

Introduzione

Il presente lavoro di tesi verte sull'accesso ai servizi bancari c.d. di base, da parte della clientela delle banche e degli istituti di credito, composta da consumatori e non.

In particolare, si è cercato di concentrare l'attenzione sulla figura del piccolo imprenditore e del professionista, che non godono della stessa tutela prevista per il consumatore.

L'accesso a tali servizi, e pertanto la titolarità di un conto corrente, nell'attuale contesto socio-economico e normativo è da considerarsi essenziale per due ordini di motivi.

Innanzitutto, bisogna considerare che, a livello normativo, vigono pregnanti limitazioni all'utilizzo del contante, introdotte allo scopo di contrastare il fenomeno del riciclaggio di proventi di attività criminose e ostacolare l'evasione fiscale.

In particolare, l'art. 49 del d.lgs. 231/2007 vieta il trasferimento di denaro e titoli al portatore effettuato tra soggetti diversi quando l'importo supera la soglia di tracciabilità.

Inoltre, a livello empirico, a causa della globalizzazione dei commerci e del diffondersi del commercio elettronico, la moneta materiale (ovvero metallica e banconote) si rivela inadeguata rispetto all'esigenza di trasmettere la stessa negli scambi "a distanza".

A ciò si aggiunge che essere titolari di un conto corrente è necessario per accedere alle misure di sostegno del reddito e per percepire la retribuzione poiché la L. 205/2017 (Legge di Bilancio 2018) ha previsto l'obbligo per datori di lavoro e committenti di corrispondere la retribuzione, nonché ogni anticipo della stessa, con modalità tracciabili.

Queste sono le ragioni e le premesse del presente elaborato.

Con riferimento al consumatore, è la legge stessa a prevedere il "diritto al conto di base" di cui all'art.126 noviesdecies del TUB.

È previsto che tale tipologia di conto deve essere offerta da banche, Poste Italiane e prestatori di servizi di pagamento a tutti i consumatori soggiornanti nell'Unione Europea. Si tratta di un conto che offre una serie di servizi predefiniti e un numero prestabilito di operazioni annue, a fronte del pagamento di un canone onnicomprensivo, determinato in misura fissa.

Inoltre, vi è l'obbligo di fornire detti servizi gratuitamente, a talune categorie di persone rientranti nelle c.d. fasce deboli.

Se il consumatore è legalmente soggiornante nel territorio dell'UE (ma anche senza fissa dimora o richiedente asilo) e non è titolare di altro conto corrente, il prestatore di servizi di pagamento può rifiutare l'apertura del conto corrente di base solo in caso di violazione della normativa antiriciclaggio.

Se per il consumatore, dunque, il diritto al conto corrente può dirsi riconosciuto, lo stesso non può dirsi per il professionista.

Con riferimento al professionista, infatti, egli, nell'accedere a tali strumenti di inclusione finanziaria, non gode della stessa tutela prevista per il consumatore.

Tuttavia, il professionista è gravato per legge da specifici obblighi che possono essere adempiuti solo per il tramite del sistema bancario ed inoltre il legislatore ha espressamente sanzionato il ricorso a strumenti alternativi.

Oltre al citato obbligo di cui all'art. 49 del d.lgs. 231/2007 e al citato obbligo previsto dalla Legge di Bilancio e concernente la retibuzione, si citano: l'art. 37 del d.l. 223/2006 (che obbliga i titolari di p.iva ad effettuare i versamenti fiscali, previdenziali e contributivi mediante modalità telematiche) e il d.lgs 74/2000 (che sanziona penalmente l'omesso pagamento di imposte e contributi, che deve essere effettuato solo mediante modalità tracciabili, e l'omesso versamento dei contributi INPS in misura superiore a euro diecimila). Ma anche, con riferimento alle procedure relative ad appalti di servizi e forniture pubbliche, l'art. 3 della L. 136/2010, prevede l'utilizzo di conti corrente dedicati alle commesse pubbliche (anche in via non esclusiva), l'effettuazione dei pagamenti esclusivamente tramite bonifico, ovvero tramite strumenti di pagamento tracciabili ed inoltre che tali pagamenti indichino il CIG (codice identificativo

gara) e il CUP (codice unico progetto).

E' di tutta evidenza, dunque, che, in assenza di un conto corrente, le imprese sono costrette al blocco dell'operatività e l'accesso ai servizi bancari è condizione indispensabile ai fini della presenza e permanenza del singolo operatore economico nel mercato.

L'elaborato è stato suddiviso in tre capitoli.

