAZZAMUTO, *Il rapporto di finanziamento «agevolato»: aspetti privatistici dell'attuazione*, in *Credito e moneta*, C.M. Mazzoni - A. Nigro (a cura di), Milano, 1982, 48.

⁷¹ Di guisa che sarà possibile valutare l'eventuale responsabilità pre-contrattuale della banca che in presenza dei presupposti di meritevolezza rifiuti di concedere il credito; così come sarà valutata la responsabilità della banca per concessione abusiva del credito tutte le volte in cui la particolare esposizione del cliente avrebbe dovuto consigliare un atteggiamento più prudente. Sul punto, F. SARTORI, *op. cit.*, 9.

⁷² Sia sul fronte della responsabilità aquiliana, posto che il vaglio della diligenza del banchiere avveduto consente di escludere la fattispecie della concessione abusiva del credito, fonte di danno per le altre imprese indotte a concedere credito sulla base delle false informazioni circolanti sul mercato.

⁷³ Così A. NIGRO, *Attività bancaria e vincoli a contrattare delle banche*, in *Foro It.*, 1985, 322, che fa l'esempio di crediti agevolati rispetto ai quali l'istituto di credito

caratterizzanti l'attività bancaria tipica come, appunto, le deleghe di pagamento.

Si tratta di tutti quei casi in cui il presupposto per l'instaurazione del rapporto è sancito dalla legge e la banca svolge una funzione di tramite per il raggiungimento dei fini da essa previsti. Il tema dell'ambito di discrezionalità riconosciuto in questi casi alla banca e, dunque, della legittimità di un suo eventuale rifiuto a contrarre, deve essere oggi riletto in relazione alla normativa antiriciclaggio, perché il giudizio di "meritevolezza" del cliente comporta anche l'adempimento dei nuovi obblighi imposti, a partire dall'adeguata verifica e dalla valutazione del rischio di utilizzo del sistema a fini di riciclaggio. Anche sotto questo profilo si apre una nuova prospettiva di indagine, che attiene al margine di valutazione giudiziaria. Dai pochissimi precedenti sembra emergere un atteggiamento di scarsa consapevolezza circa i rischi connessi ad un richiamo "abusivo" agli obblighi che discenderebbero dalla relativa normativa. Oltre al precedente del Tribunale di Palermo, ancor più recentemente, in un caso riguardante il rifiuto a concedere un mutuo agevolato⁷⁴, il Collegio dell'ABF di Torino ha precisato di non potersi sostituire all'intermediario nel valutare la convenienza economica di un'operazione di finanziamento⁷⁵, ma neanche nella valutazione del c.d. rischio riciclaggio, rientrando, anche questo, nell'alveo della discrezionalità delle scelte, come tali sottratte ad un potere valutativo e sostitutivo dell'Arbitro⁷⁶. Si tratta di soluzioni che non convincono proprio in considerazione del dato di fondo che anima il rapporto banca-

sia privo di qualsiasi potere decisionale, dovendo soltanto curare l'istruttoria tecnica, nonché dei servizi accessori, quali, già allora, il pagamento delle imposte.

⁷⁴ Si tratta di ABF, Coll. Torino, 14.3.2022 in *www.ilcaso.it*. Nella specie i ricorrenti contestavano all'intermediario resistente, ente finanziatore regionale, di aver negato l'erogazione di un mutuo agevolato per la ristrutturazione di immobili in assenza di idonea motivazione e travalicando i poteri attribuiti dalla normativa regionale di riferimento. Chiedevano quindi il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti, invocando il legittimo affidamento che gli stessi avevano riposto sull'erogazione del mutuo controverso.

⁷⁵ Richiamando, in tal senso, alcuni precedenti come, specificamente, la decisione del medesimo Collegio, n. 6850 del 2021.

⁷⁶ A detta del Collegio, tali obblighi si modulano in base al principio dell'approccio basato sul rischio, in ragione del quale «l'intensità e l'estensione degli obblighi di adeguata verifica sono modulati secondo il grado di rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo associato al singolo cliente».

cliente. La banca non può agire come un qualsiasi imprenditore privato ed è compito, innanzitutto, delle autorità di vigilanza ma, in seconda battuta, dell'arbitro bancario e dell'autorità giudiziaria controllare l'effettiva funzionalizzazione del banchiere accorto alla realizzazione degli interessi di rilevanza pubblica ad esso affidati. Escludere questa possibilità di controllo significa creare un ingiustificato spazio di immunità, inconciliabile con l'assetto valoriale che anima l'esercizio dell'impresa bancaria.

