

# Typology of disputes in front of the ABF

Giuseppe Leonardo Carriero



1. L'ampio titolo assegnato a questa relazione, se declinato letteralmente, richiederebbe di intrattenersi, per un verso, su casi, questioni e orientamenti divisati dall'Arbitro Bancario Finanziario riguardo a materie rientranti nel perimetro della propria cognizione; per altro verso, di isolare, per ciascuna di queste, la *ratio decidendi* sottesa alla qualificazione giuridica della singola fattispecie. In breve, una sorta di rassegna con riferimento agli argomenti o insieme di argomenti presi in esame. Intrapresa codesta che, all'evidenza, sovrasta le capacità (oltre che le forze) del relatore, deborda dai tempi assegnati e attenda alla stessa pazienza dei convenuti. Al fine di ricondurre la tematica assegnata a criteri di ragionevolezza e di coerenza col compito da svolgere, proverò da tale indistinto (e complesso) insieme a isolare, con l'arbitrio e la sintesi del caso, alcune variabili "di sistema" che, per l'attualità che le contraddistinguono o per la maggiore familiarità con le mie (limitate) competenze, possono rappresentare un significativo (ancorché parziale) spaccato della più generale problematica.

2. Conviene, in ordine all'inquadramento generale della fattispecie, prendere le mosse proprio dalla sfera di attribuzioni devolute all'organismo in rassegna: controversie relative a operazioni e servizi bancari nonché (successivamente) a servizi di pagamento sulla scorta dell'art. 40 del d. lgs. n. 11/2010 prestati dagli intermediari attivi nei settori di riferimento. Vengono pertanto in considerazione, con riferimento al primo insieme di

materie (oltre ai servizi in senso lato “bancari”), le operazioni di raccolta del risparmio tra il pubblico, intesa quale “acquisizione di fondi con obbligo di rimborso, sia sotto forma di depositi sia sotto altra forma” (art. 11, co. 1, Tub) e le controversie afferenti ai relativi contratti (deposito bancario, conto corrente bancario etc.). A queste si affiancano le questioni sollevate con riguardo a contratti (tipici e non) relativi all’erogazione del credito (mutui, crediti al consumo, finanziamenti in genere, aperture di credito etc.). Insomma, operazioni “passive” e “attive” poste in essere (con riferimento a entrambi i versanti) da banche o (limitatamente a quelle creditizie) da intermediari finanziari non bancari abilitati all’esercizio delle relative attività. La cognizione dell’organismo adito abbraccia (quale adr decisoria/aggiudicativa) pronunce di accertamento del diritto fatto valere (es. di nullità del contratto o di sue clausole) e di risarcimento del danno fino a 100 mila euro. Non si estende a pronunce costitutive (es. annullamento dl contratto per vizi del volere) né, per ciò che qui rileva, a controversie in senso stretto “finanziarie” (afferenti, in senso lato, a servizi e attività di investimento), ora assegnate all’apposito Arbitro per le controversie finanziarie. Questa precisazione mi pare importante sia per qualificare le tipologie di controversie esperibili di fronte all’ABF sia per segnalare come la sua denominazione, ispirata verosimilmente all’esigenza di estenderne la cognizione agli intermediari finanziari non bancari, abbia finito per sovrapporre il profilo oggettivo (l’attività) a quello soggettivo, potendo così (presso i non addetti ai lavori) generare incertezze. Sarebbe forse bastato il solo lemma “bancario” o, al più, “bancario e creditizio”. Questa considerazione, doverosamente svolta per serietà e completezza d’analisi, non sottende in alcun modo l’auspicio a una modifica della “ragione sociale” dell’organismo in rassegna. Mai come in questo caso, invero, il meglio sarebbe nemico del bene, essendosi ormai l’originaria denominazione radicata nella società civile e nello stesso lessico giuridico.

