



## IL COLLEGIO DI COORDINAMENTO

composto dai signori:

|                            |                                                                                                                                                      |
|----------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Dott. Giuseppe Marziale    | Presidente - Presidente del Collegio ABF di Roma                                                                                                     |
| Prof. Avv. Antonio Gambaro | Membro effettivo - Presidente del Collegio ABF di Milano [Estensore]                                                                                 |
| Prof. Avv. Enrico Quadri   | Membro effettivo - Presidente del Collegio ABF di Napoli                                                                                             |
| Avv. Giuseppe Russo        | Membro supplente - Componente del Collegio ABF di Napoli designato dal Conciliatore Bancario Finanziario (per le controversie in cui sia parte un    |
| Prof. Avv. Claudio Colombo | Membro effettivo - Componente del Collegio ABF di Roma (designato da Confindustria di concerto con Confcommercio, Confagricoltura e Confartigianato) |

nella seduta del 12/09/2013, dopo aver esaminato

- il ricorso e la documentazione allegata;
- le controdeduzioni dell'intermediario e la relativa documentazione;
- la relazione istruttoria della Segreteria tecnica,

### FATTO

Alla presente decisione il Collegio di Coordinamento è chiamato da Ordinanza emessa dal Collegio di Roma in data 23 maggio 2013 nel corso dell'esame del ricorso n. 39700; tale ordinanza è del seguente letterale tenore:

*«Il ricorso viene proposto sia dalla società, che dalla socia garante.*

*La prima espone di essere titolare presso la banca resistente delle seguenti linee di credito:*

*-apertura di credito in conto corrente per € 15.000,00 accesa in data 22.06.2004;*

*-finanziamento chirografario di € 100.000,00 acceso in data 24/7/2008.*



Arbitro Bancario Finanziario  
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

*La seconda è titolare presso la Banca resistente di un rapporto di conto corrente (n. 403/80) e di un contratto di deposito e amministrazione titoli n. 122/XXXXXX31 (di seguito anche "polizza titoli").*

*Le due linee di credito concesse alla società sono garantite:*

*-da una fideiussione omnibus prestata dalla socia in data 7.7.2008 fino a concorrenza di euro 172.500,00 per l'adempimento di qualsiasi obbligazione (passata e futura) della società;*

*-da una garanzia sussidiaria prestata in data 30.05.2008 da un Consorzio fidi per il 50% dell'importo affidato.*

*La società ricorrente, messa in liquidazione in data 9.9.2010, riferisce che in data 24.7.2012 aveva un debito residuo con la banca resistente per euro 9.567,67, derivante dal mancato pagamento di n. 8 rate del finanziamento chirografario.*

*Le parti avviano trattative per la formulazione di un piano di rientro. La socia ricorrente era intenzionata a saldare il debito della società, tanto che nei mesi di aprile e maggio 2012 aveva costituito sul proprio rapporto di conto corrente presso la resistente una provvista di euro 10.000,00.*

*Tuttavia, nelle more delle trattative del piano di rientro, la banca resistente inviava tre telegrammi in cui comunicava dapprima, l'intervenuta revoca degli affidamenti in data 8.8.2012 e intimava alla socia, in qualità di garante, il pagamento della somma di euro 119.034,5.*

*Successivamente la banca comunicava l'intenzione di far valere un "diritto di ritenzione" nell'ipotesi in cui la socia non avesse pagato nel termine di 5 gg la somma richiesta. In seguito, la banca resistente, in virtù del predetto "diritto di ritenzione", prelevava dal conto corrente personale della socia intrattenuto con la stessa resistente, la somma complessiva di euro 70.330,60 a titolo di compensazione dei debiti della società ricorrente. In particolare, la resistente prelevava la somma di 10.472,01 dal rapporto di conto corrente intestato alla socia garante; quindi, dopo aver provveduto ad un'operazione di smobilizzo titoli, prelevava la ulteriore somma di 59.858,59.*

