

Manualetto di sopravvivenza dell'utente bancario

(non solo anatocismo)

Presentazione:

Perché questo manuale.

Sarebbe sufficiente riportare la seguente frase, tratta da una sentenza del Tribunale di Viterbo (vedi in selezione):

“Il passivo adeguamento (da alcuni definito “supino”) alla prassi bancaria è lungi dal connotare il comportamento di spontanea adesione ad una norma di legge vigente per consuetudine – opinio iuris ac necessitatis – ma si limita ad una presa d'atto di una volontà unilaterale senza possibilità di una effettiva rinegoziazione individuale”

Ecco. La necessità del presente manualetto nasce da tale clima, di sproporzione tra il cliente e la banca, al fine di rendere meno “supino” il correntista.

E come, se non spiegandogli i suoi diritti?

Il manualetto non ha non certo la pretesa di esaurire una materia complessa, ma al contrario di fornire un manuale di pronta difesa, elencando le casistiche più diffuse, rilevate dalla esperienza professionale quotidiana.

L'autore, nella sua esperienza professionale e di consulente di associazione di consumatori, ha avuto modo di verificare che la conoscenza del mondo bancario è assai limitata da parte degli utenti.

Ecco, allora, un breve manuale di sopravvivenza bancaria che non ha la pretesa di esaurire le tematiche, ma di rendere le fattispecie più comuni alla comprensione di chi alla banca si rivolge occasionalmente e non con

veste professionale: insomma di chi è maggiormente vittima dei soprusi bancari.

Il presente volume affronta in modo particolare le problematiche relative al conto corrente, essendo lo strumento più usato dal cliente bancario, pure dando una segnalazione tecnico/giudica degli altri contratti.

Passerà, poi, in breve rassegna la tematica della "Borsa", al fine di far comprendere all'utente quale siano i passi giusti da fare per avere il "rispetto della banca" in base alla normativa Consob.

I rapporti bancari: il credito

Le forme tecniche più usate sono: scoperto di conto corrente; la apertura di credito su conto corrente; il mutuo; il credito al consumo; il prestito rateale (piccolo prestito).

Usura

Cosa è l'usura?

L'usura è il proffittamento di un soggetto in danno di un altro, che si rivolge al primo per un proprio stato di bisogno.

E' un reato, ma è difficile da provare (art. 644 c.p.).

La Giurisprudenza ricorreva, per dimostrare l'approffittarsi, alla sproporzione tra il favore ricevuto dal bisognoso e il corrispettivo dello stesso.

Ma è una dimostrazione di lana caprina.

Non soltanto. Quando c'è lo stato di bisogno?

Il giocatore che prende soldi in prestito per giocare, è bisognoso?

E così via.

Allora lo Stato ha pensato di varare una legge che utilizzasse parametri certi. Ed è nata la legge 108/1996.

Essa prevede, per le singole categorie di credito, una pubblicazione di tassi da parte del Ministero del Tesoro, ogni tre mesi.

Vengono pubblicati dei tassi medi. Maggiorati detti tassi per la loro metà (+ 50%), si ha il cosiddetto TASSO SOGLIA. Se si supera tale tasso nella concessione di credito, il tasso diviene usurario.

La legge, del tutto illogicamente, divide tra credito alle imprese e quello alle famiglie.

Il primo è molto più caro. Ed è per questo che le finanziarie vedono nel mercato delle famiglie un business allettante, con gravi problemi di usura.

Di seguito alleghiamo le tabelle ultime al 30.9.2006 dalle quali si evince la differenza.

Conto corrente: art.1823 c.c.

Il conto corrente è il contratto col quale le parti si obbligano ad annotare in un conto i crediti derivanti da reciproche rimesse, considerandoli inesigibili ed indisponibili sino alla chiusura del conto.

Apertura di credito su conto corrente (art. 1842 c.c.)

E' il contratto con il quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte, una somma di denaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato.

Mutuo

Art. 1813 c.c.

Il mutuo è il contratto con quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di danaro o altre cose fungibili e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità.

Credito al Consumo

Il Credito al Consumo, è una forma tecnica di finanziamento. Essa si compone delle caratteristiche del mutuo, ma è priva di garanzia reale (ipoteca).

Il pagamento avviene direttamente al fornitore o al commerciante che agisce in regime di convenzione con la società finanziaria.

Approvvigionandosi di denaro presso le banche, è chiaro che detto prestito costa più del denaro preso in prestito in banca.

Il rimborso è in genere rateale.

Piccolo Prestito

E' la forma tecnica del prestito per piccole spese. Tecnicamente è un mutuo ed opera senza garanzia reale (ipoteca). Viene concesso da banche; Posta e finanziarie. Il rimborso è rateale.

La consegna del denaro prestato avviene in unica soluzione al debitore. In genere non vi è vincolo di destinazione: esso può essere richiesto per ogni necessità.

A differenza del credito al consumo che finanzia "quel determinato prodotto".

Il contratto

Dalla semplice enunciazione di detti articoli, fondamentali, appare evidente lo strumento necessario: il contratto.

Ebbene, il consumatore non ha mai copia del contratto relativo al rapporto che lo interessa.

La consegna del contratto è obbligatoria per la banca, ma se l'istituto di credito non ottempera a quello che è preciso obbligo, il cliente può richiederlo, ex art. 119 testo unico bancario ed ottenerlo entro 90 giorni.

Se la banca non risponde, incorre in omissioni sanzionabili penalmente ed il correntista – ma anche il titolare del mutuo – può ottenere una ordinanza dal tribunale civile, con la quale si dispone la esibizione del contratto a cura della banca.

Nella rassegna di provvedimenti giurisdizionali si potrà esaminare una ordinanza del Tribunale di Viterbo resa in un giudizio ed avente ad oggetto un caso identico.

Nel caso del conto corrente, il deposito del contratto è particolarmente importante.

Infatti, la legge 152 del 1992 che è stata recepita dal Testo Unico bancario, d.lvo 385/1993, recitava all'art.4, comma 1, che i contratti sono redatti per iscritto ed un esemplare è consegnato al cliente (ora TUB art. 117, comma 1).

Il contratto deve contenere, chiaramente, le varie condizioni tra le quali, più importante, il tasso applicato.

Sia ex art. 117 comma 6 Testo Unico Bancario, sia per la applicazione dell'art. 1284 c.c., la mancata pattuizione del tasso di interesse debitore, comporta la applicazione del tasso legale.

Per comprendere il funzionamento logico / giuridico del tasso di interesse e la opportunità di riavere indietro gli interessi, occorre avere ben chiare due logiche ben precise: ultralegalità ed anatocismo.

La data importante che fa da spartiacque – e ora si dirà il perchè – è il Febbraio 1992. In tale data entrò in vigore la Legge sulla trasparenza bancaria – che è tutto tranne che trasparente – Legge 154/1992.

Quando il cliente entra in banca, vede i cartelloni con le varie condizioni applicate e legge, appunto, che dette vengono pubblicizzate ex lege sulla trasparenza bancaria (convertita nel TUB 385/1993).

Perchè è importante tale legge, recepita dal testo unico bancario del 1993?

Perché recitava all'art. 4, comma 3, ora art.117 Testo Unico bancario, comma 6, che sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati.....”

Detta legge si necessaria perchè gli schemi contrattuali di conto corrente ante 1992, tutti eguali perché schemi ABI, all'art. 7, comma secondo e terzo, recavano, il comma secondo la applicazione dell'anatocismo, che meglio vedremo nel proseguo, il comma terzo la seguente frase:

Gli interessi dovuti dal Correntista alla cassa salvo patto diverso, si intendono determinati alle condizioni praticate usualmente dalla Aziende di Credito sulla piazza e producono a loro volta interessi nella stessa misura.....;

Uso su piazza. Quindi un ricorso all'uso che era indeterminato; non tutelava il correntista.

La legge 154/1992 prima, successivamente il Decreto L.vo 385/1993 (testo Unico bancario), come detto, rese tali clausole che facevano riferimento agli usi nulle e come non apposte.

Vedi copia di un contratto tipo nella sessione allegati.

Che cosa avrebbero dovuto fare le banche, una volta entrata in vigore tale legge, per regolarizzare i conti in essere, anche in applicazione dell'art. 1284 c.c. che vuole la pattuizione scritta per una applicazione disinteressi superiori al legale?

Convocare i singoli correntisti e far firmare una appendice del contratto ovvero una lettera c.d. di trasparenza.

Viceversa le banche si sono limitate a mettere negli estratti trimestrali che, ai sensi della L.154/1992, il tasso applicato era quelloapplicato.

