

# TUTELA DEL CONSUMATORE NEI RAPPORTI BANCARI

ALBINA CANDIAN

**Sommario: 1. Premessa e profili comparatistici. – 2. La tutela del cliente bancario. – 3. Il ruolo dell'ABF come "Tribunale specializzato". – 4. Alcune principali questioni trattate dall'ABF. - 5. I problemi posti dalle nuove tecnologie.**

## 1. Premessa e profili comparatistici

Ringrazio di cuore l'Università di Perugia, il Centro degli Studi Giuridici sui Diritti dei consumatori e il mio comune amico e collega Lorenzo Mezzasoma che molto spesso mi onora invitandomi qui tra di voi. Dalla nostra collaborazione scientifica sono nate delle iniziative di ricerca ed editoriali.

Manifesto subito una certa preoccupazione sullo svolgere la relazione di apertura dal titolo: "Relazione introduttiva: problemi vecchi e nuovi tra banca e cliente".

Come noto, il diritto bancario rappresenta un angolo prospettico privilegiato per rimeditare sul concetto di consumatore come soggetto di una tutela particolare nell'esercizio della sua autonomia contrattuale.

Sappiamo che il dibattito in Italia sulla definizione di consumatore raggiunge il suo culmine al momento della recezione della direttiva 93/13 sui contratti con il consumatore. L'art. 1469 *bis* del Codice civile in attuazione della direttiva 93/13 aveva inserito la nozione di consumatore nel Codice civile. Per consumatore si intendeva e si intende "la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta". La norma, come noto, è stata ora trasposta nel Codice del consumo adottato con d.lgs. 206/2005.

Si tratta di definizione avente funzioni delimitative dell'ambito di applicazione di tutte le norme che, nel frastico, abbiano la figura del "consumatore" come destinatario della disposizione normativa. Pertanto, mediante la definizione citata si escludono tutti i soggetti che operano nel mondo del diritto per scopi estranei alla loro attività imprenditoriale o professionale, ma che non siano persone fisiche.

È noto come questa esclusione abbia suscitato vasti dibattiti<sup>1</sup> ed abbia accumulato dissensi che si sono trasposti in proposte di adozione di definizioni diverse ed anche in decisioni giudiziali devianti (ad esempio in tema di condominio); né poteva mancare il sospetto di incostituzionalità per violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Sappiamo peraltro che la Corte Costituzionale (già C. Cost. n. 282/1999) ha rigettato la questione di legittimità della definizione legislativa di consumatore in base ad un'assunta diversità ontologica tra imprenditori e consumatori, fondata sul fatto che questi ultimi agiscono per il soddisfacimento dei propri bisogni di vita mentre i primi agiscono per il fine di realizzare un profitto o un reddito. A sua volta, la Corte di Giustizia UE ha ritenuto che la scelta di delimitare la nozione di consumatore alle persone fisiche, oppure di estenderla anche ad altri soggetti di diritto come ad

---

<sup>1</sup> Corte Cost. 30.6.1999 n.282, in *Foro It.*, 1999, I, 3118 con nota di A. PALMIERI, *L'ibrida definizione di consumatore e i beneficiari (talvolta pretermessi) degli strumenti di riequilibrio contrattuale*. Il commentatore della sentenza osserva la rispondenza di questa al "trend legislativo sufficientemente consolidato, dal quale non si può prescindere se si vuol saggiare non tanto la rispondenza della definizione ad un concetto ideale...quanto la congruità degli scopi per cui quella definizione è stata dettata".

Rileva per contro l'importanza di una normativa che non consideri i contratti soltanto dal punto di vista della forma e della loro formazione, ma anche sotto il profilo della situazione economico sociale delle parti contraenti: F. MASTROPAOLO, *Clausole vessatorie e tutela del consumatore con riferimento ai contratti di assicurazione*, in *Dir. econ. assic.*, 1998, pp. 832-833.

esempio agli enti non profit, è scelta di politica del diritto che rientra nell'ambito di apprezzamento rimesso ai legislatori, e come tale non sindacabile in sede giurisdizionale<sup>2</sup>. Soluzione che probabilmente è la più corretta, perché invero, sotto il profilo ontologico, non vi è modo di giustificare razionalmente una tale distinzione.

Va detto che, allargando la visuale alle scelte operate da legislatori di altri Stati membri, notiamo come in non pochi, la tutela consumeristica abbia un ambito di applicazione parzialmente più esteso.

Così l'art. L. 132 -1 Code de la consommation estende la tutela anche ai c.d. "non-professionnels", espressione utilizzata da dottrina e giurisprudenza francesi per indicare tutti i soggetti che contrattano in una materia che non è il loro campo di affari ancorché si trovino a stipulare quel contratto nell'esercizio della loro attività d'impresa. La norma afferma: "*Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat*"<sup>3</sup>.