*Le due ricorrenti contestano:*

- la revoca brutale degli affidamenti, avvenuta senza alcuna preventiva comunicazione presso la sede della società a cui gli stessi erano stati concessi;*
- la compensazione operata dall'intermediario tra i diversi conti intestati, rispettivamente, alla società ed al socio. In particolare l'intermediario avrebbe*



Arbitro Bancario Finanziario  
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

*illegittimamente realizzato la "polizza titoli" personale del socio per euro 59.585,59 e indebitamente sottratto dal conto corrente personale di quest'ultimo la somma di 10.472,01 per complessivi 70.330,60 a fronte di un credito scaduto di circa € 9.657,67 (pari a circa 8 rate del finanziamento), oltre allo scoperto di conto corrente di € 15.000,00 e gli interessi maturati, per un importo totale che non superava € 26.000,00.*

*Le due ricorrenti lamentano che "la volontà della Banca era solo quella di realizzare immediatamente l'intera somma di € 70.330,60 e non certo quella di vedere regolarmente adempite le rate scadute del finanziamento". Inoltre, esse si dolgono che la resistente non abbia concesso alla garante un congruo termine per adempiere e non abbia preventivamente escusso il patrimonio e le garanzie concesse dal confidi alla società ricorrente.*

*L'intermediario, dal canto suo, riferisce che:*

- *a seguito degli esiti infruttuosi dei solleciti di pagamento relativi agli insoluti progressi e delle trattative poste in essere per la formulazione di un piano di rientro, nell'agosto 2012 revocava le linee di credito oggetto di controversia, dandone regolare comunicazione sia all'obbligato principale (società) che alla garante (socia) tramite telegrammi in data 8/8/2012, puntualmente ricevuti dai destinatari;*
- *a fronte della revoca effettuata, l'esposizione debitoria della società ammontava ad euro 74.070,14 di cui: quanto ad euro 15.152,21 per scoperto figurante sul conto corrente n. 2/XXX; quanto ad euro 58.917,93 per debito residuo e n. 9 rate scadute ed impagate relativi al finanziamento chirografario;*
- *ha legittimamente trattenuto a titolo compensativo la somma totale di Euro 70.330,60 dai rapporti personali intestati alla socia garante in virtù del diritto di ritenzione convenzionalmente pattuito dalla stessa ricorrente con la banca resistente.*

*A questo proposito la banca rileva, in particolare, che:*

- a) *l'intermediario ha provveduto al realizzo dei titoli depositati nella polizza in virtù del diritto di ritenzione stabilito all'art.5 del contratto di deposito titoli stipulato (122/2435031) in data 18/10/10 ed ha poi compensato i suoi crediti con il netto ricavo della vendita (pari a euro 59.858,59);*
- b) *tali clausole sono state espressamente approvate dal cliente;*



c) *ha comunicato alle parti le suddette operazioni a mezzo lettera raccomandata del 21 agosto 2012, indicando di aver imputato i relativi importi a decurtazione del proprio maggior credito.*

*Con riferimento alla doglianza relativa alla mancata preventiva escussione della garanzia del Consorzio fidi, l'intermediario riferisce che la garanzia prestata dal Consorzio ha carattere meramente sussidiario e può essere escussa soltanto dopo che la Banca abbia esperito le opportune azioni di recupero del credito sia nei confronti del debitore principale che dei coobbligati.*

*Alla luce di quanto precede, le due ricorrenti chiedono al Collegio :*

*-la restituzione in favore della socia ricorrente della somma di € 70.330,60;  
-in via subordinata, di condannare l'intermediario alla preventiva escussione delle garanzie appositamente rilasciate Consorzio, e solo sussidiariamente i beni personali della ricorrente, previa le restituzione della somma illegittimamente compensata;*