Tutto nullo.

Le cause in essere e quelle definite, hanno provato che tale pattuizione inesistente rende illegittimo applicare un tasso diverso a quello legale. Per cui le banche debbono restituire la somma risultante tra quanto pagato e quanto avrebbero dovuto pagare per applicazione del tasso legale.

E questo sul periodo di dieci anni dalla domanda di restituzione, ex art. 2033 c.c..

Per comprendere meglio gli effetti pratici, si sappia che il tasso legale, pubblicato dal Ministero del tesoro, era del 10% nel periodo 1990/1996, ad esempio. Ebbene, i correntisti in detti periodi hanno pagato interessi del 17/18%. La differenza dei sette/otto punti deve essere restituita, con le conseguenze che le sentenze allegate nella sezione..... documentano. E' per questo che conti passivi, hanno veduto un saldo attivo.(vedi appendice).

Questa voce di credito in uno alla commissione di massimo scoperto, che spesso anche essa, non era concordata e, quindi, deve esser restituita,

all'effetto dell'anatocismo, consentono il recupero di ingenti somme dalle banche.

Questo per i conti sino al 1992.

Successivamente, le banche hanno modificato i contratti, sempre su schemi ABI, e la clausole dell'art. 7, comma secondo, è la seguente:

Gli interessi dovuti dal correntista si intendono nella misura indicata nel 'presente contratto e producono, a loro volta, interessi nella stessa misura " Vedasi copia di un contratto post 1992 nella sezione allegati.

La citazione in giudizio, ha consentito la produzione dei documenti da parte della banca e di verificare che, anche successivamente al 1992, molti contratti non vedono riempita la apposita sezione contrattuale del contratto. Insomma, il tasso è in bianco. Sembra assurdo, ma è molto più frequente di quanto si può immaginare.

Vedasi copia di alcuni contratti post. 1992 con la clausola in bianco.

Anche in detti, la banca ha sempre applicato il tasso che riteneva: ed il correntista pagava. Sino a che ha citato in giudizio la banca e si è reso conto del sopruso.

Con le solite conseguenze che i debiti.....spariscono ed il correntista vanta un credito.

Anatocismo

Altra clausola, contenuta nell'art. 7 dei contratti. siano essi ante o post 1992- è quella relativa all'anatocismo trimestrale.

Nel contratto di conto corrente si legge:

I conti che risultino, a anche saltuariamente, debitori vengono chiusi contabilmente, in via normale, trimestralmente e cioè, a fine Marzo; Giugno; Settembre e Dicembre(vedasi sezione un contratto tipo).

La rivoluzione in tema di capitalizzazione trimestrale (ogni tre mesi si ha la rimessa a nuovo del conto che contiene il saldo capitale più gli interessi e sul saldo così composto la banca riapplica interessi) si ha nel 1999.

La Cassazione – con sentenze che hanno fatto la storia - ha affermato che quella di applicare ogni tre mesi gli interessi non era né legge; né uso normativo, ma negoziale. Insomma, una prassi. E che, quindi, tale fatto era illegittimo.

Tutto al più la capitalizzazione poteva essere annuale.

Il Governo, provò a mettere un rimedio. Emise un decreto (342/1999 che venne, al comma terzo dell'art. 25, dichiarato incostituzionale per difetto di delega sul premesso. Il decreto prevedeva, per il futuro, pari temporaneità nel calcolo degli interessi passivi ed attivi. Per il passato una "colpo di spugna", rendendo impossibile richiedere indietro le somme pagate in più.

Vari ricorsi alla Corte Costituzionale – tra cui due dell'autore dell'opuscolo – videro la Corte Costituzione dichiarare illegittimo per eccesso di delega tale decreto, all'art 25 comma terzo.

La parte relativa alla pari temporaneità del calcolo, rimaneva valida ed entrava in vigore nel Luglio 2000.

Dal Luglio 2000, così, le banche debbono applicare pari temporaneità al calcolo di interessi passivi ed attivi.

Anche qui, secondo chi scrive, si è avuto il difetto di pattuizione scritta, che si ebbe nel 1992, quando entrò in vigore la Legge 154.

Le banche hanno mostrato di continuare a non comprendere come il volere del correntista debba essere recepito, in modo certo ed analitico. Soprattutto per iscritto, dando allo stesso la facoltà di valutare le singole posizioni.

Infatti, le banche avrebbero dovuto chiamare i singoli correntisti e concordare la pari temporaneità. Il decreto, infatti, non prevedeva la trimestralizzazione e teoricamente ogni correntista poteva pattuire un periodo diverso, ovvero non avere alcuna capitalizzazione.

Invece le banche scrissero a tutti sugli estratti conto del Luglio 2000 che, a sensi del decreto 342/1999, la banca avrebbe applicato la trimestralizzazione.

Premesso, quindi, che anche tale sistema di calcolo è unilateralmente inteso e, quindi, nullo e/o annullabile, si ha che il problema dell'anatocismo è stato mal rappresentato ed il popolo dei correntisti è stato, nuovamente, sottovalutato.

Infatti il problema non era che la banca corrispondeva gli interessi una volta l'anno e li pretendeva quattro volte, come fatto credere ai più. Era che proprio non si poteva applicare la capitalizzazione in via di diritto, in aderenza all'art. 1283 c.c.

Anche la trimestralizzazione ha prodotto una "quid" di somme che debbono essere restituite al correntista, trattandosi di ripetizione di indebito.

Si è calcolato che l'anatocismo trimestrale comporta un aggravio dell'1/2% su base annua degli importi dovuti alle banche.

Insomma, se un cliente ha pagato 1.000.000 di vecchie lire di interessi, 20.000 debbo essere restituite.

Ed anche in questo caso, il limite temporale è quello dei dieci anni dalla domanda, sia essa giudiziale che stragiudiziale (semplice raccomandata).

E' per questo che il ricorso all'anatocismo è un falso obiettivo, un tema cavalcato dalle banche con la volontà di disincentivare il correntista al contenzioso.

Nell'impostare la idea del contenzioso avverso la banca per riottenere quanto corrisposto in più, per effetto del tasso ultralegale (se presente) e dell'anatocismo, un'altra valutazione deve venire alla mente.

Se l'anatocismo – come ha provato a fare nel 1999 il Governo – può vedere una soluzione politica, con un provvedimento che dichiari irripetibili le somme, come quello dichiarato incostituzionale, il problema del tasso ultralegale è codicistico.

E modificare il Codice Civile è cosa molto più complessa.

In tempi di vacche magre come quelli che stiamo vivendo, una azione politica che castighi il popolo dei correntisti – reduce da ben altri bagni di sangue- sarebbe impopolare e poco brillante.

Nella pluriennale esperienza legale contro lo strapotere bancario, l'autore ha avuto modo di notare delle domande tipo che si pone il correntista nel valutare la ipotesi del contenzioso bancario.

Ed allora ha ritenuto di elencare una breve rassegna delle casistiche più comuni e delle domande più frequenti.

Estratto conto bancario, cosa c'è scritto?

Quando riceviamo un estratto conto, spesso nel leggerlo, vediamo numeri poco comprensibili e quando pensiamo di capirlo, in realtà troviamo numeri il cui significato risulta a dir poco indecifrabile.

Ma cosa molto importante, ben difficilmente riusciamo a capire esattamente.

Quanto costa effettivamente il conto corrente

La risposta non è così semplice considerando che il tasso che la banca dice di applicare sul denaro che ci presta è solo la punta di un iceberg.

In realtà ad esso vanno sommate una serie di voci, tra cui:

Interesse sullo scoperto applicato alla banca.

E' il tasso riportato in estratto conto, che la banca applica al conto (esso può variare di trimestre in trimestre ma deve essere sempre accettato dal correntista)

Commissione di massimo scoperto.

E' il maggior compenso che la banca richiede a titolo di rimborso del costo che essa sopporta per il rischio del totale utilizzo del credito accordato al cliente.

Spese di tenuta conto.

Sono tutte le spese che la banca addebita al correntista per mantenere aperto il conto corrente.

Spese diverse; spese per operazione commissioni varie;spese di chiusura.

Sono commissioni che la banca applica ad ogni operazione o in generale al conto corrente.

Giorni di valuta:

Giorni di differenza tra la data dell'operazione e la data di decorrenza degli interessi a credito- debito.La data di valuta determina sempre un conteggio di interessi a favore della banca.

Interessi passivi anatocistici

Sono gli interessi frutto della capitalizzazione (in genere trimestrale) degli interessi passivi.