Il legislatore tedesco, nell'adeguare il previgente regolamento sui contratti per condizioni generali alla direttiva 93/13, definisce consumatore ogni persona fisica che entra in contratto per scopi che sono "in via principale" al di fuori della propria attività imprenditoriale o professionale.

Va detto che per quanto riguarda, più in particolare, una persona che conclude un contratto per un uso che si riferisca in parte alla sua attività professionale e che sia quindi solo in parte estraneo a quest'ultima, la Corte di Giustizia Europea ha dichiarato che tale persona potrebbe avvalersi di queste disposizioni solo nell'ipotesi in cui il collegamento di siffatto contratto con l'attività professionale dell'interessato sia talmente tenue da divenire marginale e abbia, pertanto, solo un ruolo trascurabile nel contesto dell'operazione per la quale il contratto è stato stipulato, considerata nel suo complesso<sup>4</sup>.

## 2. La tutela del cliente bancario

Ricordato questo contesto generale, va sottolineato che, anche nel nostro ordinamento interno una maggiore estensione dell'ambito di applicazione della disciplina "consumeristica" emerge in alcune discipline speciali, come nel caso della disciplina dei rapporti bancari (ma anche in quello assicurativo e del mercato finanziario).

Infatti nella normativa del settore bancario una serie di disposizioni a tutela della controparte della Banca nelle relazioni contrattuali vede come soggetto non solo il consumatore, ma il cliente della Banca.

---

<sup>2</sup> V. in tal senso, sentenza del 20 gennaio 2005, Gruber, C 464/01, EU:C:2005:32, punto 37.

<sup>3</sup> Sul significato di "non professionnel" v. M.H. MALEVILLE, *L'interprétation des contrats d'assurance terrestre*, Paris, 1996, p. 183 ss.; J. GHESTIN, *Rapport introductif*, in *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, 1998, p. 3 ss.; G. PAISANT, *La protection par le droit de la consommation*, ivi, p.17 ss. Da notare come parte della dottrina italiana abbia proposto un'interpretazione dell'art. 1469 bis tale da fare coincidere il suo significato con quello della norma francese.

Si sostiene, infatti, che lo scopo cui la norma si riferisce sia quello obiettivo ovvero uno scopo oggettivamente compiuto nell'esplicazione della propria professione. Pertanto l'acquisto di determinati beni o l'utilizzo di certi servizi per scopi professionali, ove tali beni o servizi siano estranei al mercato in cui il soggetto svolge la propria attività, è un atto di consumo: così L. GATT, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore ed il professionista*, in *Commentario al capo 14 bis del Codice civile: Dei contratti del consumatore : art. 1469 bis-1469 sexies*, a cura di C. M. Bianca, F. D. Busnelli e L. Bigliazzi Geri, Padova, Cedam, 1999, p. 832.

In senso analogo si era espressa anche la giurisprudenza di merito sancendo che "E' consumatore anche colui che acquista un bene o richiede la prestazione di un servizio nel quadro dell'attività professionale svolta, qualora la stipulazione del relativo contratto non sia inquadrabile tra le manifestazioni di tale attività (nella specie si è ritenuto consumatore uno scultore che aveva stipulato un contratto di trasporto per far pervenire ad un concorso una sua opera)": così Trib. Roma, 20.10.1999, in *Foro it.*, 2000, 645.

<sup>4</sup> V. in tal senso, sentenza del 20 gennaio 2005, Gruber, C 464/01, EU:C:2005:32, punto 39.

Così, il titolo V del Tub è dedicato alla trasparenza verso i *clienti*. Solo una parte delle disposizioni sono indirizzate specificatamente *al consumatore*, in specie il capo I credito ai consumatori e capo I bis del titolo V sul credito al consumo immobiliare introdotto dal d.lgs. 72/2016.

In questo ambito la regolazione o disciplina consumeristica, come ben noto caratterizzata da multilivello, intesa in senso lato è quindi posta a tutela non solo del soggetto persona fisica che agisce nel mercato per scopi non di profitto (consumatore), ma piuttosto a tutela del soggetto che per asimmetrie informative o distorsioni cognitive potrebbe attuare comportamenti inefficienti, in quanto comportamenti irrazionali del cliente possono incidere sul funzionamento del mercato.

Se si assume quindi che il fine ultimo della disciplina è quello dell'integrità del mercato, occorre ampliare il raggio di applicazione delle norme all'insieme delle condotte rilevanti che coinvolgono i soggetti che operano su tale mercato, ad esclusione di coloro che vi operano professionalmente nei loro rapporti reciproci.

La disciplina in oggetto infatti mira proprio a conformare le condotte negoziali degli operatori quando si ritenga che il principio della libera volontà negoziale sia insufficiente a garantire il funzionamento ottimale del mercato stesso.