Al primo capitolo, dopo aver individuato la disciplina, l'oggetto e l'inquadramento giuridico dell'istituto del conto corrente bancario, ci si occupa di analizzarlo nell'attuale sistema socio-economico e normativo.

La dematerializzazione della moneta risponde all'esigenza di trasmettere il denaro ed effettuare degli scambi tra soggetti distanti, senza la contemporanea presenza di datore e ricevente.

Alla moneta metallica e cartacea, si affianca inizialmente quella scritturale o bancaria; poi a partire dagli anni duemila si aggiunge quella elettronica, e solo a partire dal 2009 quella virtuale (seppur quest'ultima, allo stato attuale, sia più vicina ad uno strumento speculativo che ad una moneta in senso stretto).

Tale moneta dematerializzata, ovvero non materiale, presuppone la titolarità di un conto corrente che per tale ragione diviene uno strumento di inclusione finanziaria, rientrando nel più ampio genus dell'inclusione sociale, intesa come possibilità per tutti i membri di una società di partecipare alla vita sociale ed economica, senza distinzione di ogni sorta.

L'inclusione finanziaria è uno dei fini che si propone di raggiungere l'UE, in quanto l'accesso ai servizi bancari di base consente ai soggetti più vulnerabili di accedere al mercato, ed è funzionale al miglioramento delle condizioni economiche degli stati membri e alla riduzione delle disuguaglianze.

A livello europeo si sono adottate una serie di iniziative volte ad assicurare a chiunque la possibilità di accedere quantomeno al conto di pagamento di base, soprattutto abbattendo i costi dello stesso.

La direttiva PAD (2014/92/UE) si occupa di enunciare all'art. 15 che gli stati membri non debbano discriminare i consumatori legalmente soggiornanti

nell'UE, in relazione alla domanda di conti di pagamento.

Come si legge nella stessa PAD, “il corretto funzionamento del mercato interno e lo sviluppo di un'economia socialmente inclusiva dipende sempre più dalla prestazione di servizi di pagamento”.

Partendo da tali presupposti, nell'ultima parte del primo capitolo si cerca di individuare possibili forme di tutela all'imprenditore che, rivolgendosi ad una banca o ad un prestatore di servizi di pagamento, veda rigettata la richiesta di apertura del conto corrente.

Negli ultimi anni si è osservato un aumento del contenzioso riguardante imprese che si sono viste negare l'apertura di un conto corrente; le ragioni dietro tale rifiuto a contrarre sono legate a segnalazioni interbancarie, o legate all'attività svolta (come nel caso degli Operatori del Comparto Oro, considerato un settore ad alto rischio riciclaggio), ma anche perché a causa delle verifiche imposte dalla vigente normativa antiriciclaggio, spesso la banca si trova a dover sostenere dei costi che non sono adeguatamente remunerati.

Ci si riferisce agli obblighi di profilatura del cliente, ai controlli circa l'origine e alla destinazione delle somme, all'identificazione dei soggetti coinvolti nella transazione. Si tratta di verifiche differenziate a seconda del soggetto coinvolto, dell'attività, delle caratteristiche dimensionali del soggetto ma anche tenendo conto di altri indici.

Poiché il legislatore ha scaricato tali costi sull'impresa-banca, in taluni casi, il prestatore potrebbe ritenere preferibile escludere l'imprenditore considerato poco remunerativo.

Per questo, in ragione dell'essenzialità del servizio, si tenta di procedere ad una interpretazione estensiva della normativa vigente per il consumatore, al fine di consentire una tutela per imprese e professionisti.

Inoltre, qualificando il servizio di conto corrente come essenziale, si potrebbe giungere all'applicazione analogica dell'art. 1679 c.c., riguardante i rapporti con i gestori di pubblici servizi di linea e l'obbligo di questi di accettare le richieste di trasporto, la cui ratio è da ricercarsi nella natura di pubblico servizio di tale

attività.

A partire dall'art 1679 c.c., si argomenta circa la possibilità di introdurre nel nostro ordinamento un obbligo a contrarre a carico delle banche, con riferimento al contratto di conto corrente.

Tuttavia, secondo alcuni (tra cui l'ABI), l'imposizione di tale obbligo alle banche, che sono operatori economici privati, potrebbe entrare in conflitto con la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. (oltre che con la normativa antiriciclaggio).

A partire da tale considerazione, giungiamo al capitolo secondo, in cui viene analizzato il delicato passaggio dal sistema pubblicistico, previsto dalla previgente legge bancaria del 1936, al sistema attuale.

