

L'ESPERIENZA DELL'ABF: MANIFESTAZIONE DI UNA "PEDAGOGIA" (*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La ricerca della "ragionevolezza" del contratto. — 3. La funzione "pedagogica" delle decisioni dell'ABF. — 4. Il tema del "ragionevole" comportamento richiedibile all'intermediario. — 5. "Razionalità dello scambio" e ricerca dell'equilibrio delle prestazioni. — 6. La funzione "pedagogica" del monito.

1. Al fine di tracciare il perimetro di queste riflessioni occorre premettere sintetiche considerazioni introduttive, le quali si sviluppano nella prospettiva di un dibattito ricco di spunti sulla peculiarità dell'esperienza dell'ABF nel sistema della risoluzione delle controversie bancarie, che non può neppure essere ricondotto ad un'efficace sintesi esplicativa (1). La previsione della irrinunciabilità da parte del "cliente" del diritto di ricorrere all'Arbitro e la prevalenza delle funzioni dell'Arbitro, anche laddove siano previste nel contratto clausole di devoluzione delle controversie ad altri organismi di risoluzione extragiudiziale, evidenziano quella funzione che, in una prospettiva più generale, caratterizza i sistemi di ADR, i quali non possono esclusivamente essere inquadrati tra gli strumenti per deflazionare il contenzioso civile (2). In realtà, l'attività dell'Arbitro è finalizzata a promuovere il miglioramento delle relazioni tra la banca e la sua clientela, nonché ad incentivare la trasparenza e la correttezza dei contratti bancari (3); anche se l'esperienza consente di

(*) Lo scritto è destinato agli Studi in onore di Aldo Angelo Dolmetta.

(1) Sull'ambito oggettivo della cognizione dell'Arbitro: A. PIERUCCI, *L'Arbitro Bancario e Finanziario: l'esperienza applicativa*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 815-818.

(2) Profilo quest'ultimo oggetto di riflessioni che non possono essere ricordate in questa sede: cfr.: C. CONSOLO, *La giustizia civile: quale volto nei nostri processi fra giurisdizione e ADR?*, in *Corr. giur.*, 2014, 1263 ss.; C. CONSOLO - M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitro, del nuovo ABF, "scrutatore" di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, *ivi*, 2011, 1654 ss.

(3) P. SIRENA, *Il ruolo dell'Arbitro Bancario Finanziario nella regolazione del mercato creditizio*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2017, I, 12-13, secondo il quale se si muove dalla strumentalità delle decisioni dell'ABF rispetto all'esercizio dei poteri di vigilanza della Banca d'Italia sulla trasparenza e la correttezza dei contratti, si spiega che

individuare pure altre funzioni, che spaziano dall'educazione finanziaria alla indicazione di linee di comportamento del rapporto tra intermediari e clienti (4), sino a pervenire alla conclusione che in alcune materie (come nel caso dell'utilizzo degli strumenti di pagamento) le decisioni dell'Arbitro sono divenute la principale voce del "diritto vivente" (5).

Dal complesso normativo possiamo sinteticamente trarre le seguenti conseguenze: le procedure di composizione delle controversie debbono assicurare la rapidità, l'economicità e l'effettività della tutela (profilo comune e tutte le ipotesi qualificate come di risoluzione alternativa delle controversie); il collegamento tra l'esigenza di assicurare tutela della clientela e l'efficacia ed efficienza applicativa della disciplina di settore; il legame implicito tra tutela contrattuale e mercato (sana e prudente gestione degli intermediari bancari; trasparenza ed efficienza del mercato degli strumenti finanziari e dei contratti), tutto questo nella prospettiva di assicurare non solo l'equilibrio tra le prestazioni, ma la stessa "razionalità del contratto" in un'ottica di efficienza del mercato (6). Questi elementi paiono non sussistere nell'ambito dell'operatività degli organismi di conciliazione paritetica (alle quali non può essere paragonata la funzione dell'Arbitro (7)), come quelli ad esempio previsti dal protocollo d'intesa Associazioni dei consumatori — Trenitalia SpA e quelli Poste Italiane SpA — Assicurazione dei Consumatori (per il quale, tra l'altro, si pongono profili di compatibilità con alcune delle materie attribuite all'ABF),

alcuni degli orientamenti interpretativi dell'ABF siano caratterizzati da un'accentuata *policy* di prevenzione e di deterrenza nei confronti delle banche, e anche da finalità di promozione dell'affidabilità del sistema bancario nel suo complesso e della fiducia da parte del pubblico. Sulla natura e sulla valenza dei responsi dell'ABF, anche: G. LIACE, *L'arbitro bancario e finanziario*, Torino, 2018, 101 ss.. Sul tema, specie in relazione alla sanzione reputazionale ampia resta la letteratura di riferimento (di recente, senza alcuna pretesa di completezza: N. SOLDATI, *L'Arbitro Bancario Finanziario: la decisione, gli effetti e l'esecuzione*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da Mantucci, XV, *Le controversie bancarie e finanziarie*, Napoli, 2020, 178 ss.).

(4) E. MINERVINI, *L'Arbitro Bancario Finanziario. Una nuova "forma" di ADR*, Napoli, 2014, 101 ss.; G. FINOCCHIARO, *L'arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, Milano, 2012, 7 ss.

(5) F. MOLLO, *Gli orientamenti dell'arbitro bancario finanziario tra complementarietà e alternatività di tutela*, in *Contr. e impr.*, 2019, 1328 ss.

(6) La bibliografia sul tema non ne consente un richiamo completo, ma per un confronto tra le diverse esperienze: M. STELLA, *Lineamenti degli arbitri bancari e finanziari in Italia e in Europa*, Padova, 2016, *passim.*; G. L. CARRIERO, *ABF e principali ADR in materia finanziaria: profili comparatistici*, in *Contr. e impr.*, 2018, 35.