Ad ogni chiusura trimestrale, vengono calcolati gli interessi sul saldo negativo che è composto dalla sorte e dagli interessi. Considerando che la sorte è composta anche dalle spese varie, si ha che gli interessi vengono pagati anche su dette somme.

Le domande più frequenti che si pone il cliente che "studia" la ipotesi di far causa alla banca per ottenere le somme indebitamente percepite a titolo di interessi su conto:

Ma è vero che le banche debbono restituire dei soldi?

Si. Due clausole contrattuali contenute nel contratto di conto corrente, in genere, sono annullabili se non nulle.

Si tratta di quelle sul tasso indeterminato (ovvero mai pattuito) e di quella che prevede la capitalizzazione trimestrale. Dette sono contenute nei contratti di conto corrente all'art. 7, commi secondo e terzo. Esse sono

nulle e danno diritto alla restituzione degli interessi corrisposti per il loro rispetto. Il perché di tale nullità è trattato nel proseguo.

Richiedendo indietro i soldi alla banca, nel caso di diniego ad una richiesta avanzata, genericamente a mezzo lettera raccomandata si dovrà procedere in sede giudiziale, citando la banca. Nel giudizio, si procederà al ricalcolo su base annuale con interessi legali, per il periodo di dieci anni indietro dalla domanda stessa.

La somma che dovrà essere restituita al cliente dalla banca, sarà la differenza tra il tasso legale che andava applicato, tempo per tempo, e quello realmente applicato dalla banca. Oltre agli importi richiesti dalla banca per anatocismo trimestrale.

Esempio: se nel 1995 la banca applicava il tasso di interesse passivo del 19% ed il tasso legale era del 10%, la differenza dovrà essere restituita al correntista.

Inoltre la consulenza del Tribunale dovrà considerare anche il c.d. anatocismo trimestrale, che incide, indicativamente, l'1-1,5% della somma degli interessi pagati in ragione di anno.

E i risultati sono quelli che si possono leggere nelle sentenze allegate.

Non è un sogno !

Quale è la prescrizione per riavere indietro i soldi e da quando decorre?

La istanza fatta alla banca di restituzione rientra nella ripetizione di indebito. Detta è contemplata dall'art. 2033 c.c.. la prescrizione. è di dieci anni indietro nel tempo a far data dalla domanda.

Attenzione. La prescrizione non è rilevabile di ufficio, dal Giudice, ma deve essere eccepita dalla banca nella prima difesa, altrimenti si può tornare indietro nel tempo dalla accensione del conto !

Che cosa è il tasso ultralegale ?

La legge prevede che il tasso sulle operazioni sia quello legale, codicistico e previsto dall'art. 1284 c.c. Lo stesso articolo prevede che il tasso per essere superiore a quello legale (ultralegale) debba essere pattuito per

iscritto. Nel caso del conto corrente occorre acquisire il contratto per vedere se il tasso è stato concordato.

I contratti ante 1992 (entrata in vigore della legge sulla trasparenza bancaria 154/92 – quella che si trova nelle bacheche di tutte le filiali e riporta le varie condizioni) prevedeva il rinvio al tasso usualmente praticato dalle aziende di credito su piazza. Esso, essendo indeterminato (appunto, ex art. 1284 c.c.) è nullo, e deve essere sostituito da quello legale. La forbice tra il tasso pagato dal correntista tempo per tempo e quello legale deve essere restituita al correntista.

Esempio. Nel periodo 1990/1996 il tasso legale era del 10%, quando in banca sui conti si pagava anche il 20%. La differenza del 10% deve essere restituita.

Le banche, dopo la entrata in vigore della legge 154/1992, avrebbero dovuto convocare ogni singolo correntista e far sottoscrivere delle lettere di trasparenza, concordando il tasso da applicare.

Quale è la azione civile che si va ad azionare e quale il dritto ?

La azione di restituzione di somme pagate erroneamente, è da inquadrarsi nella fattispecie di cui all'art. 2033 c.c. ovvero la ripetizione di indebito.

Cosa conviene fare sull'immediato ?

Si hanno due principi da tenere bene a mente.

Le due clausole contrattuali già indicate, relative al tasso passivo applicato e quella del conteggio trimestrale degli interessi, porta, se annullate – alla restituzione di somme.

Come detto, tale restituzione, rientra nella ripetizione di indebito, ex art. 2033 c.c..

Tale ripetizione è possibile nei dieci anni anteriori alla danda, sia essa giudiziale che stragiudiziale.

La prima cosa da fare, quindi, nelle more di una decisione di muoversi o meno contro la banca, è spedire la raccomandata che richiede la

restituzione degli interessi illegittimamente pagati, in modo da interrompere la prescrizione decennale.

Si potrà trovare lo schema di lettera da inviare tra gli allegati in rassegna.

Che cosa è l'anatocismo sul conto corrente ?

L'anatocismo è la prassi di capitalizzare gli interessi ad ogni chiusura del conto trimestrale. La Cassazione sin dal 1999 ha definito appunto, tale fatto " prassi" e non legge né uso normativo, ma uso negoziale. Da cui la sua illegittimità.

Dal 1.7.2000, con il decreto, è prevista la pari temporaneità del conteggio degli interessi passivi attivi e passivi.

Così facendo, il sistema bancario ritiene che il problema anatocismo sia superato. Non è affatto così.

Infatti, innanzitutto, la legge recita di pari temporaneità tra interessi passivi ed attivi, non di trimestralizzazione insomma, il cliente potrebbe richiedere anche interessi ogni mese; ogni 12 o quattro.

Inoltre anche tale decisione del sistema è unilaterale, mai concitata né acuita – per iscritto – con il correntista. Da cui la sua nullità. Tanto che alcuni Tribunali –vedi Terni e Civitavecchia ritengono la illegittimità dell'anatocismo presente anche dal 2000 ad oggi.

Nella rassegna è evidenziata una ordinanza del Giudice Barbieri del Tribunale di Terni, (causa Capponi/Cassa Risparmio Terni) che evidenzia la necessità di alcun anatocismo sul rapporto di conto corrente.

Eguale il tribunale di Civita Vecchia, G.I. Ulzega, nella causa Pizzardi/Banca Popolare Etruria e del Lazio – ha evidenziato la necessità del calcolo senza anatocismo, anche successivamente al 2000.

Se il conto è "in rosso", si può fare causa alla banca?

Certamente. Si tratta di richiedere la rideterminazione del credito esatto vantato dalla banca, a seguito dell'esercizio di un diritto ormai riconosciuto da tutti Giudici di merito.

La istanza giudiziale di rivedere il " saldo" annotato dalla banca, chiedendo – previa declaratoria di nullità delle due famose clausole contrattuali – di vederlo depurato dell'anatocismo e del tasso ultralegale, costituisce un diritto del correntista. E' utile in tutti i casi in cui il correntista ha problemi di rientro. Inoltre non è raro che il saldo, da negativo, diventi positivo. Si vada nella rassegna delle sentenze per verificare sia tale ipotesi di condanna, sia il ragionamento logico -giuridico che lo rende possibile.

Ho il conto ancora in essere con saldo passivo. Se agisco contro la banca, mi debbo aspettare azioni di ritorsione? Possono chiudermi il conto?

Assolutamente no. Trattasi dell' esercizio di un diritto e la opera vessatoria della banca incontrerebbe azioni sia in sede civile per danni che penale per estorsione.

Infatti, trattandosi di azione tutelata dall'ordinamento, la reazione della banca sarebbe inquadrabile in fattispecie penalmente rilevanti, quali violenza privata se non, addirittura estorsione.

Infatti, apparirebbe assai strano che dopo anni di rapporto, casualmente, dopo la notifica di un atto di citazione, la banca avanzi pretese ostruzionistiche.

Con compressione, evidente, dei diritti del correntista, che fino a quel giorno non ha avuto problemi. Si consideri che il rapporto di affidamento è a carattere fiduciario, e se fino a quel giorno tutto " filava liscio", come è possibile che, dopo la citazione, tale fiducia sia venuta meno?

Ma si considerino altri due aspetti molto importanti.

Mentre l'azione civile di restituzione di somme indebitamente percepite dalla banca (ripetizione di indebito ex art.2033c.c.) vede interessata la banca, come figura giuridica, la eventuale azione di intimazione e chiusura del conto, con strascichi di carattere penale, è fatto personale del direttore. Anche se la legge 231 del 2001 sulla responsabilità amministrativa dell'ente, estende tale responsabilità alla banca.