7.1 Obbligo a contrarre e ruolo del giudice

Come dimostrano i precedenti richiamati, si registra un crescente contenzioso che riguarda imprese a cui è negato l'accesso al servizio di conto corrente. Si è già detto che l'apparente scarsa rilevanza del problema, che si vorrebbe desumere da percentuali di contenzioso ancora poco significative, è in realtà dovuta alla comprensibile resistenza del privato ad adire l'autorità giudiziaria, ben consapevole dei tempi necessari per ottenere una soluzione del tutto incompatibili con l'esigenza di tutela. Nella prassi, il cliente rivolge alla banca una richiesta informale che, normalmente, è esitata positivamente e in un breve lasso di tempo. Spesso il diniego al servizio non è comunicato. Sono rarissimi i casi in cui la banca o l'intermediario dichiarino per iscritto di non voler o poter accogliere la richiesta del cliente e ancor più rare le ipotesi in cui la banca o l'intermediario forniscano una giustificazione al diniego. Circostanza, questa, che ulteriormente conferma l'importanza che può assumere la comunicazione delle ragioni che l'impresa pone a sostegno delle sue determinazioni, sia sotto il profilo della possibilità per il cliente di "adattarsi" alle necessità del mercato, sia nella prospettiva del controllo di legittimità delle stesse.

Il possibile intervento suppletivo del giudice presuppone che il cliente rifiutato sia in grado di dimostrare di essere destinatario di un rifiuto generalizzato⁷⁷. Ciò vuol dire che dovrebbe rivolgere per iscritto la richiesta di apertura del conto corrente a diversi intermediari ed eventualmente, a fronte del silenzio o della comunicazione informale di

⁷⁷ Anche se, a ben vedere, dovrebbe ritenersi sufficiente anche un solo rifiuto immotivato. Il banchiere diligente, che svolge la sua impresa in funzione degli interessi della collettività, deve motivare le ragioni che giustificano l'esclusione del cliente.

rifiuto, sollecitare la comunicazione delle ragioni del diniego. Solo in questo modo il giudice potrebbe valutare l'impossibilità per il cliente di trovare alternative di approvvigionamento, condizione indefettibile del suo intervento, per poi valutare l'illegittimità del rifiuto. Al ricorrere di questi presupposti, il giudice ben potrebbe dichiarare concluso il contratto di conto corrente alle condizioni pubblicizzate nel sito della banca o presso i suoi locali commerciali. Le banche si rivolgono ad una schiera indeterminata di clienti e sollecitano la conclusione di rapporti contrattuali standardizzati e, dunque, perfettamente delineati nel loro contenuto. Rivolgendosi ad una platea indeterminata di destinatari, il procedimento di conclusione del contratto potrebbe astrattamente definirsi entro lo schema di cui all'art. 1336 c.c., invero inapplicabile, nella specie, per l'espressa esclusione contenuta nell'art. 116 TUB. All'obbligo di pubblicizzare in modo chiaro le condizioni essenziali che verranno eventualmente applicate al contratto non consegue, dunque, l'automatica conclusione del negozio per effetto della mera comunicazione di adesione alle stesse. L'esclusione del meccanismo di conclusione di cui all'art. 1336 c.c. risponde alla necessaria previa valutazione della sussistenza di tutti i presupposti che consentono l'instaurazione del rapporto⁷⁸. Il carattere meramente pubblicitario delle informazioni relative agli elementi essenziali del contratto non esclude, però, che, al verificarsi dei presupposti di illegittimità del rifiuto a contrarre il giudice abbia a disposizione tutti gli elementi necessari per attuare il rimedio⁷⁹. Ben potrebbe, così, dichiarare concluso il contratto alle condizioni pubblicizzate, ordinando l'attivazione del conto corrente ed eventualmente comminando l'*astreinte* per ogni giorno di ritardo nell'attuazione dell'ordine, ai sensi e per gli effetti dell'art. 614 *bis* c.p.c.

⁷⁸ La norma intende escludere che «gli obblighi pubblicitari imposti possano essere elevati a finalità diverse dalla promozione di scelte negoziali il più possibile consapevoli da parte della clientela bancaria».

⁷⁹ In ordine alle modalità operative dell'obbligo a contrarre si sono sviluppati diversi filoni interpretativi. Secondo una prima prospettiva, il giudice opererebbe ai sensi e per gli effetti dell'art. 2932 c.c. Al ricorrere dei presupposti normativi, pronuncerebbe una sentenza costitutiva, sostitutiva del contratto non concluso. Secondo una diversa prospettiva, il contratto si concluderebbe per effetto della mera dichiarazione del cliente di voler ad esso aderire e il giudice dovrebbe solo intervenire nella fase esecutiva, pronunciando l'ordine ad effettuare la prestazione.