Mentre la legge del 1936 qualificava l'attività bancaria in termini di funzione di interesse pubblico; il TUB, all'art. 1, qualifica la banca come impresa e all'art. 10 specifica che l'attività bancaria ha carattere di impresa.

Pur essendo scomparsa nel TUB la qualificazione dell'attività bancaria in termini di funzione di interesse pubblico, non si può negare che tale attività sia funzionale all'interesse generale. Infatti la presenza di rilevanti interessi pubblici, anche di rilievo costituzionale (art. 47, che tutela il risparmio), giustifica una serie di disposizioni di legge volte ad esercitare un controllo sull'autonomia bancaria.

Si pensi alla previsione dell'autorizzazione per l'inizio dell'attività, ai poteri di vigilanza esercitati dalle autorità a ciò preposte, ai meccanismi di risoluzione delle crisi bancarie. Per questi motivi in taluni momenti si è dubitato della natura di impresa dell'attività bancaria, dal momento che, l'ordinamento bancario è da sempre stato considerato un ordinamento speciale, tanto da essere considerato ordinamento sezionale del credito.

È dopo la crisi economica e finanziaria del 1929, che lo Stato acquisisce i pacchetti azionari di varie banche private. Sarà solo nel 1990, con la Legge Amato e il successivo d.lgs. 356/1990, che si avrà una privatizzazione formale delle banche; si parla di privatizzazione formale in quanto tale Legge aveva

previsto la trasformazione delle banche in Spa, ma concretamente la maggioranza, o addirittura la totalità delle partecipazioni societarie, rimaneva pubblica. Una privatizzazione sostanziale si avrà solo con La Legge Ciampi del 1998, che ha previsto il collocamento sul mercato delle azioni delle banche conferenti.

Dal punto di vista dei controlli, se fino al 1936 il mercato creditizio era caratterizzato da un certo liberismo, a seguito della nuova legge bancaria, è stato costituito un sistema di Vigilanza che potremmo definire "oligopolio amministrato", caratterizzato da un alto tasso di discrezionalità in capo all'organo di vigilanza e in cui vi era un penetrante controllo sull'attività delle banche.

Si parla di impresa-funzione, un sistema in cui le scelte dell'impresa-banca sono subordinate all'interesse pubblico e la banca è sottratta all'applicazione dell'art. 41 Cost.

L'autonomia dell'impresa bancaria è strettamente legata al grado di indipendenza dal potere politico del sistema di Vigilanza.

Attualmente il sistema di vigilanza è funzionale alla protezione dell'interesse pubblico "alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario", come previsto dall'art. 5, che fa riferimento alle finalità della vigilanza.

A partire dagli anni 80, ma in particolar modo con il successivo TUB, si afferma il concetto di impresa-diritto. L'impresa-banca gode di piena autonomia, garantita dalla piena applicazione dell'art 41.

Come rilevato dalla dottrina, sia l'autonomia delle banche, che come abbiamo visto è strettamente legata a quella dell'istituzione vigilante, sia l'autonomia dell'istituzione vigilante stessa, è un'autonomia "a fisarmonica" che si espande o si ritrae a seconda della congiuntura economico finanziaria, e che in tempi di crisi è certamente più esposta ad essere sacrificata alle esigenze dell'intervento statale.

Il terzo capitolo è dedicato alla responsabilità della banca in caso di diniego dei

servizi bancari essenziali.

Quanto al consumatore, per la mancata offerta di un conto di base o per il singolo rifiuto ingiustificato, non è espressamente prevista nessuna sanzione. Tuttavia non è escluso che il cliente possa ricorrere a forme di risoluzione stragiudiziale delle controversie, come l'ABF, e possa anche agire in sede civile al fine di vedere riconosciuto il proprio diritto all'apertura del conto.

Inoltre, il prestatore di servizi di pagamento è tenuto ad informare per iscritto il cliente, indicando le specifiche motivazioni del rifiuto. Spesso le banche tendono a non comunicare le ragioni del rifiuto o comunicare lo stesso in via informale o verbale. Fornire la motivazione è tuttavia essenziale in quanto consente al giudice di controllare la ragioni del diniego.

Con riferimento all'imprenditore cui è rigettata la richiesta di apertura di un conto corrente, qualora questi, riuscisse a dimostrare di essere destinatario di un diniego generalizzato e di non essere in grado di trovare ulteriori alternative di approvvigionamento sul mercato, potrebbe ritenersi applicabile la disciplina dell'abuso di dipendenza economica, sub specie di rifiuto di vendere e comprare (inteso come rifiuto di contrattare), introdotta dall'art. 9 della L. 192/1998.