(7) Ne resta un esempio esplicativo il rapporto tra procedura innanzi all'ABF e le iniziative conciliative preventive, contestuali o successive, che possono essere attivate dalle parti (specie dal ricorrente): C. CONSOLO - M. STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, in *AGE*, 2011, 139.

per i quali l'obiettivo è finalizzato alla sola conciliazione delle controversie (8). Sussistono altre ipotesi, dove pare in qualche modo valorizzato il rapporto sistemico tra il contratto e il mercato di riferimento, in una prospettiva di tutela dell'utente: qui l'espressione consumatore conosce molteplici declinazioni, ognuna ritagliata sul sistema delle *utilities* cui la disciplina si riferisce, come avviene per la risoluzione delle controversie presso l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico di cui all'art. 2, comma 24°, lett. b) l. 14 novembre 1995, n. 481, nell'ambito delle tutele indicate dalla normativa europea per assicurare protezione ai clienti vulnerabili d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93; laddove difetta un principio di indisponibilità del rimedio. Nessuna di queste esperienze, però, si colloca in quella caratteristica funzione assunta dall'ABF, il cui ruolo, al di là della decisione assunta sul caso concreto, assurge a quello di soggetto promotore di *best practices* settoriali, idonee in quanto tali ad influenzare l'attività dell'intermediario anche oltre i limiti della fattispecie concreta che è chiamato a risolvere (9).

L'impianto normativo relativo all'esperienza ABF, valorizza la funzione non solo di tutelare le ragioni del "cliente" (in una prospettiva tipicamente assegnata alla tutela consumeristica (10), e particolarmente avvertita, ad esempio, nella Direttiva 2008/48), ma soprattutto quella di assicurare che un corretto funzionamento del mercato bancario si attualizzi attraverso un corretto svolgimento delle attività negoziali, nella prospettiva di un legame tra contratto e mercato che si estrinseca nell'effettività dell'equilibrio informativo e non solo, optando per una valutazione, a volte addirittura "inconsapevole", della "ragionevolezza" del contratto. Invero, alla stregua di quanto è stato affermato in dottrina, può ripetersi che il ruolo svolto dall'ABF rende, in qualche modo, i consumatori meno "deboli", proprio perché i loro reclami sono in grado di influenzare significativamente i comportamenti degli intermediari grazie alla loro stretta interazione con l'esercizio dei poteri di vigilanza da parte di autorità competenti (11).

(8) Nel settore bancario e finanziario l'impostazione tradizionale riferibile ad uno strumento di mera deflazione giudiziaria o di pura conciliazione delle controversie cede il posto alla funzione di indirizzare i comportamenti degli intermediari per evitare i rischi di fallimento del mercato causati dalla selezione avversa e dall'azzardo morale.

(9) F. LA FAIA, *Sussidiarietà e risoluzione delle controversie bancarie. Il modello dell'ABF*, Napoli, 2020, 150.

(10) A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2017, 405 ss.

(11) In sostanza, si assume che, all'esito di un circuito virtuoso, i consumatori finiscono per assurgere al ruolo di co-regolatori del mercato: P. SIRENA, *I sistemi di ADR nel*

In sostanza, il sistema dell'ADR nel settore bancario mira, prevalentemente, a conseguire risultati di tipo comportamentale, sicché le decisioni assunte sono connaturate da una funzione di deterrenza a fronte di pratiche o comportamenti "scorretti" e di incentivo per la conformazione dell'operato degli intermediari a pratiche negoziali "corrette" (12). Si può dire realizzarsi, nella esperienza dell'ABF, la ricerca di una "giustizia contrattuale", che non si realizza solo nell'individuare una traccia "nel contratto", quanto "fuori dal contratto", in considerazione dello *status* delle parti, l'appartenenza del contraente ad una categoria che abbisogna di una particolare tutela [particolarmente significativa è l'esperienza maturata sul tema della cessione del quinto dello stipendio o della pensione, se non nella materia della concessione abusiva del credito al consumo (13)] laddove la ripartizione di vantaggi e svantaggi conseguenti allo sviluppo del rapporto resta finalizzata anche alla ricerca di un equilibrio delle prestazioni (14).

In alcune delle decisioni dell'Arbitro, in effetti, si prende atto che il contratto si presenta come strumento di regolazione unitaria di una serie potenzialmente infinita di rapporti (quelli che attengono al mercato di riferimento in cui opera un determinato intermediario), con la conseguenza che il contenuto del diritto privato regolatorio, seguendo le indicazioni di quello europeo, si muove nell'ottica di una reciproca interferenza tra contratto e mercato, finendo in tal modo per dettare regole in

settore bancario e finanziario, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 1373. In questa prospettiva, anche: A. FEDERICO, *Il procedimento di attuazione dei diritti innanzi all'Arbitro bancario finanziario*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 1054, secondo il quale «la decisione dell'ABF non riguarda esclusivamente l'interesse del ricorrente perché i comportamenti degli intermediari nei confronti della clientela assumono rilievo sia ai fini episodici dei singoli rapporti contrattuali interprivati, sia ai fini sistemici della vigilanza intesa in senso più moderno», sì da realizzare «una circolarità virtuosa tra due "vicende" — quella giudiziaria privata e quella regolamentare pubblica — che conservano la loro piena autonomia, avendo piani di incidenza del tutto separati, pur potendo la seconda dare rilievo alla prima quale fonte di cognizione privilegiata».