8. Conclusioni

Il descritto assetto economico mostra l'ormai obsolescenza di alcune norme in materia di contratti bancari e la necessità di procedere ad una ricostruzione del sistema di riferimento che tenga conto dei delicati interessi in gioco, in un contesto in cui alcuni servizi bancari sono essenziali. Tale ricostruzione non solo è imposta dall'esigenza di rileggere sistematicamente le regole codicistiche alla luce dei valori fondanti la normativa bancaria, ma appare doverosa in un contesto in cui l'assenza di controllo effettivo si traduce nella compromissione di libertà fondamentali. La chiave di volta è rappresentata dalla declinazione del principio di trasparenza e dalla sua capacità di porsi quale criterio ermeneutico che consente la specificazione, in ambito bancario, della correttezza contrattuale. Esso si pone quale limite ad una discrezionalità che, in questa materia più che in altre, non consente letture neoliberali e richiami ad una ormai obsoleta intangibilità del dogma dell'autonomia privata, ancora troppo spesso invocata nelle soluzioni giurisprudenziali. Entro questa linea di riflessione, andrebbe certamente ripensata l'ampiezza del controllo sulla correttezza nei rapporti con la clientela che il TUB demanda alle autorità di vigilanza. Si ritiene, cioè, che sia proprio l'organo di vigilanza a dovere intervenire con immediatezza allorché sia segnalato un comportamento assunto come scorretto, invitando alla collaborazione e alla comunicazione delle ragioni considerate ostative all'avvio o alla prosecuzione di un rapporto contrattuale. Se è pacifico che la Banca d'Italia non possa vagliare la singola vicenda contrattuale, non può però negarsi che la sua funzione di controllo consente certamente interventi atti a garantire che la relazione contrattuale si evolva sul crinale della trasparenza, sanzionando atteggiamenti riluttanti a motivare le ragioni sottese al rifiuto del cliente. Interventi più incisivi, in questo senso, potrebbero rispondere alle esigenze di celerità della tutela, depotenziando il contenzioso a vantaggio di soluzioni negoziali certamente auspicabili in un quadro di efficienza generale del sistema.

La ricostruzione offerta consente di affermare come tutte le regole che legittimerebbero, almeno astrattamente, il rifiuto a fornire la motivazione di scelte tutt'altro che indiscriminatamente autonome, ma presidiate da stringenti regole tecniche, sono destinate a soccombere in un contesto in cui la dinamica relazionale banca-cliente rende

necessaria la possibilità di controllo del comportamento corretto. In questa prospettiva, deve senz'altro essere sanzionato anche il solo rifiuto della banca ad addurre le ragioni giustificative dell'esclusione del cliente o dell'interruzione del rapporto. Per questo, non può non esprimersi preoccupazione rispetto ad orientamenti dell'arbitro bancario che sembrano ridurre l'obbligo motivazionale ad una mera formalità, depotenziandolo dalla sua funzione primaria di parametro di valutazione della correttezza *in executivis*.

Una più convinta consapevolezza da parte dell'autorità giudiziaria dovrebbe condurre ad una lettura complessiva del sistema, sull'assunto che il settore bancario è depositario di interessi di rilevanza pubblica che necessitano di tutela e protezione e che non possono essere ignorati o velocemente liquidati attraverso una lettura delle norme di riferimento, avulsa dal sistema nel suo complesso. Quest'ultimo è, infatti, ricco di riferimenti che consentono di affermare come il servizio di conto corrente è essenziale e deve essere garantito a tutte le imprese, fatta eccezione ai soli casi in cui giustificati motivi, che devono essere esibiti al fine del controllo, legittimino la preclusione all'accesso e/o il recesso dal rapporto. La comunicazione delle ragioni poste alla base delle determinazioni degli istituti di credito deve sempre essere garantita e il comportamento reticente o l'ostinato richiamo ad un'ormai vetusta intangibilità del dogma dell'autonomia dei privati dovrebbe essere ragione sufficiente per ritenere responsabile la banca dei danni. Il neonato diritto del consumatore al conto di base di cui all'art. 126 *noviesdecies* del TUB, può offrire validi spunti all'interprete chiamato a valutare la legittimità della pretesa dell'imprenditore ad ottenere o mantenere un rapporto di conto corrente. Ed è emblematico che nel quadro normativo di riferimento l'obbligo di motivare le ragioni del rifiuto o del recesso acquista particolare centralità. In caso di rifiuto di apertura del conto, infatti, il prestatore di servizi di pagamento è obbligato ad informare immediatamente il consumatore, indicando le specifiche motivazioni del rifiuto⁸⁰. Analogamente, anche il diritto di recesso del prestatore del servizio è fortemente limitato e condizionato

⁸⁰ Recita così l'art. 126 *vicies* TUB, che fa salve le ipotesi in cui la comunicazione del rifiuto può porsi in contrasto con gli obiettivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza specificamente indicati.

ai presupposti tassativamente individuati nell'art. 126 *vicies* del TUB⁸¹. Naturalmente non si intende invocare l'applicazione diretta della disciplina speciale prevista dal TUB a tutela del consumatore. Essa, però, offre certamente all'interprete tutti gli elementi che consentono l'adattamento di norme non più in grado di garantire l'equo contemperamento di opposti interessi meritevoli di tutela, in una prospettiva orientata alla massima valorizzazione del principio di correttezza e, più in generale, all'efficienza del sistema nel rispetto di interessi di indubbia rilevanza pubblica.

⁸¹ Quali l'aver il consumatore usato intenzionalmente il conto per fini illeciti; in caso di incapienza del fondo; in caso di errate informazioni fornite dal consumatore nella fase precontrattuale; in assenza di soggiorno legale nell'Unione europea; e, per ultimo, in caso di titolarità di altro conto di base.