Inoltre quale saldo richiede la banca, se il credito è contestato? Insomma, se il correntista richiede la esatta rivalutazione del credito, a seguito di precise norme, come fa la banca a richiedere un importo X, se contestato?

L'anatocismo si applica ai mutui ?

Soltanto sulle rate scadute, ex sentenza 2593 del 20.2.2003 della Cassazione. Le rate, infatti, sono composte da capitale ed interessi. L'interesse di mora non può essere calcolato sugli interessi della rata.

Il tasso soglia, cosa è ?

Per combattere il fenomeno della usura, fin dal 1996, con la legge 180/96, il Governo ha previsto la pubblicazione, da parte del Ministero del Tesoro, di una tabella specifica.

Ogni tre mesi, per le varie categorie di credito, si ha la pubblicazione sulla gazzetta Ufficiale, delle varie categorie di credito (vedi in rassegna un esempio) con i relativi tassi di interesse che si possono applicare.

La legge prevede che il tasso di interesse indicato può essere aumentato sino al 50%. Detta sommatoria, tra tasso indicato ed il 50% viene definito **tasso soglia**. Se superato il tasso, più la sua metà, si ha il tasso usurario avendo, appunto, superato il tasso soglia.

Esempio: tasso su conto corrente 7%; tasso soglia 7 + 3,5% ovvero 10,5%. Se superato, il tasso è usurario.

Come sempre, quello che la legge ritiene semplice, nella pratica è assai complesso.

Infatti, l'art. 644 c.p. prevede che nel calcolo del tasso, al fine della sua usurarietà, si vede tenere conto di tutte le somme pagate, eccetto imposte e tasse.

Che cosa significa ? Che nel calcolo del cosiddetto TAEG (tasso annuale effettivo globale) occorrerebbe considerare non soltanto il tasso nominalmente indicato negli estratti dalla banca, ma sommare a detto anche le varie voci di commissione massimo scoperto; spese e balzelli

imposte a vario titolo; commissioni; anatocismo. E così spesso il tasso passivo sul conto corrente diviene usurario.

Le banche hanno, nei loro sistemi informatici, il programma di controllo del tasso soglia, in modo che mai venga superato quello indicato dal Ministero del Tesoro per pochi centesimi. Ma il sistema non tiene conto delle altre spese, che rischiano, se sommate, di rendere illegale, perchè usurario, il tasso.

La banca può segnalare in centrale dei rischi il nominativo del correntista che richiede il ricalcolo alla banca stessa?

La banca non può procedere alla segnalazione, stante il fatto che le somme sono contestate.

Quale somma segnala, se detta è certamente superiore al realmente dovuto (e se dovuto) ?

Infatti e come da sentenze che si allegano, non è raro il caso di correntisti in rosso, che vedono il debito divenire credito.

E' possibile, se del caso, ottenere un provvedimento in via di urgenza che ordini alla banca la cancellazione ovvero, se intimato il rientro, la diffida alla iscrizione del nominativo. In alternativa, è possibile ottenere un provvedimento, sempre in via di urgenza, dal tribunale che ordini alla banca di annotare, in centrale rischi, vicino al credito contestato, che appunto, detto credito è contestato.

Questo perchè il sistema sia informato della presenza di un contenzioso sul punto e sappia comprendere il senso della segnalazione. Infatti, che la segnalazione è di vari tipi e se segnalato un fuori fido ovvero un credito utilizzato, ma non concesso perché revocato, si deve dare la informativa necessaria.

Si rinvia alla sezione sentenze per una ordinanza resa dal tribunale di C.vecchia in via d urgenza che ordina alla BNL di annotare in centrale rischi che il credito è in contestazione.

Nel corso del rapporto di conto corrente la banca ha variato gli interessi passivi applicati senza dirmelo. E' legale ?

Lo schema contrattuale ABI (associazione bancaria italiana) di conto corrente, prevede all'art. 16, la facoltà della banca di variare le condizioni contrattuali, nel corso del rapporto.

Due valutazioni.

La prima è che la pattuizione e la accettazione debbono essere sempre avvenire per scritto. Una semplice adesione, anche se per mancata contestazione, non comporta assolutamente accettazione. È non può supplire alla forma scritta.

La seconda, di diritto sostanziale, è che le banche, negli estratti conto, inseriscono genericamente la facoltà di legge del correntista, di poter recedere dal rapporto se non concorde con le variazioni. Mai norma fu più iniqua ed infelice: Chi può permettersi di recedere dal conto – presumibilmente in rosso - se il contraente più forte, unilateralmente, modifica le condizioni? Ex pluribus: Cassazione 870/2006.

B O R S A

La borsa ed i mercati finanziari

Il Cliente che intende avvicinarsi alle operazioni in Borsa presso un intermediario finanziario (banca; Sim o promotore), deve avere ben chiara la normativa di riferimento posta a sua tutela e del mercato.

Tale normativa si fonda sul Decreto Legislativo 58/1998 (Testo Unico) che è stato recepito dalla Consob in diverse sue delibere. Dette ne spiegano la applicazione pratica, stabilendo le modalità di esecuzione.

La delibera più importante è la delibera 11522/1998.

Regolamentazione - Normativa, massime e orientamenti Consob

Servizi di investimento:

[In generale - Definizioni di strumenti finanziari](#)

(art. 1 d. lgs. n. 58/1998)

Contratti su valute

I contratti di compravendita a pronti o a termine aventi direttamente ad oggetto valute non rientrano nella nozione di strumenti finanziari.

Contratti su merci

Le operazioni di compravendita a pronti o a termine aventi ad oggetto direttamente merci non rientrano nella nozione di strumenti finanziari. Costituiscono strumenti finanziari derivati i contratti futures su merci (e sui relativi indici), i contratti di scambio a pronti e a termine (swap) su merci nonché i contratti a termine collegati a merci (e ai relativi indici), anche quando l'esecuzione avvenga attraverso il pagamento di differenziali in contanti.

Contratto di risparmio edilizio

Non rientra nella categoria degli strumenti finanziari il contratto di risparmio edilizio, che prevede la raccolta di depositi effettuati da parte dei sottoscrittori del contratto medesimo e la concessione di prestiti in denaro per l'acquisto di immobili, garantiti da ipoteca, ai sottoscrittori medesimi secondo priorità temporali e condizioni predefinite.

Opzioni su quote di OICR

I contratti di opzione per acquistare o vendere quote di organismi di investimento collettivo costituiscono strumenti finanziari e la loro vendita al dettaglio è esercitabile in Italia dalle sole imprese di investimento e banche.

Contratto di capitalizzazione

Non costituisce strumento finanziario il contratto di capitalizzazione (contratto stipulato tra un'impresa assicurativa ed un privato al fine di capitalizzare una somma traendone gli interessi) di cui all'art. 40 del d. lgs. n. 174/1995.

Quote e azioni di banche di credito cooperativo e di società cooperative

La quota o l'azione di una banca di credito cooperativo (casse rurali ed artigiane) e di una società cooperativa non bancaria non appare idonea, se tutti i diritti in essa incorporati sono esercitabili soltanto previa ammissione del singolo socio alla compagine sociale, ad essere negoziata sul mercato dei capitali e pertanto non costituisce strumento finanziario. La diffusione delle azioni medesime non può essere presa in considerazione per individuare emittenti con strumenti finanziari diffusi tra il pubblico in misura rilevante.

Polizze assicurative collegate al valore di un fondo interno

La sottoscrizione di polizze assicurative, le cui prestazioni sono ancorate al valore delle quote di un fondo interno ad un'impresa

di assicurazione, comporta l'acquisizione del diritto al pagamento di un capitale o una rendita al verificarsi dell'evento attinente alla vita umana dedotto nel contratto, con la peculiarità che il valore del capitale o della rendita non è determinato all'atto della sottoscrizione della polizza, ma è calcolato al momento dell'evento applicando il parametro contrattuale di indicizzazione. Ciò consente di ricondurre le polizze in questione nel novero dei prodotti assicurativi, piuttosto che in quello degli strumenti finanziari. La labilità del confine tra alcune categorie dei prodotti assicurativi in questione e gli strumenti finanziari veri e propri rende, peraltro, auspicabile, nelle operazioni aventi ad oggetto prodotti assicurativi, l'adozione di cautele e regole di comportamento comparabili a quelle previste nel settore dei servizi d'investimento.

Contratti di mutuo

All'acquisto di immobili ad uso abitativo, non rientra nell'ambito delle categorie degli strumenti finanziari e dei servizi di investimento, elencati, rispettivamente, nei commi 2 e 5 dell'art. 1 del d. lgs. n. 58/1998, né può farsi rientrare tra i prodotti finanziari di cui all'art. 1, comma 1, lett. u), dello stesso decreto.