(12) P. SIRENA (nt. 11), 1375, secondo il quale «"tradurre" la regolazione del mercato in diritti e doveri individuali significa anche che l'applicazione della regolazione del mercato può basarsi sull'iniziativa dei singoli e, in particolare, del cliente che invoca la tutela dei propri diritti nei confronti di un intermediario disonesto o scorretto».

(13) R. SANTIAGATA, *La concessione abusiva di credito al consumo*, Torino, 2020, specie 93 ss., laddove si sviluppa il tema della violazione del dovere della banca di verifica del merito creditizio del consumatore come presupposto di un obbligo legale alla rinegoziazione.

(14) Sul "contratto giusto", senza la pretesa di essere esauriente: G. ALPA, *Il contratto in generale. I, Fonti, teorie modelli*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2014, 290 ss.; P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 409; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, 63 ss.

materia contrattuale, non tanto nella (sola) prospettiva di realizzare e di proteggere gli interessi dei singoli "clienti", quanto in quella di conformare il mercato verso risultati concorrenziali o di concretizzazione degli obiettivi di stabilità (interessi generali ritagliati nella prospettiva delle norme costituzionali, art. 41 e art. 47) (15).

2. Non è il caso di ripercorrere in questa sede l'evoluzione che la nozione di "ragionevolezza" ha conosciuto nel più recente dibattito civilistico (16), avendo cura di ricordare come nel diritto commerciale il metro della ragionevolezza è stato da tempo utilizzato per limitare la discrezionalità degli amministratori (17) oppure nello scrutinio del rapporto tra capitale sociale e ragionevole programmazione dell'oggetto sociale oppure nell'art. 2467 c.c. in tema di finanziamento soci (18); senza dimenticare quante volte il termine risulti utilizzato, anche con significazioni differenti, nei Principi di diritto europeo dei contratti (19). La ragionevolezza commerciale, quale parametro per l'applicazione del principio di proporzionalità e per la misurazione dello sforzo di diligenza professionale impiegata nell'esercizio di poteri di autotutela; si manifesta nel dibattito in tema di *collateral taker* e contratti di garanzia finanziaria, laddove la tematica si sviluppa in ordine ai rapporti tra divieto del patto commissorio, la cui *ratio* viene individuata nell'arricchimento ingiustificato e nel venir meno del principio di proporzionalità tra credito e garanzia (20). In sostanza, per le ipotesi di escussione della garanzia reale e di trasferimento

(15) Fenomeno che si manifesta con completezza nelle differenti manifestazioni che assume il fenomeno della integrazione, di recente: D. FAUCEGLIA, *I mercati regolati e l'integrazione dei contratti di impresa*, Napoli, 2021, 192 ss.

(16) Senza alcuna pretesa di completezza: G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 73 ss.; E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 23 ss.; S. TROIANO, *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, 81 ss.; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, 34 ss.

(17) A. NIGRO, "Principio" di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a., in *Giur. comm.*, 2013, I, 457 ss.

(18) G.B. PORTALE, *Lezioni pisane di diritto commerciale*, Pisa, 2014, 64 ss.

(19) G. ALPA, *Ragionevolezza e integrazione europea*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, 113; F. PIRAINO, *Per una teoria della ragionevolezza in diritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1287 ss.

(20) F. MURINO, *L'escussione*, in *I contratti di garanzia finanziaria*, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato Cicu-Messineo*, già diretto da Mengoni, continuato da Schlesinger, Roppo e Anelli, Milano, 2018, 279 ss., il quale evidenzia la necessità di evitare che proprio attraverso il contratto di garanzia finanziaria si realizzi un ingiustificato arricchimento del *collateral taker*, ciò rappresentando un tratto saliente della ragionevolezza commerciale (profilo che è diverso dal criterio della proporzionalità di cui all'art. 1850 c.c. in tema di supplemento di garanzia nell'anticipazione bancaria).

con funzione di garanzia, la “ragionevolezza commerciale” viene ricondotta al principio costituzionale della proporzionalità, utilizzato in senso orizzontale, come parametro di valutazione del regolamento di interessi diviso dalle parti.

In questa prospettiva, deve osservarsi come alcune delle decisioni dell’Arbitro bancario si ispirano proprio all’affermazione del principio della “ragionevolezza” (prescindendo dalla fase esecutiva del contratto), inteso come contemperamento necessario di interessi concretamente valutati in ragione di un determinato rapporto e come riportati nella *ratio* normativa, ovvero al valore che la stessa esprime in un sistema in cui si manifesta la tendenza a dare concreta attuazione al principio cardine della trasparenza nei contratti bancari, nonché a tutela della chiarezza, censurando clausole affette dal vizio di oscurità, polisemia e ambiguità (21). In questa prospettiva, si inseriscono, ad esempio, alcune decisioni che colpiscono quelle clausole che si presentano “poco chiare”, specie nel campo dei costi e delle commissioni applicate ai finanziamenti (22).

E evidente, in queste ipotesi, una tendenza dell’Arbitro ad offrire agli intermediari non solo una linea di condotta nella fase esecutiva del rapporto, quanto indicazioni per addivenire ad una predisposizione di modelli contrattuali che si presentino più omogenei con l’impianto protettivo previsto dal legislatore e come tali idonei ad evitare insorgere di conflitti endemici e diffusi. Questa tendenza si sviluppa unitamente all’altra, di cui non si può dare conto in questa sede, connessa all’applicazione di un criterio integrativo, attraverso il sovente richiamo ai principi della buona fede e della correttezza, nonché ad una funzione interpretativa del materiale contratto e dei comportamenti delle parti.

Se si vuole tracciare un percorso “pedagogico” nelle decisioni dell’ABF, il profilo non può restare separato dalla esigenza, particolarmente avvertita in alcune decisioni, di una maggiore valorizzazione dell’educazione finanziaria, evidenziando come — in queste ipotesi — la prospettiva pare realizzarsi in un ampliamento della sfera protettiva, non esclusivamente limitata al credito al consumatore (23).