Tale normativa, inizialmente applicabile ai soli rapporti di subfornitura, è da subito parsa espressione di un principio generale applicabile a tutti i rapporti tra imprese.

Essa deve essere valutata anche tenendo conto della reale possibilità per la parte di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. Il sintagma “reale possibilità” va inteso, non come assoluta impossibilità, bensì come concreta difficoltà per l'impresa di reperire alternative idonee alla stregua di un giudizio di ragionevolezza.

Qualora il rifiuto di contrattare non possa essere ricondotto alla figura dell'abuso di dipendenza economica, può agevolmente essere ricondotto al più generale divieto di abuso del diritto, espressione del principio di buona fede oggettiva.

Abuso, dal latino ab-uti, uso smodato di qualcosa, uso oltre i limiti.

L'abuso del diritto può essere considerato come un limite esterno all'esercizio pieno e assoluto di un diritto soggettivo. L'esercizio di tale diritto è, cioè, consentito dalla legge, ma, nel caso di abuso, le modalità di tale esercizio non sono corrette seppur rispettose della cornice attributiva di quel diritto.

Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto sono stati individuati nella storica Sentenza n. 20106/2009 (c.d. Renault).

In tale sentenza, la Suprema Corte ha chiarito che l'abuso del diritto si configura nel momento in cui il concreto esercizio di un diritto soggettivo, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto con modalità censurabili in base ad una valutazione giuridica o extra giuridica e, a causa di tale modalità di esercizio del diritto, si sia verificata una sproporzione ingiustificata tra il beneficio conseguito dal titolare del diritto e il sacrificio cui è soggetta la controparte.

Inoltre, se precedentemente era richiesto che allo svantaggio conseguito in capo a chi subisse l'abuso, corrispondesse il conseguimento di nessun vantaggio da parte di chi ponesse in essere l'abuso stesso, attualmente, l'abuso è configurabile anche nel caso in cui chi ponga in essere l'abuso, consegua un vantaggio nettamente inferiore rispetto allo svantaggio conseguito dall'altra parte.

CAPITOLO I

La centralità del conto corrente nell'attuale mercato economico-finanziario.

1. Il contratto di conto corrente. Evoluzione e sua attuale connotazione.

Il contratto di conto corrente bancario può essere definito come il contratto in forza del quale la banca, nel presupposto dell'esistenza di una disponibilità presso di sé, si impegna nei confronti del cliente a *prestare un servizio, consistente in sostanza in un servizio di cassa, ossia nel provvedere per conto del cliente correntista, su ordine diretto ed indiretto e con le sue disponibilità, ai pagamenti e alle riscossioni*¹.

L'esecuzione degli ordini impartiti dal cliente correntista è subordinata all'esistenza della disponibilità di fondi; tale disponibilità può derivare da un deposito bancario, da un'apertura di credito, dal versamento di un assegno. Con disponibilità deve intendersi non il potere del cliente di esigere in qualunque momento le somme oggetto del saldo, bensì il potere del cliente stesso di impiegare tali somme tramite ordini di pagamento impartiti alla banca e dunque senza la necessità di esigerle prima.

Tale contratto viene anche detto “conto corrente di corrispondenza”; l'espressione “di corrispondenza” viene utilizzata per definire la prassi bancaria mediante la quale, in passato, si soleva inviare una comunicazione in forma scritta al cliente, riguardante determinati movimenti sul conto².

Si tratta di un contratto considerato socialmente tipico per il suo frequente utilizzo nella prassi, ma legalmente atipico, non essendo disciplinato dal codice

1 Bontempi P., Diritto Bancario e Finanziario, p. 340, Milano, 2023.

2 Piraino F.- Cherti S., I contratti bancari, p. 33, Torino, 2016.

civile come specifico tipo contrattuale³.

Data l'assenza di disciplina nel codice civile, ci si chiede se sia possibile ricondurre il conto corrente bancario ad altri contratti tipici; in particolare se sia possibile ricondurlo al conto corrente ordinario di cui all'art. 1823 c.c., secondo cui “il conto corrente è il contratto con il quale le parti si obbligano ad annotare in un conto i crediti derivanti da reciproche rimesse, considerandoli inesigibili e indisponibili fino alla chiusura del conto.”