Sinteticamente, facendo riferimento a tale delibera, le parti di una operazione di borsa possono essere indicate in cliente (il risparmiatore) e l'intermediario finanziario autorizzato (banca; società intermediazione mobiliare o SIM; promotore finanziario),

La delibera è articolata e complessa, ma si possono indicare alcuni articoli, che si riportano e dalla loro applicazione discende tutto il rapporto cliente/intermediario.

La inosservanza delle norme può portare a nullità delle operazioni per violazione di norma imperativa ex art. 1418 c.c. ovvero a risarcimento del danno per inadempimento. Il danno sarebbe equivalente all'importo

investito nella operazione. Come sempre, diversi sono gli orientamenti dei tribunali, ma in un caso o nell'altro si ricade.

La Consob negli articoli che vengono di seguito riportati, recita che:

Art.26

Regole generali di comportamento

Gli intermediari autorizzati, nell'interesse degli investitori e dell'integrità del mercato mobiliare:

- a) Operano in modo indipendente e coerente con i principi e le regole generali del testo Unico;
- b) Rispettano le regole di funzionamento dei mercati in cui operano
- c) Si astengono da ogni comportamento che possa avvantaggiare un investitore a danno di un altro
- d) Eseguono con tempestività le disposizioni loro impartite dagli investitori
- e) Acquisiscono una conoscenza degli strumenti finanziari, di servizi nonché dei prodotti diversi dai servizi di investimento, propri di terzi, da essi stessi offerti, adeguata al tipo di prestazione da fornire
- f) Operano al fine di contenere i costi a carico degli investitori e di ottenere da ogni servizio d'investimento il miglior risultato possibile, anche in relazione al livello di rischio prescelto dall'investitore.

Già da questi principi fondamentali, si evince quale dovrebbe essere la condotta della banca (l'intermediario maggiormente utilizzato).

Chi ha avuto modo di operare a mezzo di una banca, avrà notato, di già, delle difformità tra quanto indicato e quanto allo stesso accaduto. La prassi più diffusa, infatti, è quella di vedersi invitato ad apporre firme senza alcuna, obbligatoria, informativa e su titoli consigliati dall'operatore.

Come può accadere per il CONFLITTO di INTERESSI

Art.27 del.11522/998

- 1) Gli intermediari autorizzati vigilano per la individuazione dei conflitti di interessi.

2) Gli intermediari autorizzati non possono effettuare operazioni con o per conto della propria clientela se hanno direttamente o indirettamente un interesse in conflitto, anche derivante da rapporti di gruppo, dalla prestazione congiunta di più servizi o da altri rapporti di affari propri o di società del gruppo, a meno che non abbiano preventivamente informato per iscritto l'investitore sulla natura e l'estensione del loro interesse nell'operazione e l'investitore non abbia acconsentito espressamente per iscritto all'effettuazione della operazione. Ove la operazione sia conclusa telefonicamente, l'assolvimento dei citati obblighi informativi ed il rilascio della relativa autorizzazione da parte dell'investitore devono risultare da registrazione su nastro magnetico o su altro supporto equivalente.

3) Ove gli intermediari autorizzati, al fine di dell'assolvimento degli obblighi di cui al precedente comma 2, utilizzino moduli o formulari prestampati, questi devono recare l'indicazione, graficamente evidenziata, che la operazione in conflitto di interessi.

Tornando alla prassi di far sottoscrivere al cliente la clausola sul conflitto di interessi senza averla debitamente spiegata, molti casi giudiziari vissuti, hanno consentito di verificare che anche la clausola che recitava " operazione in conflitto di interessi" veniva fatta firmare dalla banca senza alcuna informativa sia sul conflitto, sia sulla conseguenza per il cliente, derivate dalla accettazione di detto conflitto.

In pratica, e come sempre, si tratta di norme a tutela del cliente che la banca " aggira" con l'invito a sottoscriverle senza averle lette. La leggerezza del cliente, derivante dalla fiducia nell'interlocutore, rende possibile tale condotta. E la banca è, formalmente, a posto.

COMMENTO:

Il problema del conflitto di interessi si concretizza in una esigenza di tutela dell'investitore nei confronti degli operatori professionali.

La disciplina predisposta prevede una precisa sequenza di obblighi per l'intermediario in caso di situazioni di conflitto di interesse: 1) evitare i conflitti, ove ciò sia ragionevolmente possibile; 2) ove ciò non sia

possibile, assicurare idonea trasparenza e comunque gestirli in modo da non recare pregiudizio all'investitore.

La sequenza riprende quanto disposto a livello di principio dalla dir. n. 93/22/CEE (art. 11, 6E: "*sforzarsi di evitare i conflitti di interessi e, qualora ciò non sia possibile, [a] provvedere che i clienti siano trattati in modo equo*"). La trasparenza va resa, normalmente, in via iniziale con il contratto quadro concluso con il risparmiatore, ovvero ove ciò non sia possibile, volta per volta, prima di ogni singola operazione.

Si possono individuare due tipologie d'ipotesi di conflitto d'interessi: conflitto d'interessi intrinseco ed un conflitto d'interessi estrinseco.

La prima individua l'ipotesi della normale contrapposizione d'interessi che lega due parti dello stesso contratto e che le obbliga a svolgere una prestazione nell'interesse della controparte. Il contrasto sussiste tra l'interesse del cliente ad ottenere il miglior servizio e l'interesse dell'intermediario ad operare secondo le sue migliori convenienze operative.

Con l'espressione conflitto d'interessi estrinseco si fa invece riferimento al fatto che l'impresa d'intermediazione può perseguire, nello svolgimento del suo ruolo, un interesse diverso da quello che normalmente seguirebbe nel caso del compimento esclusivo di tale attività, in quanto derivante dallo svolgimento concorrente di altre attività di intermediazione.

La normativa regolamentare, in ossequio alle esigenze di tutela dell'investitore, dispone dunque che "*gli intermediari autorizzati non possono effettuare operazioni con o per conto della propria clientela se hanno direttamente o indirettamente un interesse in conflitto [...] a meno che non abbiano preventivamente informato per iscritto l'investitore sulla natura e l'estensione del loro interesse nell'operazione [...]*" (Art. 27 co.2).

L'informazione circa la sussistenza del conflitto d'interessi può essere resa dall'intermediario anche via Internet, purché in modo chiaro e garantendo

che il cliente sia posto nelle condizioni di acquisirla su supporto duraturo, come si legge nella norma: “[...] *l’assolvimento dei predetti obblighi informativi e il rilascio della autorizzazione da parte dell’investitore devono risultare da registrazione su nastro magnetico o altro supporto equivalente*”. L’intermediario è dunque tenuto alla conservazione delle “evidenze” attestanti il consapevole rilascio della conferma dell’ordine da parte del cliente, di cui deve essere garantita l’immodificabilità e la conservazione (cfr art. 69 del regolamento n. 11522/1998) e l’accesso all’investitore (cfr art. 28 co. 5 del regolamento n.11522/1998): se questo ultimo decide di acconsentire all’operazione, pur sussistendo un conflitto d’interessi, può farlo manifestando la propria volontà anche attraverso Internet; semprechè la procedura tecnico operativa dell’intermediario sia strutturata in modo da richiedere all’investitore una manifestazione di consenso effettiva e consapevole, evitando cioè che il sito sia organizzato in modo da “impostare per *“default”* l’opzione di conferma.

Interessante può risultare anche l’ orientamento della Cassazione Civile, Sez. I, nella sentenza del 29 settembre 2005, n. 19024, in cui stabilisce che l’inosservanza dei vincoli di forma prescritti per le dichiarazioni relative alle operazioni compiute dall’intermediario finanziario in conflitto di interessi con il cliente [art. 6, lett. g) legge n. 1/1991; art. 21, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 58/1998; art. 27, comma 2, Regolamento Consob n. 11522/1998] può rilevare alla stregua degli artt. 1394-1395 c.c., ma non può determinare la nullità dei relativi contratti, anche se il requisito di forma scritta per i contratti relativi a servizi e strumenti finanziari [previgenti artt. 6, lett. c) e 18, comma 1, d.lgs. n. 415/1996; vigente art. 23 d.lgs. n. 58/1998] riguarda non il solo contratto quadro, ma anche tutti i singoli contratti conclusi fra intermediario e cliente per perfezionare le singole operazioni.