*-"in ogni caso" la restituzione della somma di € 10.472,01 a suo tempo depositata dalla socia ricorrente sul proprio conto corrente personale di cui l'intermediario si è illegittimamente appropriato;*

*-il risarcimento dei danni patiti dalla ricorrente per non aver potuto disporre delle somme poste compensazione.*

*L'intermediario chiede invece che il ricorso sia rigettato in quanto infondato.*

*La controversia sottoposta al giudizio del Collegio impone di affrontare due ordini di questioni:*

- 1) il primo consiste nello stabilire se la banca abbia correttamente agito nel revocare gli affidamenti concessi alla società ricorrente;*
- 2) il secondo richiede invece di indagare se la banca abbia correttamente agito per ottenere il pagamento di quanto dovuto dalla società debitrice.*

*Il primo ordine di problemi riguarda la sussistenza o meno dei presupposti per ravvisare, nel caso che occupa, una c.d. "rottura brutale del credito". Si tratta, come noto, di una figura elaborata dalla giurisprudenza di merito per censurare comportamenti della banca che, pur senza incidere sul suo diritto di recedere in ogni momento dal rapporto di credito con la clientela, per le modalità con le quali tale diritto viene in concreto esercitato debbono ritenersi contrarie al principio di buona fede e correttezza che in ogni momento deve informare la condotta delle parti di un contratto.*



*Nella specie, appare pacifico che, ad agosto 2012, la posizione economica della società ricorrente abbia subito un deterioramento registrando uno scoperto di euro 15.152,21 sul rapporto di apertura di credito in conto corrente n. 2/80 fino a 15.000.00 euro e n. 9 rate impagate nell'ambito del finanziamento chirografario di euro 100.000.*

*Dalla documentazione allegata si rileva che l'intermediario ha comunicato ai ricorrenti l'intervenuta revoca del fido con un telegramma dell'8.8.2012, mentre non sembrerebbe essere intervenuta alcuna comunicazione preventiva alla revoca dei fidi. Tale circostanza, tuttavia, se può incidere sulla decorrenza degli effetti della revoca, non sembra di per sé sufficiente a configurare la fattispecie di rottura brutale del credito, atteso che nella specie sembrano sussistere i presupposti (i.e. deterioramento della situazione economica del debitore) che giustificano la decisione della banca di recedere dall'apertura di credito a suo tempo concessa alla società ricorrente.*

*Più delicato e controverso si presenta, invece, il secondo ordine di questioni sollevato nel ricorso, il quale attiene alle peculiari modalità attraverso le quali la banca, una volta revocate le linee di credito, ha provveduto ad ottenere dagli odierni ricorrenti - nella loro rispettiva qualità di debitore principale e di garante - il pagamento del credito complessivamente vantato nei loro confronti.*

*In particolare, l'attenzione s'incentra su quelle clausole contenute, rispettivamente, nell'art. 5 del contratto di deposito e amministrazione di strumenti finanziari e nell'art. 10 del contratto di conto corrente, entrambe sottoscritte espressamente dal socio garante. La prima di tali clausole (art. 5) prevede un "diritto di ritenzione" e di conseguente realizzo dei titoli in favore della banca allorchè - in presenza di una pluralità di rapporti tra banca e cliente - il saldo del rapporto di conto corrente risulti negativo e il cliente non provveda, nonostante l'invito della banca, a ripianare lo scoperto.*

*La seconda clausola (art. 10), denominata "diritto di garanzia", prevede che la banca abbia un "diritto di ritenzione sui titoli o valori di pertinenza del cliente, comunque detenuti dalla Banca stessa" a garanzia di qualunque suo credito, già in essere o che dovesse sorgere in futuro verso il cliente. Tra le pattuizioni rilevanti mette conto ricordare, poi, anche l'art. 11 delle norme che regolano il rapporto di conto corrente, il quale consente alla banca di avvalersi della compensazione fra*