(21) Sulla nozione di “chiarezza” nel diritto bancario: G. LIACE, *La nozione di chiarezza nel diritto bancario e dei mercati finanziari*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 967 ss.

(22) ABF Collegio di Napoli, 25 giugno 2013, n. 3416; ABF Collegio di Milano, 21 gennaio 2014, n. 335; ABF Collegio di Milano, 17 maggio 2011, n. 1017.

(23) ABF Collegio di Roma, 9 marzo 2017, in *Contr.*, 2017, 407, con nota di C. CALZECCHI ONESTI, *L’Arbitro Bancario Finanziario e il tema dell’educazione finanziaria*; secondo questa decisione “la tutela del preavviso di segnalazione in centrale rischi va accordata in ragione della generalizzata condizione di (semi)analfabetismo finanziario in cui

3. Al fine di delineare quella tendenza "pedagogica" che sembra emergere dalle decisioni dell'Arbitro si ricorda l'orientamento assunto nel settore delle frodi e dell'utilizzo fraudolento delle carte di credito o delle carte prepagate, laddove più volte viene richiamato, in materia di presunzioni, il principio della "ragionevole probabilità" per pervenire all'interferenza del fatto noto con quello ignorato (es. conservazione del Pin in uno alla carta sottratta dotata peraltro da *microchip*); ma la medesima tendenza si ritiene di individuare nelle decisioni in materia di *phishing*. Su questi temi emerge la tendenza sintonica con gli interventi della normativa comunitaria, ad addossare, in linea di principio, all'intermediario le operazioni fraudolente compiute da terzi, a seguito di smarrimento, sottrazione o clonazione delle carte di credito o di furto delle identità informatiche, perpetrato da soggetti ed organizzazioni attraverso vari raggiri o inganni, sul presupposto che si tratta dell'attualizzazione di profili di rischio connessi in via diretta alla delicata e complessa attività svolta dall'intermediario, ed in questo settore l'Arbitro ha svolto una vera e propria funzione di filtro nel dettare indirizzi comportamentali alle banche (24). In queste fattispecie, prescindendo dai profili probatori, pare affermarsi la manifestazione di una pedagogia volta ad indurre l'intermediario a dotarsi di adeguate strutture organizzative idonee ad evitare operazioni fraudolente a danno dei clienti: non si tratta di una sorta di coazione degli intermediari all'aggiornamento tecnologico (25), quanto di idonee indicazioni volte a concretizzare il principio dell'adeguatezza organizzativa che caratterizza ogni entità imprenditoriale, specie quella bancaria — come emerge del resto dalle stesse Istruzioni di Vigilanza — in cui la particolare attività dell'intermediario impatta con la tutela dell'integrità e del buon funzionamento del mercato e, quindi, degli stessi servizi resi alla clientela.

Non è questo, però, il solo settore in cui il profilo "pedagogico" è richiamato o sotteso nelle decisioni dell'Arbitro. Il tema, in una prospet-

versa il cliente medio e dell'esigenza di colmare il gap informativo rispetto alle regole di un mercato caratterizzato da un elevato tasso di opacità, complessità e rischiosità". Si ritiene, dunque, assimilabile la posizione dell'imprenditore individuale a quella del consumatore, in considerazione della sua esigenza protettiva e del suo livello di educazione finanziaria.

(24) I.A. CAGGIANO, *L'arbitro bancario e finanziario, esempio virtuoso di degiurisdinizzazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 453; pure DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari*, Bologna, 2013, 25; anche MAFFEIS, *Ordini di pagamento e di investimento on line nella giurisprudenza di merito e nella fonte persuasiva dinamica dell'ABF*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 1274.

(25) Così: M. S. DESARIO, *Profili d'impatto delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario sugli intermediari*, in questa *Rivista*, 2011, I, 497-498.

tiva più generale, pare collocarsi sul piano del c.d. diritto “flessibile” o “elastico”, laddove si evita l’indebito spostamento del potere di valutazione dal “normatore” (di primo e secondo livello”) al decidente, preferendosi la ricerca della regola più conforme al canone di comportamento ragionevolmente richiedibile all’intermediario, nella prospettiva di pervenire ad un equilibrio tra disciplina giuridica e dinamiche reali senza bisogno dell’intervento del legislatore.

In tal caso, il riferimento resta alle decisioni dell’Arbitro che hanno ritenuto applicabile l’art. 125 *bis* t.u.b., come rinveniente dal d.lgs. n. 131/2010, modificato dall’art. 1 d.lgs. 169/2010, anche ai contratti conclusi prima dell’entrata in vigore della norma, riconoscendo l’esistenza di un principio immanente già nel formante dottrinale e in parte giurisprudenziale in tema di clausole relative a costi posti a carico del consumatore. Con riguardo agli effetti della difformità tra TAEG dichiarato e TAEG applicato, si ricordano — poi — le decisioni del Collegio di Coordinamento nn. 1430/2016 e 12832/18, e in quest’ultima si legge: « questo Collegio ribadisce quanto affermato nel 2016 e cioè che nulla la clausola relativa al costo in sé considerata, nulla è dovuto per tale titolo, con la conseguenza che è anche nulla la clausola relativa al TAEG che non ha previsto quel costo. Con riferimento a tale ipotesi il comma 7 dell’art. 125-*bis* del Tub prevede una forma di integrazione legale del contratto con applicazione del tasso normale sostitutivo ».