Naturalmente l'idea di fondo è che il principio della libera volontà negoziale non è sufficiente a garantire quello che è il funzionamento ottimale del mercato stesso, secondo un insegnamento che ci viene, tra gli altri, da Francesco Galgano<sup>5</sup>. Non intendiamo però soffermarci su questo punto. Il nostro compito è un altro, è quello di mettere in luce le coerenze o incoerenze sistematiche della disciplina vigente.

Come è noto, la tesi dei fallimenti del mercato è disputata, ma non intendo affrontare il tema dei fondamenti giustificativi dell'azione legislativa, osservando che quando un indirizzo di politica del diritto viene condiviso da tutti i sistemi europei, come accade in questo settore, una simile ricerca può apparire superflua al giurista positivo al quale compete piuttosto il mettere in luce le coerenze o incoerenze sistematiche della disciplina vigente.

Quindi per evitare «fallimenti del mercato» a seguito di condotte non efficienti degli operatori generati (da asimmetrie informative, azzardo morale ecc.) si sottolinea che occorre utilizzare strumenti giuridici correttivi delle potenziali condotte che gli attori possono attuare in assenza di una regolazione conformativa delle condotte stesse.

Detto questo e passando quindi ad esaminare gli strumenti giuridici di cui l'ordinamento dispone, osserviamo quanto segue.

In prima battuta, gli strumenti giuridici vanno coordinati tra loro per evitare effetti perversi e quindi a tal fine è necessario tematizzare il contesto generale e contestualizzare in esso i singoli rimedi.

Ciò spiega la ragione per cui in dottrina, ma anche nelle prassi regolative, si è da tempo considerato essenziale portare l'attenzione sulle interazioni tra i tre ambiti del mercato finanziario (bancario, finanziario e assicurativo) che necessitano di essere considerati come un tutto unitario che trova il proprio collante nelle finalità perseguite dall'ordinamento positivo<sup>6</sup>.

Da qui, ad esempio, l'utile dialogo che si è instaurato tra Banca d'Italia e IVASS in materia di polizze collegate ai contratti di finanziamento e il dialogo tra IVASS e Consob in materia di prodotti assicurativi-finanziari e così via, gli esempi sono numerosi.

Ma questo può essere considerato solo un primo passo, perché i versanti più delicati si colgono non tanto in funzione dell'attività di vigilanza, che ha un'indubbia valenza di tipo amministrativo ossia di rapporto verticale tra il soggetto vigilato ed il soggetto vigilante, quanto sul versante dei rapporti orizzontali tra soggetti che operano sul mercato.

---

<sup>5</sup> F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *CI*, 1997, p. 533.

<sup>6</sup> P. PERLINGIERI, *Conclusioni al convegno "La Banca-Assicurazione"*, in *DIMAF*, 2018, p. 232.

Si è da tempo concluso infatti che un efficace sistema di conformazione dei rapporti tra intermediari e clienti non può essere affidato unicamente a interventi di natura autoritativa-repressiva, ma debba transitare attraverso un incremento della dotazione di diritti di cui munire *ex lege* la parte cosiddetta debole e di incentivi ad attivare tali diritti mediante i corrispondenti rimedi.

Il regolatore inteso in senso lato impone obblighi agli operatori e riconosce diritti, però ovviamente non può poi svolgere funzione di tutela se non indirettamente.

La tutela dei diritti del consumatore o cliente bancario deve quindi per forza passare dal rimedio, necessita quindi del rimedio come *access to justice*, per dirla come avrebbe detto Cappelletti<sup>7</sup>: un buon apparato di rimedi deve essere efficiente sia dal punto di vista del c.d. trattamento processuale ma anche della ragionevole certezza del rimedio sull'esito del rimedio stesso, dal che ne consegue che il tipo di rimedio che viene riconosciuto non può essere troppo difficile da esperire perché troppo costoso e lungo o perché troppo incerto. Se ciò accade, i rimedi non sono strumenti idonei a rendere effettivi i diritti attribuiti dall'ordinamento, frustrando lo scopo ultimo perseguito.

E ciò come noto ingenera nella collettività quel sentimento che si chiama sfiducia nella giustizia con il conseguente rischio che la parte debole del rapporto non eserciti il suo diritto e rinunci.

Se tutto ciò è noto ed anche piuttosto ovvio, occorre però sottolineare che il profilo rimediabile comporta due conseguenze essenziali:

a) In primo luogo il profilo rimediabile obbliga ad effettuare una saldatura tra discipline diversificate che concorrano a regolare la singola fattispecie portata all'attenzione di chi debba decidere se il rimedio è correttamente esperito o meno.

Esemplificativamente ci si può limitare a ricordare che a formare il giudizio sul rimedio esperito in ordine alle condotte negoziali concorrono sia discipline civilistiche generali, sia discipline settoriali, basti pensare ai temi di trasparenza, informativa, buona fede o correttezza nei comportamenti.