All’art.28

Informazioni tra gli intermediari e gli investitori

1) Prima della stipulazione del contratto di gestione e di consulenza in materia di investimenti e dell'inizio della prestazione dei servizi di investimento e dei servizi accessori a questi collegati, gli intermediari autorizzati devono:

a) chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento nonché circa la sua propensione al rischio. L'eventuale rifiuto di fornire le notizie richieste deve risultare dal contratto di cui al successivo articolo 30, ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore;

b) consegnare agli investitori il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari di cui all'all. 3;

2) Gli intermediari autorizzati non possono effettuare o consigliare operazioni o prestare il servizio di gestione se non dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento;

3) Gli intermediari autorizzati informano prontamente e per iscritto l'investitore appena le operazioni in strumenti derivati e in warrant da lui disposte per finalità diverse da quelle di copertura abbiano generato una perdita, effettiva potenziale, pari o superiore al 50% del valore dei mezzi costituiti a titolo di provvista e garanzia per la esecuzione delle operazioni. Il valore di riferimento di tali mezzi si ridetermina in occasione della comunicazione all'investitore della perdita, nonché nel caso di versamenti o prelievi. Il nuovo valore di riferimento è rocamente comunicato al investitore. In caso di versamenti o prelievi è comunque comunicato all'investitore il risultato fino ad allora conseguito.

4) Gli intermediari autorizzati informano prontamente e per iscritto l'investitore ove il patrimonio affidato nell'ambito di una gestione si sia ridotto per effetto di perdite, effettive o potenziali, in misura pari o superiore al 30% del controvalore totale del patrimonio a disposizione alla data di inizio di ciascun anno ovvero, se successiva, a quella di inizio del rapporto, tenuto conto di eventuali conferimenti o prelievi. Analoga informativa dovrà essere effettuata in occasione di ogni ulteriore riduzione pari o superiore al 10% di tale controvalore.

5) Gli intermediari autorizzati mettono sollecitamente a disposizione dell'investitore che ne faccia richiesta i documenti e le registrazioni in loro possesso che lo riguardano, contro rimborso delle spese effettivamente sostenute.

COMMENTO:

Il regolamento 11522 prevede più specificatamente l'obbligo dell'intermediario di consegnare il documento sui rischi generali (cfr. art. 28, comma 1, lett. b) del reg. 11522/1998) degli investimenti in strumenti finanziari (anche con riferimento ai servizi accessori a questi collegati), obbligo che potrà essere adempiuto anche mediante sito Internet nella c.d. informativa finanziaria.

Inoltre una comunicazione della Consob di Aprile (Comunicazione Consob n. DI/30396 del 21 Aprile 2000, che sottolinea inoltre, conformemente a legge, come l'obbligo degli intermediari di informare gli investitori delle perdite derivanti da operazioni su strumenti derivati, debba essere adempiuto per iscritto, rilevandosi al contempo l'opportunità che tale comunicazione sia anticipata via Internet), rileva come in un contesto che richiede agli intermediari di operare in modo che i clienti siano sempre adeguatamente informati, e in ragione del generale dovere di "comportarsi con correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti", essi devono altresì far presente agli investitori, prima dell'avvio della prestazione del servizio, che la modalità di esecuzione on.line può indurre

il risparmiatore a moltiplicare le transazioni operando in una prospettiva "intraday"; per cui vanno segnalati i rischi e i costi in termini di commissioni (queste ultime anche se di ammontare unitariamente minore).

Oltre ad informare gli investitori, gli intermediari, devono acquisire da loro, le informazioni necessarie (cfr. art 21, comma 1, lett. b) del TUIF).

Un intermediario deve valutare l'adeguatezza delle singole operazioni disposte dagli investitori ai sensi dell'art 29 del reg. 11522/1998, "rispetto al profilo dell'investitore", ossia predisponendo a tal fine procedure predefinite che tengano conto delle caratteristiche oggettive dell'operazione considerata in rapporto al profilo soggettivo del cliente.

In tal senso andranno acquisite informazioni dall'investitore con riferimento "alla sua esperienza in materia d'investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, la sua propensione al rischio"(cfr. art 28, comma 1, lett. a) del reg.11522/1998).

La disciplina vigente non precisando le modalità d'acquisizione delle informazioni dagli investitori, lascia agli operatori ampia discrezionalità.

L'unico rilievo risultante ex lege è quello che " l'eventuale rifiuto del cliente di fornire le notizie richieste deve risultare dal contratto [...] oppure da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore" (cfr. art 28, comma 1, lett. a) del reg. 11522/1998. Non risultano ammesse forme alternative di espressione del rifiuto).

Neanche in tal caso gli intermediari sono esonerati dall'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'operazione disposta dal cliente, in ossequio ai principi generali di correttezza, diligenza trasparenza.

La Consob suggerisce a tal proposito di tener conto di tutte le informazioni di cui l'intermediario dispone a partire dall'età, professione, fino alla situazione di mercato e alla pregressa attività dell'investitore.

L'obbligo assume profili specifici se l'operazione disposta dal cliente sia inadeguata e, si traduce in un obbligo di "astensione dall'effettuare con o per conto dell'investitore l'operazione non adeguata per tipologia, oggetto, frequenza, dimensione".

Se l'investitore, poi, vorrà comunque procedere all'operazione, occorrerà la "conferma", ossia una manifestazione di volontà effettiva e consapevole, resa, anche tramite Internet, nell'ambito di un "percorso" nel quale il cliente sia posto nelle condizioni di dover attestare di voler dar corso all'operazione pur avendo ricevuto dall'intermediario avvertenze circa l'inadeguatezza dell'operazione (L'intermediario è tenuto alla conservazione delle "evidenze" attestanti il consapevole rilascio della conferma dell'ordine da parte del cliente, di cui deve essere garantita l'immodificabilità e l'accesso all'investitore. Cfr. Comunicazione Consob cit).

Servizi di investimento:

In generale - Svolgimento dei servizi - Regole generali di comportamento

(art. 21, comma 1, d. lgs. n. 58/1998 e art. 26 regolamento intermediari)

Frazioni di titoli

Non è conforme ai principi generali che regolano lo svolgimento dei servizi di investimento l'inserimento nei dossier della clientela di frazioni di titoli di stato in quanto non cedibili direttamente a terzi diversi dall'intermediario né in alcun modo trasferibili, se non nelle forme della cessione del credito. Tali considerazioni valgono anche per le operazioni di pronti contro termine effettuate con la clientela.

Chiusura delle posizioni su derivati su iniziativa dell'intermediario

La chiusura delle posizioni su contratti derivati su iniziativa dell'intermediario è giustificata ogniqualvolta l'investitore non abbia rispettato puntualmente gli adempimenti in relazione ai margini dovuti. Il rispetto dei principi generali di trasparenza e correttezza impone agli intermediari di rappresentare chiaramente al cliente gli obblighi a cui il medesimo è tenuto in tema di costituzione dei margini di garanzia nonché le possibili conseguenze derivanti dal loro mancato rispetto. Tali obblighi dovranno poi essere contenuti nel contratto ai sensi dell'art. 3, comma 2 del regolamento intermediari.

Utilizzo di sistemi elettronici

Nel caso in cui il servizio di investimento venga prestato attraverso l'utilizzo di strumenti telematici o la rete internet (ad esempio, trading on-line), gli intermediari debbono dotarsi di procedure adeguate ed idonee (quali ad esempio i call center) a

fronteggiare anche eventuali blocchi temporanei del sistema. Il punto 4.4 del "Documento sui rischi generali degli investimenti in servizi finanziari", riferendosi espressamente ai "Sistemi elettronici di supporto alle negoziazioni", ossia ai "Sistemi computerizzati per le procedure di trasmissione degli ordini (order routing), per l'incrocio, la registrazione e la compensazione delle operazioni", riguarda sia i sistemi informatici che consentono agli intermediari di trasmettere gli ordini ai mercati che si avvalgono di sistemi computerizzati di negoziazione, sia quei sistemi elettronici che, più in generale, consentono di svolgere la necessaria attività precedente e successiva alla negoziazione in senso stretto.

Commissioni

Con l'entrata in vigore del d. lgs. n. 415/96 la Consob non ha più il potere di determinare la misura massima delle commissioni di intermediazione che, pertanto, sono rimesse per tutti i servizi di investimento alla libera determinazione delle parti contraenti.