Nel medesimo contesto è possibile ricordare il principio che, per quanto riguarda le cessioni del quinto dello stipendio o le delegazione di pagamento, ritiene i “costi” rimborsabili, nel caso di estinzione anticipata del rapporto di credito, con riferimento alle commissioni bancarie, finanziarie e di intermediazione, nonché ai costi assicurativi relativi alla parte di finanziamento non goduta (si ricorda la storica decisione del Collegio di Coordinamento ABF n. 6167/2014). Per quest’ultimo profilo, il problema interpretativo si è spostato sulla valutazione di conformità delle previsioni negoziali contenute nella polizza assicurativa (ferma restando la necessità che il criterio di calcolo sia comunque indicato *ex ante*) (26). Un’indicazione di conformazione del contratto (che altro non è se non l’estrema manifestazione della funzione “pedagogica”) può rinvenirsi proprio in tema di equo indennizzo per l’estinzione anticipata (125-*sexies* t.u.b.), ovvero nella distinzione tra costi sostenuti *up front* e *recurring*, laddove

(26) Sul tema: TINA, *Il rimborso del premio assicurativo nei contratti di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio o della pensione (CQS) e la (in)competenza dell’Arbitro Bancario Finanziario (art. 128-bis t.u.b.)*, in questa *Rivista*, 2019, I, 171 ss.

l'Arbitro ha precluso che detta distinzione possa discendere solo da una mera indicazione di una quota percentuale dei costi totali, richiedendo una descrizione delle singole attività, con indicazione seppur sintetica (dunque conformata a "chiarezza") delle caratteristiche oggettive delle voci (ABF Collegio di Coordinamento n. 10035/2016).

In questo contesto, l'Arbitro accede ad un'operazione ermeneutica di "concretizzazione" del principio in termini di regole generali di comportamento (con riferimento al momento predispositivo della regola negoziale) richiedibile all'intermediario; in linea — per utilizzare le espressioni dell'Arbitro — a ciò che «appare congruo, adeguato e sensato in relazione al caso concreto». Questa interpretazione del dato contrattuale, conseguente al principio di equa riduzione del costo del finanziamento, come sancita dall'art. 125-*sexies* t.u.b., è emersa in quelle decisioni dell'Arbitro conseguenti alla interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia Europea 11 settembre 2019 — Causa C-383/18 (c.d. sentenza Lexitor) all'art.16 Direttiva 2008/48/CE del Parlamento e del Consiglio del 23 aprile 2008 (27), pervenendo ad una integrazione "giudiziale" secondo equità del regolamento contrattuale sul rimborso dei costi *up front* fondati su clausole contrattuali formulate "in modo sommario" e prive della necessaria "chiarezza" espositiva, se non contraddistinte da opacità con riferimento all'attività remunerata, tanto nella fase di stipulazione che di esecuzione del contratto (28). In sostanza, si è ritenuto che nel caso in cui il consumatore eserciti la facoltà di estinguere anticipatamente l'importo dovuto al finanziatore, la riduzione del costo totale del credito, a cui egli ha diritto, include tutti i costi posti a suo carico, compresi quelli il cui importo non dipenda dalla durata del credito, in tal modo consentendo di

(27) Stralci significativi della decisione si leggono in questa *Rivista*, 2019, II, 639, con nota di DOLMETTA, *Anticipata estinzione e "riduzione del costo totale del credito". Il caso della cessione del quinto*. In tal senso, la Corte di Giustizia ha ritenuto che «il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del credito include tutti i costi posti a carico del consumatore», per tali intendendosi «tutti i costi, compresi gli interessi, le commissioni e le imposte e tutte le altre spese che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il creditore è a conoscenza, escluse le spese notarili; sono inclusi anche i costi relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito, in particolare i premi assicurativi, se, in aggiunta, la conclusione di un contratto avente ad oggetto un servizio è obbligatoria per ottenere il credito oppure per ottenerlo alle condizioni contrattuali offerte». Sul tema: ZOPPINI, *Gli effetti della sentenza Lexitor nell'ordinamento italiano*, in questa *Rivista*, 2020, II, 1 ss.; R. SANTAGATA, *Rimborso anticipato del credito e diritto del consumatore alla restituzione della quota parte dei costi indipendenti dalla durata del contratto (c.d. up front)*, *ivi*, 18 ss.

(28) ABF Collegio di Napoli, 16 giugno 2020, n. 12703, con specifico riferimento alla quota di rimborso della c.d. commissione di intermediazione.

superare la precedente distinzione tra costi *up front* e *recurring*, che era stata valorizzata nella precedente “giurisprudenza” dell’Arbitro (29). Nella prospettiva “pedagogica”, le successive decisioni dell’ABF hanno finito per valorizzare il principio che il calcolo del c.d. indennizzo per il creditore deve essere ispirato a criteri di trasparenza e comprensibilità per i consumatori già nella fase precontrattuale ed in ogni caso durante la stessa esecuzione del contratto di credito, sì che il metodo di calcolo dovrebbe restare non solo di facile applicazione per i creditori, ma pure di agevole controllo da parte delle Autorità responsabili (30).

4. Un terreno, invece, che l’Arbitro ritiene sottratto alla propria valutazione, perché affidato all’autonomia dell’imprenditore, è quello dell’accesso al credito o della rinegoziazione delle clausole determinative degli interessi su base volontaria: qui, come pare ovvio, il profilo scrutinato, e ritenuto prevalente, non è tanto quello del riequilibrio delle posizioni dei contraenti, quanto quello di assicurare una corretta funzionalità del mercato del credito (che non può prescindere dal riconoscimento dell’“autonomia dell’impresa”, sia pure corretta dal richiamo di regole generali).