A dispetto della già menzionata sua natura di adr decisoria (concretamente testimoniata dalla iscrizione nell’elenco di cui all’art. 141 - *nonies* del codice del consumo introdotto dal d. lgs. n. 130/2015 di attuazione della direttiva 11/2013 sui metodi alternativi di composizione delle controversie in materia di consumo), l’ABF non è chiamato solo allo svolgimento di questo compito. Il riferimento è alla norma contenuta nell’art. 27-*bis*, comma 1°-*quinquies*, del d.l. n. 1 del 2012 e successive modificazioni nella parte in cui prevede che “ove lo ritenga necessario e motivato, il prefetto segnala all’arbitro bancario finanziario specifiche problematiche relative ad

operazioni e servizi bancari e finanziari”. E’ interessante, a tale riguardo, osservare come, per la prima volta in un testo legislativo, l’organismo venga nominativamente menzionato, producendo così la disposizione il primo espresso riconoscimento legislativo dell’abf e il sotteso conferimento di dignità di fonte primaria alle disposizioni attuative dell’art. 128 - *bis* del Tub. La segnalazione avviene a séguito di istanza del cliente in forma riservata e dopo che il prefetto ha invitato la banca in questione, previa informativa sul merito dell’istanza, a fornire una risposta argomentata sulla meritevolezza del credito, aggiungendo che l’arbitro si pronuncia non oltre trenta giorni dalla segnalazione. Non chiarissima nella forma e nei contenuti, la norma sollecita questioni interpretative tanto di rito quanto soprattutto di sostanza, segnatamente nella parte in cui, nel rimettere all’arbitro il sindacato sulla “meritevolezza di credito” del cliente, può ingenerare il sospetto dell’estensione della cognizione dell’organismo alle valutazioni imprenditoriali dell’intermediario, così determinando un *non sequitur* logico rispetto agli obiettivi perseguiti e legittimando improponibili aspettative sul suo àmbito di applicazione. Interpretare la norma nel senso di rimettere all’arbitro il giudizio sul merito di credito dell’istante significherebbe infatti traslare su questi la valutazione imprenditoriale, avallando uno strabismo legislativo incompatibile con la natura dell’attività bancaria e con lo stesso diritto europeo. Negli indicati termini, l’unico significato ragionevolmente proponibile della disposizione in rassegna non può che risiedere nel più circoscritto sindacato da parte del giudicante della condotta perseguita dall’intermediario nel rapporto con il richiedente credito e dunque nella correttezza concretamente spiegata in sede di trattativa o di esecuzione del contratto, in grado di estendere il suo àmbito non solo alla tradizionale ipotesi dell’ingiustificata rottura della relazione tra i paciscenti, ma anche allo stesso *clare loqui* e, in particolare, alla mancata informazione circa il reale intento di concludere il contratto o di modificarlo o di recedere dallo stesso, fonte semmai di responsabilità risarcitoria per *culpa in contrahendo* o per recesso ingiustificato dal rapporto. Ciò anche in conformità alle disposizioni con le quali la Banca d’Italia precisa che qualora l’ente creditizio “decida di non accettare una richiesta di finanziamento è necessario che l’intermediario fornisca riscontro con sollecitudine al cliente: nell’occasione, anche al fine di salvaguardare la relazione con il cliente, andrà verificata la possibilità di fornire indicazioni generali sulla valutazione che ha indotto a non accogliere la richiesta di credito” (Comunicazione del 22 ottobre 2007).