Vi sarà quindi necessità di coordinare tra loro concetti generali come quelli di responsabilità, invalidità, risoluzione, restituzione ed i relativi gruppi di norme, con prescrizioni di dettaglio come quelle che elencano le informazioni precontrattuali che debbono essere fornite ai clienti, quelle relative alla rilevazione dei loro profili di rischio, ai conflitti d'interesse etc..

b) In secondo luogo, la tutela dei diritti necessita che i diritti vengano disegnati bene, non possono cioè essere trattati per così dire come nozioni giornalistiche.

Diventa quindi essenziale il diritto giurisprudenziale, occorre una buona "giurisprudenza" che leghi il caso alla regola in modo che i destinatari delle decisioni comprendono e possano contare su una discreta calcolabilità giuridica<sup>8</sup>. Altrimenti, come spesso è accaduto nella giurisprudenza ordinaria, il risultato è che il diritto giurisprudenziale produce frammentazione od incoerenza.

### **3. Il ruolo dell'ABF come "Tribunale specializzato"**

A questo riguardo si deve osservare che affidare queste materie ad organi non specializzati produce due rischi: ovvero che la saldatura sopra ricordata risulti di difficile attuazione e che elevato diventi il rischio che il tipo di cultura, o mentalità, del decisore conduca ad un giudizio squilibrato in cui prevalgono indebitamente vuoi i concetti generali vuoi le regole settoriali avulse dal contesto generale. Inoltre in questi settori è ben presente il rischio che la consapevolezza della difficoltà cui si fatto cenno, induca a percorrere la scorciatoia del giudizio di tipo equitativo, con la conseguenza che in tal caso il c.d. diritto giurisprudenziale anziché divenire una guida più sicura per le condotte future degli operatori si trasformi in una fonte di incertezza permanente.

---

<sup>7</sup> *Access to Justice: A world survey*, M. Cappelletti – B. Garth (a cura di), Milano, 1978.

<sup>8</sup> N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di Carleo, Bologna, 2017, p. 19.

Oltre al tema delle calcolabilità delle decisioni, occorrono anche regole di accesso al rimedio. È troppo noto infatti che rimedi difficili da esperire perché troppo costosi o troppo incerti, non sono strumenti idonei a rendere effettivi i diritti attribuiti dall'ordinamento, frustrando lo scopo ultimo perseguito con le regole di cui si è detto.

Il momento di congiunzione tra queste due esigenze è la creazione di organi specializzati<sup>9</sup>. Il momento ragionevole di congiunzione è creare organi specializzati, come l'ABF che ha un costo limitato e per ciò è incentivante, e che, essendo specializzati, non sono a rischio di frantumazione come accade nella giurisprudenza. Rispetto, infatti, alla frammentazione che c'è nella giustizia ordinaria, si osserva come ABF abbia invece mantenuto coerenza della propria giurisprudenza, e ciò anche attraverso l'attività del Collegio di coordinamento.

I ricorsi all'ABF sono serviti a mettere in luce gli aspetti critici nei rapporti tra banca e cliente, hanno costruito un sistema che ha cercato e sta cercando di orientare in senso virtuoso le condotte degli operatori bancari e lo ha fatto rispettando e attuando la tutela dei clienti, nel rispetto anche delle esigenze di predittività, di calcolabilità giuridica che sono fortemente sentite dagli operatori bancari, anch'essi infatti risultano fortemente disorientati degli orientamenti giurisprudenziali frammentati sia dal punto di vista delle soluzioni, ma soprattutto dal punto di vista delle motivazioni poste a fondamento di queste decisioni. L'ABF ha fatto questo.

Da qui l'importanza di creare organismi come ABF (arbitro bancario e assicurativo), ACF (arbitro delle controversie finanziarie) e a breve ACAS (arbitro delle controversie assicurative) che, nel rispondere alle controversie instaurate tra clienti e operatori finanziari al di sotto di un certo valore che sono in genere controversie di tipo seriale, sono in grado di dar vita ad un quadro di

---

<sup>9</sup> L'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) è stato istituito nel 2009 in attuazione dell'articolo 128-bis del Testo unico bancario (TUB), introdotto dalla legge sul risparmio (legge n. 262/2005).