*più rapporti o conti di qualsiasi genere o natura intercorrenti con il medesimo cliente.*

*Ricostruito in questi termini il quadro delle previsioni negoziali che regolano i rapporti fra le parti ed essendo pacifico che tutte le pattuizioni sopra riportate sono state specificamente approvate dal cliente ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1341 c.c., si tratta a questo punto d'interrogarsi circa la natura e la validità del c.d. "diritto di ritenzione" invocato nella specie dalla banca resistente, la quale lo ha utilizzato dapprima per vendere i titoli presenti nel conto di deposito intestato al socio garante; poi, in un secondo momento, per soddisfarsi sul ricavato compensando il proprio debito (di restituzione verso il correntista garante con il credito derivante dagli affidamenti concessi alla società garantita.*

*Orbene, a prescindere dal nomen iuris utilizzato dalle parti per descrivere il contenuto della clausola in esame, non par dubbio che le prerogative attribuite alla banca vadano al di là delle funzioni e dei limiti che a quel diritto si è soliti assegnare. Infatti, come rilevato in dottrina, il diritto di ritenzione non attribuisce alcun potere sul bene, di cui non si acquista la proprietà, né la disponibilità, né l'uso, ma solo è in grado di indurre il debitore ad adempiere, al fine di rientrare nella disponibilità della cosa (Gazzoni, Manuale di diritto privato, XIV Edizione, ESI, 2009, pag. 676-678). Del pari la Suprema Corte (Cass. 4 aprile 1986, n.2330) ha sancito, da un lato, l'impossibilità per il retentor di appropriarsi dei frutti o di imputarli al soddisfacimento del proprio credito; dall'altro, ha affermato nel contempo l'obbligo di conservare integre le ragioni del debitore prevedendo in capo al retentor un generico obbligo di custodia della cosa ritenuta e, qualora questa produca frutti deteriorabili, un obbligo di raccolta e consegna degli stessi al debitore-proprietario.*

*Appare dunque evidente come, nel caso che occupa, il collegamento operato tra le diverse previsioni negoziali sopra richiamate vada ben al di là della funzione e dei limiti che caratterizzano il mero diritto di ritenzione, nella misura in cui attribuisce alla banca - al ricorrere di determinate condizioni - il diritto di vendere i titoli presenti nel conto di deposito del cliente e di soddisfarsi sul netto ricavo.*

*Stando così le cose, lo scopo che in tal modo le parti sembra abbiano voluto realizzare è quello di costituire una sorta di garanzia atipica in favore della banca assimilabile, quoad effectum, al pegno c.d. omnibus previsto dall'art. 10 delle Condizioni Generali ABI relative al rapporto banca cliente pubblicate nel febbraio*



*del 2005 e significativamente rubricato “diritto di garanzia”. Tuttavia, sono note le perplessità sollevate dalla più recente giurisprudenza di legittimità circa la validità di questa peculiare forma di pegno, la quale sarebbe affetta da nullità se e nella misura in cui ometta d'identificare, sia pure per relationem, l'oggetto della garanzia e il credito garantito (Cass. n. 7214/2009).*

*Per altro verso, non può non rilevarsi come anche in tema di garanzie valga il principio della autonomia negoziale previsto dall'art. 1321 c.c.; il che impone estrema cautela nel valutare negativamente gli interessi concretamente perseguiti dalle parti attraverso il regolamento pattizio sopra richiamato.*

*Attesa la mancanza di precedenti specifici in termini e la rilevanza sistemica della questione sottoposta al suo giudizio, questo Collegio ritiene pertanto opportuno rimettere la controversia al Collegio di coordinamento affinché si pronunci sulla validità del diritto di ritenzione invocato dalla banca.*

*P.Q.M.*

*Il Collegio, preso atto di quanto precede, rimette il ricorso al Collegio di coordinamento. ».*