I due contratti condividono lo speciale modo di registrazione contabile delle operazioni, ma si differenziano per l'esigibilità del saldo. Nel caso di conto corrente ordinario, l'annotazione rende i crediti derivanti dalle reciproche rimesse inesigibili e indisponibili fino alla chiusura del conto.

Al conto corrente bancario sono applicabili gli artt. dal 1852 al 1857 c.c.; tali norme regolano le operazioni bancarie in conto corrente, stabilendo che il deposito bancario, l'apertura di credito, l'anticipazione bancaria possano essere regolati in conto corrente⁴. *Regolare in conto corrente una data operazione*

3 Definizione, questa, risalente e accolta dalla giurisprudenza. Per tutte Cass., Sez. I, 30 ottobre 1968, n. 3637. Ma anche accolta dalla dottrina. In tal senso: Bontempi, ult.cit., p. 482; Piraino- Cherti, ult.cit. p. 57; Bausilio G., I contratti bancari- accordi, inadempimento, responsabilità, trattamento fiscale, p. 116, Treviso 2007; Agnese A., Manuale del contenzioso bancario, p. 657, Santarcangelo di Romagna, 2014.

4 La disciplina prevista dal codice civile per le operazioni bancarie in conto corrente è la seguente:

- Il correntista può disporre in ogni momento delle somme risultanti a suo credito, salva l'ipotesi in cui sia stato pattuito un termine di preavviso (art. 1852 c.c.).
- In caso di pluralità di rapporti o di conti esistenti tra cliente e banca (...), i saldi attivi e passivi si compensano reciprocamente, salvo diversa pattuizione (art. 1853 c.c.).
- In caso di conto intestato a più persone i contitolari di regola debbono operare congiuntamente, a meno che non sia pattuita la facoltà di operare disgiuntamente, nel qual caso sono creditori e debitori solidali del saldo (art.1854 c.c.).
- In caso di contratto a tempo indeterminato ciascuna delle parti può recedere con preavviso (art. 1855 c.c.).
- Il cliente può conferire particolari incarichi alla banca, la quale viene a rispondere della loro esecuzione secondo le regole del mandato (art. 1856 c.c.).
- La banca ha diritto di annotare in conto le commissioni e le spese derivanti dalle operazioni compiute (art. 1857 c.c.).
- In caso di annotazione di crediti spettanti al cliente l'accredito si intende fatto "salvo buon fine", ossia con facoltà della banca di stornare (eliminare) la partita in caso di mancato pagamento del credito.
- L'estratto conto si considera tacitamente approvato se non è contestato entro il termine pattuito; ferma restando la possibilità di contestare, entro 6 mesi dalla sua ricezione, gli

bancaria significa che il rapporto si sviluppa contabilmente attraverso un sistema scalare che prevede l'annotazione dei singoli atti posti in essere dalle parti in colonne contrapposte: una colonna, recante la voce AVERE, in cui vengono annotate le operazioni che comportano un credito a favore del cliente ed una colonna, recante la voce DARE, in cui vengono annotate le operazioni da cui nascono debiti a carico del cliente⁵.

Tali annotazioni vengono sommate algebricamente e in ogni momento è possibile verificare il saldo, annotato nella terza colonna, che può essere positivo o negativo.

Quanto all'oggetto del contratto di conto corrente bancario, esso consiste nell'assunzione a titolo oneroso di incarichi per conto del cliente in modo da offrire il c.d. servizio di cassa. Tale servizio ha natura gestoria e riconducibile allo schema del mandato; esso presuppone l'esistenza tra cliente e banca di un diverso contratto costitutivo della provvista, necessaria all'esecuzione degli incarichi da parte della banca (può trattarsi di un deposito bancario, di un'apertura di credito).

È un contratto di durata e non per esigenze legate all'esecuzione della prestazione, bensì perché l'interesse del creditore ha natura durevole ed è realizzato con la predisposizione di un servizio di cassa per un periodo più o meno lungo.

Poiché si tratta di un contratto di durata, ad esso è applicabile la disciplina del contratto di somministrazione che costituisce il modello dei contratti di durata. Pertanto, la risoluzione del contratto per inadempimento non avrà effetto retroattivo e, comunque, presuppone un inadempimento di non scarsa importanza. Invero, nel caso di inadempimento di lieve entità vi è il divieto di sospensione del servizio; la banca non può sospendere il servizio di cassa nel caso di ritardo non significativo né abituale nel rientro dalla scopertura del conto, in quanto prevale l'esigenza di conservazione del contratto.

errori di scritturazione e di calcolo (art. 1859 che richiama l'art. 1832).

5 Bontempi, ult. cit., p. 379.