L'Arbitro per le controversie finanziarie (ACF) è stato istituito dal decreto legislativo n. 130 del 2015 in attuazione della direttiva comunitaria 2013/12/UE. È un sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie attivo presso la Consob, che ne ha definito la regolamentazione e ne supporta l'operatività attraverso un proprio Ufficio (Ufficio di segreteria tecnica dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie). Cfr. G. PERCOCO, *Le procedure di ADR (Alternative Dispute Resolution – metodi alternativi per la risoluzione delle controversie) nel settore finanziario: dalla Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob all'Arbitro per le Controversie*, in *Riv. arbitrato*, 2017, pp. 191 ss.; V. MIRRA, *I sistemi di Alternative Dispute Resolution trovano nuovo vigore: il recepimento della Direttiva ADR e l'introduzione del nuovo Arbitro per le Controversie Finanziarie*, in *Riv. arbitrato*, 2016, pp. 693 ss.; N. SOLDATI, *L'arbitro per le controversie finanziarie presso la CONSOB (ACF)*, in *I contratti*, 2016, pp. 1056 ss.; A. DOLMETTA-U. MALVAGNA, *Sul nuovo ADR Consob*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, pp. 251 ss. Si intende così fornire ai risparmiatori che hanno presentato senza successo reclami agli intermediari finanziari di cui sono clienti uno strumento alternativo, agile ed efficiente per risolvere le controversie, senza dover adire la via giudiziaria

L'art. 187-ter del Codice delle Assicurazioni private - d.lgs. 209/2005 (inserito dall'art. 1, comma 34 del d.lgs. 68/2018 attuativo della direttiva UE 2016/97) da ora in poi CAP introduce l'obbligo per le imprese di assicurazione e riassicurazione nonché per gli intermediari assicurativi di aderire a "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela" relative alle prestazioni e ai servizi assicurativi derivanti da tutti i contratti di assicurazione, senza alcuna esclusione.

Si veda inoltre la Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla Risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori). Tali organi ADR sono inseriti in FIN-NET, che è una rete di organizzazioni nazionali competenti per risolvere i reclami dei consumatori nel settore dei servizi finanziari senza ricorrere ai tribunali. Sulla possibilità di usare tali organismi con finalità anche di migliorare la predittività del diritto e di meglio coordinare *public e private enforcement* si veda A. ANTONUCCI, *Gli strumenti di tutela metaindividuale e collettiva dell'utente finanziario*, in F. Capriglione (a cura di), *I contratti dei risparmiatori*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 519 ss. in particolare p. 523 ove si rileva: "Peculiare dimensione di tutela dell'utente finanziario deriva dall'attribuzione di specifiche funzioni alle autorità di vigilanza, variamente configurate come momento di saldatura tra *enforcement* privato e pubblico delle normative di settore applicabili agli intermediari, al fine di realizzare un controllo di conformità delle operatività di mercato". Si veda inoltre S. GRUNDMANN, *The Banking Union Translated into (Private Law) Duties: Infrastructure and Rulebook*, in *Eur. Bus. Org. Law Rev.*, 16, 2015, pp. 357 ss.; P. SIRENA, *ADR Systems in the Banking and Financial Markets*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018, p. 634.

*best practices* volte a ordinare il mercato sotto la vigilanza delle Autorità di Controllo, emettendo decisioni con forte valore ordinante del mercato per l'autorevolezza delle decisioni anche per l'alto livello di tecnicismo delle motivazioni.

La vicenda evidenzia il ruolo di ABF nella determinazione di soluzioni equilibrate ed autorevoli per il collocamento strutturale e funzionale dell'organismo all'interno della Autorità di vigilanza andando ad inserirsi nel sistema regolatorio e di vigilanza di Banca d'Italia anche in dialogo con la magistratura.

I ricorsi ad ABF valgono a mettere in luce aspetti critici nei rapporti tra Banche e clienti e a costruire un sistema di *best practices* che possono orientare in senso virtuoso le condotte degli operatori attuando la tutela dei clienti nel mercato nel rispetto delle esigenze di produttività delle soluzioni giuridiche sentite dagli operatori bancari che risultano disorientati dalla varietà degli orientamenti giurisprudenziali sia dal punto di vista delle soluzioni sia dal punto di vista delle motivazioni poste a fondamento della decisione presa.

Infatti rispetto alla giurisdizione ordinaria, questo organo specializzato ha mantenuto un certa coerenza della propria giurisprudenza e ciò è anche attestato dal c.d. collegio di coordinamento che ha svolto quella funzione di nomofilachia o indirizzo così importante nell'attività giurisprudenziale.

Senza pretesa di esaustività, ricordo in particolare alcune questioni attualmente all'attenzione di ABF che risultano di particolare interesse come dimostrazione di una sintesi tra concetti generali e scopi di regolazione del mercato, tenendo conto altresì del particolare tecnicismo che connota il settore.

La violazione delle regole ordinate alla tutela di interessi generali di protezione, come le regole sulla forma per la trasparenza, viene rimeditata dal punto di vista delle conseguenze, anche tenuto conto degli interessi del cliente rispetto al contratto.