Materie per le quali, invece, specie in alcune decisioni dei Collegi territoriali, emerge una maggiore attenzione sulla violazione delle regole del ragionevole comportamento richiedibile all’intermediario è quello della segnalazione alla Centrale dei rischi (ad esempio, nell’ipotesi di sussistenza di trattative in corso, definite o in via di definizione, sull’importo del credito e sul suo pagamento; ed ancora, nel caso di recesso repentino ed immotivato dal rapporto bancario). Probabilmente, nella stessa prospettiva del ragionevole comportamento pretendibile può inserirsi il filone delle decisioni assunte in tema di valutazione del TAEG con riferimento ad alcuni costi come quelli assicurativi, laddove l’opzione interpretativa si fonda non solo sul rapporto “facoltatività-obbligatorietà”

(29) ABF Collegio di Coordinamento, 17 dicembre 2019, n. 26525, che ha ritenuto “ineludibile” l’interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia, così disponendo la retrocessione anche dei costi *up front*, prescindendo da ogni differenza nominalistica o sostanziale, pur esistente, con gli altri costi.

(30) Non a caso si ritiene che il mutamento di prospettiva ha comportato la parificazione di trattamento normativo tra costi *recurring* e costi *up front*, venendo così a privare di ogni senso la predisposizione di clausole ambigue da parte degli intermediari, come pure l’“utilità” pratica di comportamenti strumentali da parte di questi ultimi [DOLMETTA (nt. 27), 646, il quale, però, nota che «non è detto che a questa acquisizione segua, nella linea materiale dei fatti, un conforme adeguamento spontaneo da parte delle imprese finanziatrici», auspicando in materia «un pronto intervento *ad hoc* da parte della Vigilanza» (647)].

del contratto di assicurazione (ABF Collegio di Coordinamento nn. 10617/2017; 10620/2017; 2397/2018), quanto sulla prova, posta a carico dell'intermediario, « di aver offerto condizioni simili, senza la stipula della polizza, ad altri soggetti con il medesimo merito creditizio » (ABF Collegio di Coordinamento n. 16291/18). Per ritornare al dibattito generale sul tema, pare che l'Arbitro abbia fatto riferimento alla "ragionevolezza" (anche come comportamento ragionevolmente pretendibile dall'intermediario) quale criterio o canone di valutazione (31). Il risultato interpretativo, però, non ha escluso che il canone possa collocarsi comunque nel contesto di principi consolidati; quali quelli protettivi rinvenibili nel compendio normativo di riferimento (e non a caso, molte delle decisioni richiamano la "*sana e prudente gestione*" nella logica della interferenza tra contratto e mercato), interpretato alla luce dei principi costituzionali e della stessa legislazione comunitaria. In questa prospettiva, emergono profili applicativi del criterio, che si diversificano in ragione dei singoli contratti (contratti di credito veri e propri; contratti relativi all'utilizzo di carte; strumenti di pagamento realizzati nel contesto di contratti di disponibilità e bonifici) pur sempre specificamente scrutinati nel singolo mercato di riferimento del "prodotto", favorendo una relativizzazione del procedimento ermeneutico e quindi del risultato decisionale. Questa opzione, nell'esperienza dell'Arbitro, ha richiesto uno scrutinio dei contratti non solo in relazione ai singoli mercati, ma pure nello sviluppo realizzativo degli interessi concreti, come sottesi al singolo rapporto o al singolo "*servizio*" bancario e finanziario. In tal caso, il contratto non viene più analizzato nell'ottica dello scambio o rapporto individuale, quanto nella prospettiva della contrattazione "di periodo" (determinante è l'individuazione del tempo circoscritto nel quale si inserisce il contratto) oppure delle medesime condizioni praticate in ragione del merito creditizio (parità di condizioni contrattuali applicate a casi simili). In questa sede non si intende valutare l'idoneità o la stessa congruenza logico-argomentativa delle soluzioni raggiunte, quanto sottolineare il recupero, proprio in questa prospettiva, del principio della "*ragionevolezza*" dello scambio, in un'accezione finanche metaindividuale (ovvero di "indiretta" tutela collettiva che prescinde dal caso concreto).

5. Non può essere questa la sede per esaminare, se non per tratti generali, l'impatto che la funzione di riequilibrio delle posizioni contrat-

(31) In generale: S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 13 ss.

tuali ha ricevuto nelle decisioni dell'ABF, volendosi solo sottolineare che la ricerca dell'equilibrio delle posizioni contrattuali e delle prestazioni ha conosciuto un implicito legame con l'affermazione della "razionalità dello scambio". Il richiamo qui deve essere svolto, ancora una volta, con riferimento alle decisioni in tema di cessione del quinto, laddove la distinzione tra costi *up front* e costi *recurring* (come detto, ormai superata) si spiegava nell'ottica dell'utilità o della attualità delle prestazioni rese dell'intermediario, ma che, per ragioni che non possono essere compiutamente scrutinate in questa sede, finiva poi per perdere la carica "pedagogica", laddove non censurava clausole o prassi non improntate a criteri di "trasparenza" o "comprensibilità", ma sostanzialmente affidate ad una valutazione — ritenuta, in parte, incensurabile — dell'intermediario. Sul tema, in sostanza, poteva registrarsi una agnostica posizione in ordine alle effettività o alla congruenza del costo, anche laddove esso appariva evidentemente sproporzionato ovvero non giustificato rispetto alla prestazione dell'intermediario, come sostanzialmente affidato alla dinamica predispositiva dell'autonomia negoziale, intervenendo l'Arbitro solo sul "contenuto" delle prestazioni offerte in ragione delle commissioni bancarie e finanziarie o di mera intermediazione.