## **DIRITTO**

Giova premettere che il Collegio di Coordinamento condivide appieno la valutazione già assunta dal Collegio di Roma in ordine alla insussistenza di elementi che possano indurre a considerare abusiva, o illecita, la revoca degli affidamenti operata dalla banca, dato che la società era da anni in liquidazione e quindi gli affidamenti non erano più destinati a finanziare una attività imprenditoriale, ma solo a procrastinare il rientro dal debito accumulato e posto che sia il debitore principale sia il garante stavano invece rallentando la corresponsione dei pagamenti promessi; così come il Collegio di Coordinamento condivide appieno la considerazione per cui dalla documentazione allegata al procedimento emerge con chiarezza che la garanzia prestata dal Consorzio Fidi, aveva carattere esplicitamente sussidiario sicché la domanda delle ricorrenti volta ad ottenere la declaratoria della necessità della preventiva escussione del Consorzio non può essere accolta, ponendosi in diametrico contrasto con le risultanze documentali.



Chiarito ciò, il Collegio di Coordinamento deve concentrare l'attenzione sul tema che gli è stato esplicitamente sottoposto e che consiste nel valutare la validità della clausola contrattuale in forza della quale la banca ha proceduto alla vendita dei titoli depositati dalla garante presso la banca in un conto di deposito ad essa intestato ed alla successiva compensazione con il proprio maggior credito.

Al riguardo si deve considerare che non è in questione né l'esistenza né la esigibilità della garanzia personale prestata dalla ricorrente e nemmeno può esserlo, nelle circostanze del caso, l'attivazione del meccanismo della compensazione ex art. 1243 c.c.. In questione è quindi unicamente il jus vendendi esercitato dalla banca in collegamento con il diritto di ritenzione.

Al riguardo la banca ha invocato, ed invoca, la previsione contrattuale esplicitamente sottoscritta ex art. 1341 c.c. dalla ricorrente. Tale clausola è contenuta nell'art. 5 del contratto di deposito titoli stipulato ed è così formulata: «1. Quando esistano tra la Banca ed il Cliente più rapporti di qualsiasi genere o natura, anche di deposito, ancorché intrattenuti presso altre Dipendenze italiane ed estere, laddove i medesimi presentino saldi negativi, non ostante l'invito della Banca a rimuovere tale situazione, a quest' ultima senza pregiudizio per qualsiasi altro suo diritto od azione, viene riconosciuto il diritto di ritenzione e di conseguente realizzo dei titoli depositati sulla polizza e/o sub depositati presso la "Monte Titoli S.p.A." e/o altri organismi e, conseguentemente, compensare con il netto ricavo – così come previsto dall'art. 6. Commi IV e V – del suo credito e ciò in qualunque momento e senza obbligo di preavviso e/o formalità ».

E' da osservare che nei diversi contratti stipulati dalle parti ricorrenti con la Banca, il diritto di ritenzione viene evocato più volte. L'art. 10 delle Condizioni generali di conto corrente prevede infatti sotto la rubrica "diritto di garanzia" che: «la Banca è investita di diritto di ritenzione sui titoli e valori di pertinenza del cliente, comunque detenuti dalla banca stessa o che pervengano ad essa successivamente, a garanzia di qualunque suo credito – anche se non liquido ed esigibile ed anche se assistito da altra garanzia reale o personale – già in essere o che dovesse sorgere verso il cliente, rappresentato da saldo passivo di conto corrente e/o dipendente da qualunque operazione bancaria, quale ad esempio: finanziamenti sotto qualsiasi forma concessi, aperture di credito, aperture di crediti o documenti, rilascio di garanzie a terzi, depositi cauzionali, riporti, compravendita titoli o cambi, operazioni di intermediazione o prestazione di servizi. Il diritto di



ritenzione è esercitato sugli anzidetti titoli o valori o loro parte per importi congruamente correlati ai crediti vantati dalla banca.».