Servizi di investimento:

In generale - Svolgimento dei servizi - Informazioni tra gli intermediari e gli investitori

(art. 21, comma 1, d. lgs. n. 58/1998 e art. 28 regolamento intermediari)

Modalità di raccolta

La raccolta delle informazioni sul cliente deve essere effettuata prima dell'inizio della prestazione dei servizi d'investimento e dovrebbe avvenire, di norma, nell'ambito di un incontro personale e diretto con l'investitore. La raccolta delle informazioni attraverso un modulo inviato dal cliente non costituisce di per sé modalità contraria ai principi di correttezza e trasparenza a condizione che vi sia stata una preventiva e diretta interazione tra le parti e che,

comunque, le informazioni siano ottenute prima dell'inizio della prestazione dei servizi d'investimento.

Documento sui rischi: consegna a cointestatari e delegati

Nei rapporti con molteplicità di intestatari, il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari deve essere consegnato a ciascuno di essi. Non sussiste, invece, alcun obbligo di consegna del documento ai soggetti delegati a disporre l'esecuzione di operazioni a valere su rapporti di intermediazione non di propria competenza.

Perdite: investimento in derivati

Il contratto deve indicare e disciplinare le modalità di costituzione e ricostituzione della provvista o garanzia delle operazioni disposte, specificando separatamente i mezzi costituiti per l'esecuzione delle operazioni su derivati. Il capitale di riferimento, a partire dal quale deve essere calcolata la soglia percentuale del 50% delle perdite al cui raggiungimento l'investitore deve essere informato prontamente e per iscritto deve, quindi, essere predefinito e indicato nel contratto all'atto della sua stipulazione. Se la decisione di operare su strumenti derivati avviene in un secondo momento, il contratto dovrà essere integrato con l'indicazione di tale ammontare. In relazione all'acquisto di un'opzione over the counter (O.T.C.), il capitale a cui fare riferimento per il calcolo delle perdite deve identificarsi nei mezzi forniti all'intermediario per l'acquisto dell'opzione.

Perdite: investimento in covered warrant

Laddove il cliente operi esclusivamente su covered warrant, e non anche su strumenti derivati che prevedono un sistema di margini mark to market, il capitale di riferimento in relazione al quale calcolare l'ammontare delle perdite può coincidere con il capitale effettivamente investito per l'acquisto dei covered warrant. Nel caso in cui il cliente operi anche in strumenti derivati, per capitale di riferimento deve invece intendersi l'ammontare dei fondi che il

cliente ha dichiarato, all'interno del contratto, di voler destinare a tali operazioni. E' comunque ammissibile, per le operazioni aventi ad oggetto covered warrant, fare riferimento al capitale effettivamente investito, qualora l'investitore abbia espressamente richiesto all'intermediario di distinguere l'operatività su tali titoli da quella su derivati.

Perdite: investimento in gestioni individuali

L'art. 28, comma 3 del regolamento intermediari si applica ai servizi di negoziazione e di ricezione e trasmissione ordini. Il servizio di gestione su base individuale di portafogli di investimento, invece, è soggetto alla disposizione di cui al comma 4 dello stesso art. 28. Solo tale ultima norma, prescrivendo che la soglia rilevante delle perdite da comunicare è pari al 30%, assume come valore di riferimento il patrimonio a disposizione alla data di inizio di ciascun anno.

Perdite: informazione tempestiva

Non è in linea con quanto prescritto dall'art. 28, comma 3, regolamento intermediari una comunicazione inoltrata al cliente ad oltre venti giorni di distanza rispetto al verificarsi del presupposto. *Ratio* della norma è, infatti, quella di fornire un'informativa tempestiva sull'andamento sfavorevole degli investimenti disposti dal cliente.

Perdite: blocco dell'operatività dell'investitore

Un intermediario, nella prestazione del servizio di negoziazione o di ricezione e trasmissione ordini, non è tenuto a dotarsi di un *software* che neghi la possibilità di operare qualora si sia verificata una perdita. Infatti, pur in presenza di perdite rilevanti, il cliente rimane naturalmente in condizione di inoltrare ordini a valere sulle proprie, rimanenti, disponibilità. Qualora il cliente intenda effettuare operazioni eccedenti l'ammontare delle rimanenti disponibilità o, ancor più, quando le perdite abbiano già interessato l'intero patrimonio del cliente, dovrebbe proporsi la

necessità di predisporre il blocco dell'operatività dell'investitore, stante il dovere per l'intermediario di garantire la propria sana e prudente gestione (art. 21, comma 1, lett. e) del d. lgs. n. 58/1998).

Richiesta di documentazione

Non vi è conflitto tra la disciplina sulla trasparenza delle condizioni contrattuali, di cui al titolo VI del d. lgs. n. 385/1993 e, in specie, all'art. 119, comma 4, e le disposizioni contenute nel regolamento intermediari, in specie, l'art. 28, comma 5. Gli obblighi informativi sulle operazioni dei clienti, fissati dalle suddette norme, operano su piani diversi e un eventuale conflitto è espressamente escluso dall'art. 23, comma 4, del d. lgs. n. 58/1998. L'informativa ai clienti istanti ai sensi dell'art. 28, comma 5, regolamento intermediari va resa con riguardo a tutta la documentazione relativa alla prestazione di servizi di investimento.

Art.29

Operazioni non adeguate

1) Gli intermediari autorizzati si astengono dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione.

2) Ai fini di cui al comma 1, gli intermediari autorizzati tengono conto delle informazioni di cui all'art. 28 e di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati.

3) Gli intermediari autorizzati, quando ricevono da un investitore disposizioni relative ad una operazione non adeguata, lo informano di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione. Qualora l'investitore intenda comunque dare corso all'operazione, gli intermediari autorizzati possono eseguire la operazione

stessa solo sulla base di un ordine impartito per scritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute. Vale il discorso per la clausola sul conflitto di interessi.

La clausola sulla inadeguatezza della operazione viene fatta sottoscrivere sempre con l'invito ad apporre la sottoscrizione senza alcuna informativa sul contenuto e la portata della clausola stessa. Figuriamoci sulle conseguenze.

Infatti, avendo il cliente accettato che, nonostante le avvertenze ricevute "intende comunque eseguire la operazione quantunque inadeguata, al cliente stesso può essere venduto di tutto: dai titoli a rischio ai diritti sulle opzioni.

Art. 30

Contratti con gli investitori

1) Gli intermediari autorizzati non possono fornire i propri servizi se non sulla base di un apposito contratto scritto; una copia di tale contratto è consegnata all'investitore.

2) Il contratto con l'investitore deve:

- Specificare i servizi forniti e le loro caratteristiche
- Stabilire il periodo di validità e le modalità di rinnovo del contratto, nonché le modalità da adottare per le modificazioni del contratto stesso;
- Indicare le modalità attraverso cui l'investitore può impartire ordini ed istruzioni;
- Prevedere la frequenza, il tipo ed i contenuti della documentazione da fornire all'investitore a rendiconto dell'attività svolta;
- Indicare e disciplinare, nei rapporti di negoziazione e ricezione e trasmissione di ordini, le modalità di costituzione e ricostituzione della provvista o garanzia delle operazioni disposte, specificando separatamente

i mezzi costituiti per la esecuzione delle operazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati e warrant;

- Indicare le altre condizioni contrattuali eventualmente convenute con l'investitore per la prestazione del servizio;

3) Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alla prestazione dei servizi:

a) di collocamento, ivi compresi quelli di offerta fuori sede e di promozione e collocamento a distanza;

b) accessori, fatta eccezione per quelli di concessione di finanziamenti agli investitori e di consulenza in materia di investimenti in strumenti finanziari.

Un ultimo accenno all'art.36, relativo alla offerta fuori sede.

Nell'attività di offerta fuori sede di strumenti finanziari, di servizi di investimento e di prodotti finanziari disciplinati dall'art.30 del Testo Unico, gli intermediari autorizzati si avvalgono dei promotori finanziari al fine di:

a) acquisire e fornire informazioni e consegnare copia del documento di cui agli articoli 28;29 comma 3;

b) Consegnare agli investitori prima della sottoscrizione del documento di acquisto o di sottoscrizione degli strumenti finanziari e degli altri prodotti finanziari, copia del prospetto informativo o degli altri documenti informativi,ove prescritti, ovvero i documenti contrattuali per la fornitura dei servizi di investimento;

c) illustrare agli investitori:

prima della sottoscrizione del documento di acquisto o sottoscrizione degli strumenti finanziari e degli altri prodotti finanziari verro dei documenti contrattuali per la fornitura dei servizi di investimento, gli elementi essenziali della operazione, del servizio o del prodotto, con articolare riguardo ai relativi costi e rischi patrimoniali;

la facoltà prevista dall'art. 30 comma 6, testo unico;

d) ricevere dagli investitori:

- il documento di acquisto o di sottoscrizione degli strumenti finanziari e degli altri prodotti finanziari ovvero i documenti contrattuali da essi firmati;
- i relativi mezzi di pagamento, strumenti finanziari e altri prodotti finanziari nel rispetto delle disposizioni previste dal regolamento di cui all'art. 3 comma 6 testo Unico;
- disposizioni relative ai servizi offerti;
- le eventuali richieste di disinvestimento relative agli strumenti finanziari ed ai altri prodotti finanziari sottoscritti o acquistati ovvero le dichiarazioni di recesso dai contratti;

le eventuali richieste di trasferimento o ritiro di strumenti finanziari e di altri prodotti finanziari o di somme d denaro;

2) le disposizioni del comma 1 si applicano anche all'offerta fuori sede dei servizi accessori e dei fondi pensione aperti da parte delle imprese di investimento.