#### **4. Alcune principali questioni trattate dall'ABF**

Consideriamo le pronunce dell'Arbitro sull'obbligo di forma scritta dei contratti bancari. La disciplina della nullità contrattuale per violazione della forma scritta, richiesta dall'art. 117 TUB, tutela il diritto del cliente di conoscere le condizioni praticate. ABF sul punto ha affermato anche di recente che la mancanza di forma scritta non comporta nel contratto di apertura di credito un'automatica nullità degli accordi relativi a tassi di interesse, prezzi e condizioni praticate. Le disposizioni di trasparenza infatti chiariscono che la forma scritta non è richiesta a pena di nullità per "le operazioni e i servizi effettuati in esecuzione di contratti redatti per iscritto": il vincolo della forma scritta non viene quindi esteso al contratto di apertura di credito, nella misura in cui l'apertura è comunque prevista e regolata nel contratto di conto corrente al quale è collegata. Solo ove il contratto di conto corrente non contenga alcuna disposizione volta a disciplinare l'apertura di credito e, in particolare, non chiarisca le condizioni da applicare in ipotesi di affidamento, è stata dichiarata l'inefficacia dei tassi e delle condizioni applicati dall'intermediario con riferimento all'apertura di credito. In questi casi il collegio ha inoltre chiesto all'intermediario di ricalcolare i tassi utilizzando il tasso nominale dei buoni ordinari del tesoro, in applicazione dell'art. 117, comma 7, TUB e di provvedere alle conseguenti restituzioni (decisione 3328/2017).

I diritti e gli obblighi previsti in capo alle parti vengono poi riletti alla luce del generale principio di buona fede. Così l'Arbitro ha avuto modo di precisare che, nonostante la legge preveda il diritto dell'intermediario di recedere alle medesime condizioni del cliente, il recesso deve sempre essere esercitato nel rispetto di principi di buona fede e correttezza. Il rispetto di questi principi è particolarmente importante quando il diritto viene esercitato dall'intermediario e non solo in ragione della "evidente disparità di forza contrattuale esistente tra le parti, ma anche in considerazione del dovere di favorire l'inclusione sociale e finanziaria gravante sul sistema

bancario”. Anche laddove l’intermediario “eserciti la sua libertà di porre termine a un rapporto di conto corrente con preavviso, il cliente [ha] comunque diritto di conoscere le ragioni ed eventualmente di sollecitare un controllo giurisdizionale sulle stesse, là dove il recesso appaia sorretto da finalità contrarie a correttezza e buona fede” (Decisione 3368/2017).

L’importanza della tecnicità nelle decisioni si avverte in alcune questioni di particolare rilievo su cui ABF è stato chiamato a pronunciarsi.

Uno dei più recenti e importanti dibattiti in materia bancaria riguarda per esempio i costi delle polizze collegate al finanziamento da considerarsi nel calcolo del TAEG. L’art. 121, 2 comma TUB stabilisce che nel costo totale del credito, ai fini di trasparenza, “sono inclusi anche i costi relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito, compresi i premi assicurativi, se la conclusione di un contratto avente ad oggetto tali servizi è un requisito per ottenere il credito, o per ottenerlo alle condizioni offerte”.

I collegi (si veda da ultimo Decisioni 10617/2017, 10620/2017, 10621/2017, 11869/2017, 11870/2017, 11871/2017, 13316/2017 e 2397/2018) pronunciatisi sul punto hanno creato un vero e proprio sistema di linee guida fondato su un bilanciamento degli interessi.

ABF ha anzitutto affermato che la qualificazione contrattuale della polizza come facoltativa non è di per sé sufficiente a escluderne il computo nel TAEG. Ragionare in senso contrario comporterebbe la riduzione (o l’esclusione) della portata precettiva dell’art. 121 TUB, pregiudicando di fatto quel “livello elevato [...] di tutela” degli interessi dei consumatori cui il legislatore nazionale è chiamato dalla normativa comunitaria. Risulta quindi decisivo determinare in quali circostanze e a quali condizioni la polizza assicurativa possa essere considerata obbligatoria e, come tale, da includere o meno nel TAEG. In generale la stipula di una polizza assicurativa può incidere sulle condizioni del contratto di finanziamento (e sulla sua conclusione) ogniquale sia idonea a ridurre (o eliminare) ex ante il rischio di solvibilità del cliente tutelando, in via mediata, anche l’interesse del finanziatore. Tale connotazione delle polizze è espressamente riconosciuta dal legislatore nel caso dei finanziamenti rimborsabili mediante cessione del quinto dello stipendio, obbligatoriamente assistiti da copertura assicurativa ex art. 54 del DPR 180/1950. Il rapporto di mera connessione tra polizza e finanziamento, come sopra delineato, non può tuttavia essere considerato un criterio di per sé sufficiente per distinguere le polizze obbligatorie da quelle facoltative, in quanto esso implicherebbe la qualificazione di ogni polizza assicurativa, idonea a incidere sul rischio di solvibilità del cliente, come servizio accessorio obbligatorio ai sensi dell’art. 121 TUB. È al contrario necessario un rapporto di connessione particolarmente elevato, da cui sia deducibile la chiara volontà del finanziatore di subordinare alla sottoscrizione della polizza assicurativa l’erogazione del credito alle condizioni offerte. Per quanto su questo punto si siano avuti orientamenti diversi nei collegi territoriali, il collegio di coordinamento, nelle decisioni di cui sopra, ha sottolineato anzitutto che l’obbligatorietà della polizza non può essere esclusa per il solo fatto che il beneficiario della prestazione assicurativa sia il cliente e non l’intermediario e ha precisato che l’indicazione di quest’ultimo quale beneficiario della prestazione accentua, soltanto, il rapporto di connessione tra finanziamento e polizza.