Se questo è vero, oltre a circoscrivere *in parte qua* il perimetro dei legittimati passivi alla segnalazione prefettizia (la norma infatti si riferisce alle sole banche e non anche al coacervo degli altri intermediari destinatari dell'ordinario ricorso all'abf e la sua natura "speciale" ne preclude l'interpretazione estensiva), il prefigurato rimedio non appare in grado di assicurare tutela al diritto che si assume lesa in ragione della sua giuridica inesistenza. La conseguenza, chiarissima, è pertanto che - in questa materia - il sistema dell'abf non è chiamato a operare come sistema stragiudiziale di risoluzione d(i) controversie non giustiziabili, alternativo ai tradizionali e istituzionali rimedi giurisdizionali ma quale organismo tecnico di supporto alla Banca d'Italia nell'esercizio delle sue funzioni pubbliche di supervisione sul sistema creditizio. Circostanza, codesta, rappresentativa dell'originalità dell'organismo, caratterizzato da un inestricabile intreccio polifunzionale (di allargamento di tutele di diritti insieme al soddisfacimento di interessi generali di "sistema") tra ciò che tradizionalmente appartiene all'area privatistica e ciò che è imputabile al pubblico interesse. E' appena il caso di ricordare che siffatto innovativo assetto ordinamentale trova supporto anche teorico nell'autorevole, lucidissimo rilievo secondo il quale "si è venuto progressivamente sfaldando il confine, un tempo rigido, tra pubblico e privato, tra interesse generale e interessi particolari. Il privato comunica al pubblico strumenti e forme di azione (contratto, impresa, società, associazione, fondazione). Se si privilegia la categoria come elemento indirizzante dell'operazione ricostruttiva, sorge il problema di come il carattere privato dello strumento possa adeguarsi, e con quali adattamenti, all'interesse generale senza che sia snaturato il fine e senza che sia snaturato il mezzo. Se invece si riconosce che la categoria è solo il punto d'arrivo, allora si tratta di ripensare ciascuno di quegli strumenti in funzione di una realtà del tutto nuova. D'altra parte, l'interesse generale penetra sempre più in aspetti peculiari della vita privata, ad esempio limitando l'autonomia negoziale in nome di valori imperativamente imposti alle scelte dei privati, a cominciare dal rispetto di regole di uguaglianza sostanziale destinate a far premio rispetto a qualunque principio di uguaglianza formale" (Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 84).

3. Le relazioni annuali sull'attività dell'ABF offrono una completa e ragionata rassegna sull'insieme delle tipologie di controversie incardinate presso l'organismo nei singoli Collegi come nel Collegio di coordinamento. Proverò nel seguito da tale coacervo di informazioni, motivazioni,

orientamenti a operare una sorta di *reductio ad unum* in chiave di criteri generali o, se si vuole, di “principi” (ancorché diffidi dell’abuso di tale locuzione) intesi quali regole astratte applicabili a più fattispecie concrete con riguardo a tre distinte aree di riferimento (o materie) che, vuoi per il riscontro in sede giurisdizionale indotto dalla funzione c.d. “precognitrice” dell’ABF, vuoi per le dimensioni quantitative dei ricorsi (espressione di “fatti veri e non stupidi”), maggiormente rilevano rispetto a materie forse giuridicamente più intriganti ma senz’altro più “di nicchia” (dal consumatore cd. “di rimbalzo” all’indicizzazione dei mutui al franco svizzero; dalle clausole *floor* alle carte di credito *revolving*). Appunterò perciò l’attenzione sui temi dell’anticipata estinzione del finanziamento (di norma concesso con cessione del quinto dello stipendio o dietro delegazione di pagamento); dei criteri di imputazione della responsabilità nei servizi di pagamento; delle conseguenze civilistiche di contratti usurari.

I ricorsi relativi alla prima delle richiamate tipologie di controversie hanno fondamentalmente a oggetto la retrocessione della quota parte di costi anticipatamente versati dal sovvenuto per l’intera durata del rapporto a titolo di commissioni e di premio assicurativo accessorio al finanziamento. Prima ancora dell’espresso riconoscimento legislativo del diritto in capo al cliente, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, a “una riduzione del costo totale del credito, pari all’importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto” (art. 125 - *sexies* del Tub), l’ABF ha stabilito: 1) che la “equa riduzione del costo complessivo del credito” di cui al previgente art. 125 non potesse non estendersi alle commissioni volte a coprire rischi (di credito o di liquidità) connessi con le garanzie prestate (quali quello del “non riscosso per riscosso”) o gli oneri la cui maturazione è connessa con la durata del finanziamento (es. la gestione degli incassi). A fronte di questi costi tesi a remunerare attività continuative, non sono viceversa rimborsabili quelli riferibili a prestazioni istantanee, interamente compiute all’atto del finanziamento (spese d’istruttoria o di stipula del contratto); 2) che, in assenza di diverse ed espresse pattuizioni contrattuali che prevedano una distribuzione degli oneri “continuativi” differenziata rispetto al decorso del tempo, il criterio di rimborso è quello proporzionale alla durata del contratto (*pro rata temporis*); 3) che la richiamata disciplina del Testo unico bancario, in quanto speciale, eccezionale e imperativa, prevale rispetto a clausole tese a escludere il rimborso di siffatti oneri; 4) che l’opacità o la genericità delle previsioni contrattuali descrittive delle voci di costo non giova al finanziatore, dovendo farsi applicazione