Il terreno sul quale si è registrato, però, un intervento di riequilibrio delle prestazioni è quello della c.d. usura sopravvenuta, laddove l'Arbitro, pur ritenendo inapplicabile il rimedio dell'art. 1419 c.c., come connesso alla fase genetica del rapporto, giudicandolo inadeguato, in quanto incidente in modo asimmetrico sulla tipologia del finanziamento, ha evidenziato che « in caso di marcata e duratura discesa dei tassi di mercato, chi ha contratto un finanziamento a tasso fisso non può essere lasciato senza alcuna forma di tutela », così ammettendo il rimedio della riduzione del tasso soglia entro la media [sul tema, però, dopo Cass., sez. un., n. 24675/2017, si è affermato il diverso orientamento confermativo dell'orientamento assunto dalla giurisprudenza di legittimità, ABF Collegio di Coordinamento 5 aprile 2018, n. 7440 (32)]. Sulla tematica della sopravvenienza, i.e. usura sopravvenuta, cui è riferibile "l'eccessivo guadagno o ingiusto profitto", come previsto nei Principi di diritto europeo dei contratti, l'ABF ha mostrato una certa resistenza non ritenendo di interferire direttamente sulle clausole determinative dei costi, anche laddove il

(32) Sul "dialogo" tra giurisprudenza e ABF, e sulla tendenza conformativa di quest'ultimo alle decisioni assunte dalla giurisprudenza: F. MOLLO, (5), 1334-1335; sul tema, anche G.B. FAUCEGLIA, *Il "dialogo" tra Arbitro Bancario Finanziario giurisprudenza e dottrina in tema di usura bancaria: linee generali*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2018, I, 274-321.

prezzo pattuito risultasse (manifestamente) eccessivo rispetto all'erogato (33).

La tendenza verso l'affermazione di una "giustizia nel contratto" (il termine resta in qualche modo equivoco e qui utilizzato solo ai fini descrittivi) si è sviluppata nelle decisioni dell'Arbitro e nei risultati delle conferenze dei Presidenti (il cui ruolo risiede proprio nella ricerca, per quanto possibile di criteri valutativi uniformi), innanzitutto con riferimento ai finanziamenti mediante cessione del quinto. Sul tema lo scrutinio delle clausole contrattuali ritenute non congrue ed affette da invalidità o inefficacia regolatoria è un dato costante delle decisioni dell'Arbitro. In tal caso l'impulso "pedagogico", almeno con riferimento al periodo antecedente alla sentenza Lexitor, ha prodotto la conseguenza che gli intermediari hanno progressivamente riformulato le condizioni contrattuali, inserendo nei moduli clausole volte ad individuare più puntualmente le prestazioni *up front* (ovvero quelle funzionalmente connesse alla fase genetica del contratto), e come tali non retrocedibili a seguito dell'anticipata estinzione del rapporto di credito; oppure altre clausole di specificazione dei costi assicurativi e dei criteri di individuazione dell'importo dei premi retrocedibili a seguito dell'anticipata estinzione del rapporto di credito, laddove il contratto di assicurazione ne restava funzionalmente collegato. Inoltre, non può risultare estranea ad una funzione di *soft law*, rinvenibile nelle decisioni dell'Arbitro, la tendenza ad una più generale uniformazione dei contratti, come predisposti dai singoli intermediari, nel tentativo di rendere questi ultimi più coerenti agli scopi (di tutela dell'altro contraente) perseguiti dalla legislazione di settore.

6. Una ulteriore ed evidente manifestazione della funzione pedagogica dell'Arbitro si è estrinsecata nel c.d. "monito" rivolto all'intermediario (si tratta di un disposto che non è iscrivibile al normale esito dell'accoglimento o del rigetto della domanda), che resta idoneo a completare il

(33) Il tema, in generale, è sviluppato da L. PASCUCCI, *Usura e oneri eventuali*, Torino, 2019, *passim*. Un profilo di interesse, sia pure in materia diversa da quella innanzi considerata, si rinviene, invece, nella decisione dell'ABF Collegio di Coordinamento 10 ottobre 2019, n. 22746, laddove si ritiene che: «Ai fini della valutazione di manifesta eccessività dell'interesse moratorio convenuto tra le parti assume decisivo rilievo nei contratti di credito al consumatore, insieme a elementi di giudizio ricavabili da dati statistici e da elementi circostanziali, la valutazione complessiva degli interessi delle parti in chiave di correttezza e buona fede. Resta ferma, a fronte della nullità della relativa clausola contrattuale, l'applicazione — in luogo del tasso convenuto fra le parti — dell'interesse corrispettivo a norma dell'art. 1224 c.c.».

quadro decisorio (34). In effetti, a fronte del mancato accoglimento della domanda, in assenza dei presupposti concreti, l'Arbitro in qualche modo censura un comportamento assunto in concreto dallo stesso intermediario, come non corrispondente ai criteri generali in astratto pretendibili (es. ritardo nella trasmissione di documentazione bancaria nei termini di legge, che ha comportato il necessario accesso alla procedura arbitrale e consegna della stessa nel corso dello stesso procedimento; ed ancora in tema di esercizio del recesso dal rapporto di credito (35)), senza con questo incidere sull'autonomia negoziale in ordine alle valutazioni sulla concessione del credito in termini di "convenienza". In queste ipotesi, l'Arbitro ritiene opportuno "ammonire" l'intermediario sul necessario rispetto dei termini di comunicazione delle decisioni assunte; o, ancora, nel valorizzare il necessario rapporto di collaborazione che lo stesso deve tenere nei confronti del cliente, al fine di salvaguardia degli interessi sostanziali da questi dedotti, si richiede un comportamento ispirato dai principi generali di correttezza e buona fede. E facile evidenziare in queste decisioni la tendenza dell'Arbitro ad individuare regole di comportamento, che, prescindendo dall'esito del caso concreto, dovranno caratterizzare (anche) nel futuro l'operato dell'intermediario, in modo che quest'ultimo possa tenerne conto, nel corso della concreta attività di impresa, per la tutela della clientela. Il quadro che emerge è quello di una funzione non solo "decidente" dell'Arbitro, ma "pedagogica", intesa proprio nel senso di favorire il considerarsi di prassi virtuose, valorizzando un ruolo "preventivo" volto ad eliminare non solo incongruenze operative ma pure l'insorgere di controversie.