Altra questione su cui l’arbitro ha dimostrato capacità di trovare soluzioni di equilibrio e di delineare linee guida per gli operatori riguarda il calcolo degli interessi di mora ai fini della disciplina antiusura.

L’ABF è stato chiamato più volte a pronunciarsi su contestazioni aventi ad oggetto la presunta usurarietà dei tassi di mora contrattuali<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Contro la sommatoria di interessi moratori e corrispettivi nel calcolo del tasso ai fini della legge antiusura: Trib. Milano, 10 ottobre 2015, n. 11997, in *Dejure*; Trib. Milano, 16 luglio 2015, n. 8755, *ivi*; Trib. Milano 22 maggio 2014, *ivi*; Trib. Padova, 13 maggio 2014, *ivi*. Per le pronunce dell’arbitrato bancario sugli interessi moratori *ex multis* ABF, Collegio di Napoli, 9 settembre 2015, n. 6836, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it); ABF, Collegio di Napoli, 3 giugno 2015, n.

La giurisprudenza civile, come noto, presenta una destabilizzante varietà. Ci limitiamo in questa sede ad una breve sintesi sulle principali posizioni tenute da ultimo dalla Suprema Corte per evidenziare la incertezza sul punto negli orientamenti seguiti dalla giurisprudenza civile.

La Cassazione sembrava aver assunto un orientamento consolidato a favore della rilevanza usuraria degli interessi moratori (Cass. 528/2000 e da ultimo Cass. 23192/2017), peraltro suffragato da un obiter dictum nella sentenza della C. Cost. 29/2002 sull'art. 1, comma 1 del dl 394/2000 c.d. decreto salva banche nella parte in cui la Corte specifica che gli interessi cui la disciplina antiusura fa riferimento sono quelli "a qualunque titolo convenuti". L'argomento della Suprema Corte è formulato sulla base del testo dell'art 644 che fa riferimento a "remunerazioni a qualsiasi titolo". Si ritiene, secondo un orientamento che può dirsi maggioritario, che ai fini del calcolo degli interessi in applicazione della disciplina antiusura occorra tener conto di qualsivoglia onere economico. La funzione della disciplina sarebbe quella di un controllo omnicomprensivo relativo ai costi assunti dal debitore per il godimento del capitale. Il termine "remunerazione" sarebbe stato usato dal legislatore in senso atecnico e non per indicare i soli interessi corrispettivi. L'orientamento consolidato sembra trovare ripensamento nella Cassazione SS.UU. 16303/2018<sup>11</sup> che, nel richiamare l'importanza di valutare l'omogeneità degli interessi, richiama uno degli argomenti contrari alla tesi dominante fondati sulla necessaria omogeneità degli interessi pena la irragionevolezza della comparazione tra entità disomogenee quali sono gli interessi corrispettivi, in funzione di remunerazione, e quelli moratori, in funzione sanzionatoria. Quest'ultima posizione è quella seguita da ABF a lungo in costante distonia con la giurisprudenza civile dominante (Collegio di coordinamento, decisioni 3412/2014, 3955/2014 e 1875/2014). Si rileva inoltre che gli interessi di mora non concorrono alla formazione del TEG, in quanto costi meramente eventuali aventi la funzione di forfettizzare in via preventiva il danno conseguente all'inadempimento del debitore.

Equilibrata la posizione di Banca d'Italia che, nelle sue istruzioni del 3 luglio 2013, aderisce all'orientamento "consolidato" della Cassazione ma, per evitare il confronto tra tassi disomogenei, richiede che i decreti trimestrali di rilevazione dei tassi emanati da Banca d'Italia e pubblicati dal Ministero dell'economia e delle finanze riportino i risultati di un'indagine per cui la maggiorazione stabilita contrattualmente per i casi di mora è mediamente pari a 2,1 punti percentuali. Il Collegio di coordinamento in una recente decisione (Decisione 17681/2017), pur richiamando l'orientamento dei collegi ABF di cui sopra, ha comunque confermato che è possibile una valutazione della misura degli interessi di mora sotto il profilo della loro manifesta onerosità quando essi risultino sproporzionati rispetto agli interessi corrispettivi, in questo modo proponendo una soluzione che riesce a mediare tra le opposte posizioni. L'Arbitro ha ritenuto che nel caso di specie fosse stata rispettata la proporzione tra i tassi dei due finanziamenti e ha quindi escluso la nullità per vessatorietà della clausola in materia di mora. Tema ovviamente legato all'abbassamento del tasso di interesse ma la regola giuridica non può essere ostaggio della contingenza economica.