dell'interpretazione c.d. “*contra proferentem*” di cui all'art. 1370 cod. civ. (replicata, per i contratti del consumatore, dall'art. 35 del codice del consumo); 5) che, in forza del collegamento negoziale tra contratto di credito e assicurativo, l'obbligo a carico del finanziatore è esteso anche al premio anticipatamente versato, la cui permanenza nel patrimonio del finanziatore (o dell'impresa di assicurazioni) ben potrebbe prefigurare una fattispecie di sostanziale arricchimento senza causa; 6) che il criterio di retrocessione proporzionato alla durata del contratto vale anche per il premio assicurativo, tranne che le parti non abbiano diversamente disposto.

La riportata sequenza dei principi elaborati in sede ABF ha trovato successiva sostanziale conferma nei giudizi promossi presso la giurisprudenza di merito. Avendo la l. n. 221/2012 e il regolamento Isvap (ora Ivass) n. 40/2012 espressamente previsto la retrocessione della quota parte di premio da parte dell'impresa di assicurazioni per polizze collegate a finanziamenti anticipatamente estinti e dettato appositi criteri restitutori, si è posto il problema della sottrazione del finanziatore rispetto a tale obbligo in ragione del mutamento legislativo. La risposta ABF è nel senso di ritenere che questa disciplina non incida sul profilo della legittimazione (non sottraendo il finanziatore alla responsabilità concorrente). Si potrebbe forse, in sede di Conferenza dei presidenti, valutare se la responsabilità del finanziatore possa - in guisa di responsabilità sussidiaria - entrare in gioco in “seconda battuta”, dopo il diniego o l'inutile costituzione in mora dell'assicuratore. Soluzione in fondo non dissimile a quanto sancito in materia di credito al consumo dall'art. 125 - *quinquies* del Tub, dove il collegamento negoziale gioca nel senso che l'inadempimento del fornitore, previa sua costituzione in mora, si riflette sulla responsabilità del finanziatore, con diritto di questi di rivalersi nei confronti di quello.

Servizi di pagamento. Il problema è anche qui consistito, prima ancora della promulgazione del d. lgs. n. 11/2010 di attuazione della direttiva 64/2007, nella individuazione di criteri idonei a prefigurare la colpa grave del cliente (o “utilizzatore”) nei casi di operazioni non autorizzate, indebiti utilizzi dello strumento di pagamento, frodi anche informatiche, sottrazioni, smarrimenti, furti di carte di credito *et similia* con conseguente accertamento del diritto alla restituzione dell'importo indebitamente sottratto. Ricadendo il relativo onere probatorio in capo all'intermediario, la questione si è tradotta (e si traduce) nell'individuazione di presidi di

sicurezza tecnologici predisposti dall'intermediario al fine di evitare fenomeni della specie, da un lato; nella rilevanza di specifiche ipotesi circostanziali di colpa inescusabile a carico del cliente, dall'altro. Nell'ambito della casistica maggiormente ricorrente, esclusa l'estensione dell'onere della prova alla puntuale acquisizione delle circostanze di fatto dimostrative della condotta gravemente colposa del cliente in ordine all'obbligo di custodia del Pin in luogo diverso rispetto alla carta di credito, incompatibile con la sola istruttoria documentale di parte che caratterizza il procedimento, la soluzione è consistita nella applicazione di presunzioni semplici "gravi, precise e concordanti" di violazione di siffatto obbligo nel caso di negligente custodia dello strumento di pagamento e suo indebito utilizzo, testimoniato anche da tempi e luoghi dell'utilizzo ravvicinati rispetto alla sottrazione, potendo la successione temporale degli eventi far desumere con un elevato grado di probabilità che il Pin fosse stato conservato unitamente alla carta e a essa immediatamente associabile. Negli indicati termini, l'ABF ha fatto puntuale applicazione del principio di precauzione (o di autoresponsabilità) dell'utilizzatore, correttamente inteso quale "assunzione delle conseguenze dei propri atti o comportamenti verso i terzi ma anche verso sé stessi" (Alpa, *I principi generali*, Milano, 1993, p. 395) ai fini indicati per fare in modo che l'onere probatorio a carico del prestatore di servizi di pagamento non si traduca in una *probatio "diabolica"* e, per questa via, in una inammissibile responsabilità oggettiva.