Di particolare interesse, ad esempio, risultano alcune recenti decisioni dell'Arbitro, assunte in tema di accesso alle provvidenze regionali in favore delle imprese che hanno subito chiusura delle proprie attività a seguito dell'emergenza epidemiologica per Covid-19 (36); di richiesta di finanziamento per perdite a seguito dell'emergenza pandemica e di ammissione al Fondo di Garanzia previsto dalla lett. m), comma 1°, dell'art.

(34) ABF Collegio di Coordinamento, 29 novembre 2013, n. 6182, secondo cui «pare chiaro come l'utilizzazione del monito all'intermediario — consentito dalle vigenti disposizioni sull'ABF (sez. VI, 3) laddove si prevede che la decisione possa "contenere indicazioni volte a favorire le relazioni tra intermediari e clienti" — sia per sua natura finalizzato, secondo una prospettiva diffusa nella prassi della giurisprudenza (anche costituzionale), ad evitare criticità tali da determinare, se non corrette nel tempo in applicazione delle indicazioni all'uopo offerte, il conclusivo sconfessamento di comportamenti di dubbia legittimità».

(35) ABF Collegio di Napoli, 10 settembre 2019, n. 21067.

(36) ABF Collegio di Napoli, 17 dicembre 2020, n. 23190.

13 d.l. n. 23/2020 (37); di sospensione delle rate di mutuo per acquisto della prima casa in conformità dell'ordinanza del Capo della Protezione Civile del 29 febbraio 2020, n. 642 avente ad oggetto interventi urgenti sempre nell'ambito dell'emergenza da Covid 19 (38). In queste ipotesi, prescindendo dall'esame delle singole ragioni ostative preclusive per l'accesso agli interventi agevolativi previsti dalla legislazione emergenziale (interferenti con un inesistente obbligo di far credito) e dalla inammissibile decisione richiesta all'Arbitro, perché avente ad oggetto una condanna di natura costitutiva relativa ad un *facere* specifico dell'intermediario, l'Arbitro, in applicazione dell'art. 10, comma 3°, del "Regolamento per il funzionamento dell'organo decidente dell'ABF", rivolge agli intermediari convenuti un "monito" affinché forniscano una pronta risposta alla clientela circa le condizioni di accesso alle misure di sostegno previste dalla legislazione emergenziale ed una più puntuale attinenza del "riscontro" rispetto alle finalità nella stessa prevista, e ciò nella prospettiva di un più puntuale assolvimento dell'onere di motivazione in caso di diniego, tutto questo al fine di favorire le relazioni con i clienti.

La funzione del "monito", in tal modo, si presenta estranea a quella decisoria, quale primario compito dell'Arbitro, per collocarsi su un terreno diverso, e forse sconosciuto nell'esperienza della soluzione dei conflitti: la valorizzazione di un ruolo di "*indicazione*" o di "*suggerimento*" operativo che finisce per assumere un profilo non secondario dell'attività dell'Arbitro.

E opportuno ricordare, però, come chiosa finale di queste sintetiche riflessioni, che con Delibera del Ministro dell'Economia e delle Finanze, quale Presidente del CICR, del 10 luglio 2020 (in G.U. 20 luglio 2020, n. 181), è stato modificato l'art. 6 della Delibera del 29 luglio 2008, n. 275, e, per quanto qui riguarda, al comma 5° dell'art. 6 sono state eliminate, con riferimento alla decisione dell'Arbitro, le parole « essa può contenere indicazioni volte a favorire le relazioni tra intermediari e clienti » (39). L'intervento normativo, però, non pare aver sottratto all'ABF una funzione di indirizzo per il comportamento che gli intermediari devono assumere nei confronti della clientela, posto che, diversamente, finirebbe per venir meno proprio quella funzione di soggetto promotore di buone

(37) ABF Collegio di Napoli, 12 gennaio 2021, n. 764.

(38) ABF Collegio di Napoli, 12 novembre 2020, n. 19918.

(39) Per un primo esame: N. SOLDATI, *La terza riforma dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF)*, in *Contr. e impr.*, 2020, 1541 ss.

pratiche settoriali che, oltre i limiti della fattispecie concreta scrutinata, ne ha caratterizzato in questi anni l'attività (40).

GIUSEPPE FAUCEGLIA

*Prof. ord. di Diritto commerciale
nell'Università degli Studi di Salerno*

Abstract

L'esame dell'esperienza ABF consente di valorizzare la funzione non solo di tutela del cliente, ma soprattutto quella di assicurare che il funzionamento del mercato bancario si realizzi attraverso un corretto svolgimento delle attività negoziali, nello sviluppo di un legame tra contratto e mercato, in una prospettiva che può definirsi "pedagogica" perché diretta a conformare l'operato dell'intermediario.

The examination of the ABF experience allows to exploit not only the customer protection, but above all ensures that the functioning of the banking system is determined by a proper conduct of negotiating activities, in the development of a link between contracts and market, in a perspective that can be defined as "pedagogical" because it is directed to conform the activity of the intermediary.

(40) A. SCOTTI, *Sul ruolo dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Codice Europeo dei Contratti*, a cura di Gandolfi, Milano, 2017, 277.