## 5. I problemi posti dalle nuove tecnologie

ABF risulta poi perfettamente attrezzato anche rispetto alle nuove tecnologie che pongono problemi ma che sono perfettamente aggredibili con gli strumenti e categorie classiche. Dove ci sono problemi gravi è sui beni totalmente immateriali quali i *bitcoin*, beni frutto di tecnologia ma così nuovi da essere difficilmente inquadrati nelle categorie classiche.

---

4455, *ivi*; ABF, Collegio di Roma, 16 gennaio 2015, n. 303, *ivi*. Per una valutazione critica si veda T. Baratta, *La rilevanza della mora nella determinazione dell'usura: limiti al cumulo degli interessi*, in *DIMAF*, 2016, p. 5 ss. Si veda però Cass. 30 ottobre 2018, n. 27442, in [www.ildiritto.it](http://www.ildiritto.it).

<sup>11</sup> Cass. SS.UU. 20 giugno 2018, n. 16303, in *Diritto Bancario*, 27.6.2018



Vediamo ABF peraltro affrontare anche problemi legati alla digitalizzazione dei sistemi di pagamento che, implementando la virtualizzazione dei rapporti, favoriscono fenomeni come il furto di identità.

Per esempio in tema di furto di identità telefonica, il Collegio (Decisione 14909/2017) ha riconosciuto la responsabilità dell'intermediario in un caso di furto di identità telefonica (furto di identità e dell'utenza telefonica del cliente), tale da consentire l'utilizzo non autorizzato della carta di credito del ricorrente per effettuare acquisti online. L'utenza telefonica del cliente era stata disattivata da parte di ignoti, con riattivazione su una diversa scheda telefonica, sulla quale erano stati poi ricevuti i codici OTP necessari per svolgere le operazioni dispositive. Atteso che per effettuare gli acquisti occorreva solamente il numero di carta e i codici presenti e visibili sulla carta stessa, oltre alla password comunicata via SMS sull'utenza telefonica non più nella disponibilità del cliente, il Collegio ha ritenuto che al cliente non potesse essere mosso alcun addebito a titolo di colpa grave, non sussistendo alcuna prova in tal senso, conseguentemente viene condannato l'intermediario a restituire quanto prelevato fraudolentemente da ignoti, al netto della franchigia di legge.

Quanto al c.d. "Real time phishing" si ricorda che in un diverso caso l'Arbitro (Decisione 9661/2017) si è occupato questa pratica che consente a ignoti di effettuare mediante home banking operazioni non autorizzate. Sulla base delle evidenze informatiche fornite dall'intermediario, il Collegio ha accertato che erano state aperte contemporaneamente due sessioni di home banking: la prima, attribuibile al cliente e attivata sul sito autentico dell'intermediario; la seconda, clonata dalla prima, mediante la quale erano state verosimilmente carpite le OTP del ricorrente ed effettuate le operazioni non autorizzate. È stata pertanto esclusa la colpa grave del ricorrente e riconosciuto il suo diritto al rimborso delle somme sottratte con frode, nonostante l'intermediario avesse dimostrato che le operazioni erano state effettuate con l'inserimento dei necessari codici di autenticazione.

Il caso di uso abusivo dei codici di accesso all'identità bancaria digitale del cliente ABF non ha mancato di considerare, secondo quella logica di bilanciamento degli interessi, gli obblighi di diligenza che gravano sul cliente.

Consolidato è l'orientamento di ABF sugli obblighi di diligente custodia dello strumento di pagamento. Si ritiene che quando tra il furto e l'uso non autorizzato della carta ricorra un lasso di tempo particolarmente ristretto (nella specie una decina di minuti), in assenza di tentativi sbagliati di inserimento del codice PIN, si debba presumere, da un lato, una violazione da parte del cliente degli obblighi previsti dalla normativa di settore di conservazione del dispositivo e del PIN (che il ricorrente verosimilmente ha conservato con la carta, agevolandone l'utilizzo fraudolento) e, dall'altro, che colui che ha sottratto la carta sia stato posto nelle condizioni di conoscere immediatamente il PIN per effettuare i prelievi.

Concludo pertanto ricordando che sono passati circa quarant'anni da quando i grandi maestri evocavano il c.d. "access to justice" e le istituzioni hanno messo in campo strumenti importanti come quelli di cui abbiamo parlato oggi, probabilmente anche per le nuove tecnologie occorrerà qualche decennio perché le istituzioni siano davvero pronte.