La bontà di tale percorso interpretativo sembra validata da un recente arresto della Suprema Corte che ha confermato il grave inadempimento dell'utilizzatore alle proprie obbligazioni contrattuali per non avere diligentemente custodito lo strumento di pagamento e verificato il perdurante possesso del medesimo (Cass., 7 aprile 2016, n. 6751).

In materia di riflessi civilistici di contratti creditizi usurari, le problematiche di maggiore interesse (anche sul piano della giurisprudenza e della dottrina) hanno riguardato, per un verso, il rilievo dell'usura sopravvenuta e, per altro verso, quello degli interessi moratori.

Quanto alla prima questione, la legge di interpretazione autentica n. 24/2001 precisa che "ai fini dell'applicazione dell'art. 1815 cod. civ." (declaratoria di nullità della clausola determinativa degli interessi e obbligo di restituzione del solo capitale mutuato) si intendono usurari gli interessi, a qualunque titolo convenuti, al momento della conclusione del contratto, con conseguente rilievo della sola usura c.d "genetica". A seguito

delle decisioni “gemelle” di Cass. 602 e 603 dell’11 gennaio 2013 con le quali è stata sancita la sostituzione automatica col tasso soglia di tassi superiori a quelli trimestralmente rilevati nell’ambito di mutui originariamente non usurari, l’ABF ha stabilito, con riguardo a finanziamenti a tasso variabile, a) che la norma civilistica preclude la nullità sopravvenuta, non altre conseguenze giuridiche; b) che la determinazione (*per relationem*) del tasso soglia da parte della norma penale è imperativa e determina l’inopponibilità (inefficacia) di tassi eccedentari che debbono essere ricondotti (integrazione automatica) al limite fissato dalla soglia legale. Sul piano motivato, ha individuato indicatori della rilevanza dell’usura sopravvenuta nella Comunicazione Bankitalia del 20 aprile 2010, nella parte in cui, per un verso, denuncia l’importanza di un blocco automatico per tassi eccedentari e, per altro verso, enfatizza la funzione di *compliance* a tal fine. Le riportate conclusioni sono state successivamente estese, con un apparato motivazionale maggiormente articolato, anche ai finanziamenti a tasso fisso. La questione, attesi i contrasti di giurisprudenza, è stata recentemente rimessa alle SS.UU. della Cassazione con ordinanza n. 2482/2017 della I<sup>a</sup> Sezione civile della Suprema Corte.

Sugli interessi moratori, l’ABF ha precisato che questi rappresentano non il corrispettivo della prestazione quanto piuttosto l’anticipata quantificazione del danno da inadempimento ex art. 1224 cod. civ. (il risarcimento non è infatti dovuto “se è stata convenuta la misura degli interessi moratori”), essendo perciò assimilabili a una penale di diritto privato, soggetta a equa riduzione quando manifestamente eccessiva (1384 cod. civ.). Questo principio e alcuni spunti argomentativi presenti nelle decisioni relative sono stati condivisi da rilevante parte della giurisprudenza di merito.

4. E’ possibile da questo sommario e dichiaratamente incompleto inventario di *dicta*, massime e criteri trarre una conclusione e un auspicio? Forse sì. Se i principi svolgono il ruolo di orientare l’interprete alla soluzione di problemi non facilmente risolvibili, è essenziale che vengano, nell’ambito delle decisioni, chiaramente identificati. A questo fine “non occorrono sentenze di cento pagine, ma un ragionamento stringente capace di convincere e di porsi in sintonia con un ordine oggettivo che esiste in ogni tempo e in ogni contesto sociale” (Vettori, *Regole e principi. Un decalogo*, in AA. VV., *I nuovi confini del diritto privato europeo*, a cura di G. ALPA, Milano, 2016, p. 325).