3) Non costituisce offerta fuori sede quella effettuata nei confronti di operatori qualsiasi di cui all'art. 31 comma 2.

Anche se apparentemente troppo tecniche, le indicazioni date dal TU sono regole elementari di condotta che, applicate ex art 1176 c.c. con diligenza e correttezza, mirano a tutelare i mercati ed il corretto svolgimento dei rapporti.

La pratica quotidiana dimostra che non è così ed ecco, allora, una serie di "iniziative" che gli intermediari pongono in essere e che girano le regole in danno degli investitori.

Di seguito si riportano condotte e commenti di casi concreti trattati in tribunale.

L'art.26 non merita particolari commenti, vertendo in tema di condotta a carattere generale che l'intermediario deve avere nei rapporti con i clienti.

Se, realmente, si avesse il rispetto di dette, elementari, regole, non si avrebbe la difficoltà dialettica che si incontra tra utenti ed operatori.

Un punto dell'art. 26 merita articolare attenzione. Il punto e) recita che gli intermediari acquisiscono una conoscenza degli strumenti finanziari adeguata al tipo di prestazione da fornire.

Chi ha trattato con i cosiddetti " borsini" avrà avuto modo di rilevare la pressoché totale inesistenza di informativa; impreparazione ed inadeguatezza dell'impiegato tolto allo sportello per essere utilizzato, precariamente, nella nuova funzione.

E nel caso di titoli argentini la risposta alle domande di certezza del cliente, sulla solidità del titolo imposto dalla banca, era " può fallire uno Stato Sovrano"?

Questa era la preparazione adeguata del sistema bancario dal 1998 al 2001 (almeno).

Anche la lettera f che intende limitare costi per l'investitore ha avuto modo di essere superata alla accensione di diversi dossier ed acquisto di titoli analoghi con un florilegio di costi.

Art.27. Conflitto di interessi.

Difficilmente (meglio sarebbe dire mai) la banca informa del conflitto di interessi il cliente.

Anzi, promuove la vendita di prodotti proprio e supera il problema della informativa facendo sottoscrivere che " trattasi di operazioni in conflitto di interessi".

Troveremo ancora applicata tale metodologia operativa del metta una firma qui qui e qui, accanto alle crocette.

Alla faccia della corretta informativa di cui all'art. 28 che vedremo immediatamente dopo.

Art.28

L'articolo 28 rappresenta la linea guida operativa, che entra nel merito delle problematiche operative.

Infatti, mentre se l'art.26 recita di condotte a carattere generale, che possono tranquillamente rientrare nella condotta dettata dall'obbligo di

buona fede pre e contrattuale, nonché di diligenza nell'esecuzione dei rapporti, l'art. 28 contiene vere e proprie condizioni da osservare da parte dell'operatore bancario e/o intermediario che sia.

Il capo a) dell'art. 1 è relativo all'obbligo di acquisire informazioni sulla situazione del cliente, per sapere "chi si ha di fronte" e poterlo adeguatamente consigliare.

Infatti, tra una persona anziana, priva di titolo di studio; un impiegato a reddito fisso di una certa età ed un professionista giovane e ricco, non si può avere la stessa condotta.

Le informazioni da raccogliere obbligatoriamente sono:

situazione finanziaria; obiettivi di investimento; propensione al rischio; esperienza in materia di investimenti.

Non occorre una grossa analisi per comprendere che si tratta di valutare il soggetto per meglio consigliarlo. E qui si rinvia al preciso obbligo di preparazione del intermediario previsto dall'art. 26, al fine di meglio consigliare il cliente.

Al capo b) dello stesso articolo 28, si ha l'obbligo di consegna del documento sui rischi generali. La condotta delle banche, sinora, è stata quella di far sottoscrivere al cliente il rifiuto di fornire i dati di cui al capo a); di far sottoscrivere per ricevuta la consegna del documento sui rischi generali.

In alcuni casi, addirittura, la banca ha fatto sottoscrivere di avere consegnato il documento sui rischi generali, senza averlo effettivamente consegnato.

Alla ingenuità dell'investitore che si fidava dell'operatore, veniva opposta la mala fede precontrattuale e contrattuale della banca.

Precontrattuale, perché si era già in fase di preparazione e trattative; contrattuale perché, come vedremo, il contratto quadro riportava tali condizioni.

Le varie cause in tribunale hanno consentito di acclarare che, anche il mancato reperimento delle informazioni non esonerava la banca dal tenere una condotta diligente. Anzi, diversi Tribunali, hanno dichiarato – in

conformità con gli orientamenti Consob che si riportano- che la mancata acquisizione dei dati (sulla carta, per rifiuto del cliente) avrebbe dovuto prudenzialmente far inserire lo stesso cliente, da parte della banca, tra quelli a basso profilo di rischio.

Ed appare una cosa logica. Se chi deve consigliare (banca, SIM ecc.) non sa chi ha di fronte per assenza di dati, come può adeguatamente muoversi nella fase di consulenza, indicando prodotti e servizi più o meno adeguati? Come può ritenere una operazione inadeguata per dimensione (magari impiega tutto il capitale del cliente); frequenza (più operazioni in un certo periodo); tipologia (Bond anziché CCT); oggetto (operazione a termine o swap)

La Consob recita (del. 30396 / 2000) che la banca deve poter agire prudenzialmente sui dati che possiede: magari conto corrente; giacenza ecc.

In caso contrario, deve sconsigliare la operazione, perché inadeguata.

Questa dovrebbe essere la condotta delle banche.

Nell'applicazione dell'art.28 e dei suoi obblighi, abbiamo detto: agire in danno del cliente facendo sottoscrivere clausole che lo vincolano. Ovvero: rifiuto seppur richiesto, di fornire informazioni; dichiarazione di avere ricevuto informazioni sulla operazione e di volerla comunque effettuare, nonostante sia ritenuta inadeguata; dichiarazione di avere ricevuto il documento sui rischi generali.

Tutto sempre in base al rapporto fiduciario che ha consentito alla banca di indicare con una crocetta, i punti da firmare.

Solitamente i contratti vengono riempiti successivamente alla sottoscrizione: tanto il cliente si fida. E non vengono consegnati prima della operazione, ma a distanza di anni, quando è il cliente a richiederli.

E come si comportano molte banche lo abbiamo veduto.

Che cosa deve fare, allora, il semplice risparmiatore che si avvicina alla Borsa?

La prima cosa che mi sentirei di dire è se realmente il gioco vale la candela.

Insomma, rendimenti alti sono indice di rischio e spesso su piccoli capitali -seppur importanti- non trovano giustificazione. I BOT avevano un rendimento pari alla metà dei Bond Argentini che offrivano anche il 10%. Ma il doppio su un capitale esiguo, rimane sempre una piccola cifra, a cui aggiungere commissioni bancarie. Ed il rischio?

Bisogna partire dal presupposto che la Borsa non è un gioco per "grandi" e non è moto democratica, se non nel distribuire scottature.

Bisogna saperci fare e non è consigliabile avvicinarsi a profani per avere pochi euri di interessi in più. Tale logica era proprio quella che ha visto nascere il TU 58/1998: permettere a tutti di avvicinarsi alla Borsa a mezzo di consulenti capaci; seri, onesti e trasparenti.

La storia recente insegna che così non è stato, per cui è meglio diffidare ed accontentarsi di quello che passa il convento: meno rischio, ma capitale certo.

Altro discorso per chi si sente preparato è quello di chiedere informazioni; farsi consegnare i documenti; portarli a casa e visionarli attentamente; tornare alla banca e chiedere spiegazioni. Di fronte alle risposte evasive: recedere immediatamente dalla tentazione.

Di fronte a consulenti seri, se ottenute risposte oneste ed in quadro ai contratti, assumersi il rischio relativo.