Le clausole in esame rivelano immediatamente di costituire una evoluzione della cosiddetta clausola di “pegno bancario” che a suo tempo venne inserita nelle Norme Bancarie Uniformi che regolano i conti correnti di corrispondenza e servizi connessi, e precisamente all’art. 5 ove si prevedeva che «L’Azienda di credito, in garanzia di qualunque suo credito verso il correntista, presente e futuro, anche se non liquido ed esigibile ed anche se cambiario, è investita di diritto di pegno e di diritto di ritenzione su tutti i titoli o valori di pertinenza del correntista che siano comunque e per qualsiasi ragione detenuti dall’Azienda di credito o pervengano ad essa successivamente».

Giova quindi sottolineare che le clausole in esame non menzionano il diritto di pegno, ma accanto alla ritenzione prevedono che la banca acquisisca un diritto di realizzo, che in verità vuol dire un diritto a vendere direttamente i titoli e gli altri strumenti finanziari di “pertinenza” del cliente. Si deve anche considerare che la ritenzione è spesso volte associata con il conferimento di un privilegio (ritenzione privilegiata) e ciò comporta problemi che attengono alla graduatoria dei privilegi del credito, tuttavia simile problema è estraneo al thema decidendum in questa sede, posto che nel caso in esame in non si profilano problemi collegati ad interessi di terzi, ma un puro problema di validità degli atti di esercizio del jus vendendi posti in essere dalla banca convenuta.

E’ pertanto nel solo contesto della questione di validità di tali atti che l’analisi demandata al Collegio di Coordinamento deve essere svolta.

Al riguardo il primo punto degno di attenzione è costituito dalla correlazione tra ritenzione e diritto di vendita che nel testo contrattuale in esame si esprime nella stringa: (alla banca) “viene riconosciuto il diritto di ritenzione e di conseguente realizzo dei titoli depositati”. Sennonché simile stringa linguistica appare eminentemente contraddittoria. Infatti è ben assodato dall’unanime insegnamento della dottrina (italiana, ma anche francese, spagnola e tedesca) che il diritto di ritenzione significa solo il diritto di rifiutare la restituzione dovuta. Tale diritto può essere arricchito ex lege da un privilegio; può estendersi a prestazioni diverse da quella restitutoria, come previsto dal § 273 del BGB tedesco, ma in nessun modo ed in alcun caso alla sussistenza di un diritto di ritenzione consegue il jus vendendi. Anche il diverso diritto di far vendere secondo le regole di cui all’art.



2797 che è previsto all'art. 2756, 3° comma, c.c. si connette alla sussistenza di un privilegio speciale e non al diritto di ritenzione. Il diritto di vendere un bene è infatti una prerogativa del suo proprietario, prerogativa che eccezionalmente può essere trasferita, ma in forme limitate, a chi abbia acquistato dal proprietario un diritto reale di garanzia sul bene stesso, ma il diritto di ritenzione non è e non può essere un diritto reale, posto che esso si collega a, e dipende da, una posizione di mera detenzione. Può anche accadere che il diritto di disporre sia conferito dal proprietario ad altri mediante mandato, ma ciò richiede almeno la identificazione degli elementi costitutivi dello specifico negozio posto in essere, essendo ovvio che sotto il nomen "mandato" si registra una vasta pluralità di fattispecie produttive di effetti giuridici diversificati. Pertanto, la posizione di detenzione, anche quando si trasforma in seguito all'esercizio del diritto di ritenzione da detenzione per ragioni di servizio in detenzione nell'interesse proprio, è del tutto insufficiente ad attribuire il diritto di alienare, sicché le operazioni di vendita poste in essere dal detentore configurano la fattispecie della appropriazione indebita ex art. 646 del Codice Penale (Cass. pen. 17.5.2001, n. 273561). Per completezza si aggiunga che non è invocabile per incrinare la saldezza sistematica di tale conclusione, l'ipotesi di cui all'art. 1800, 2° comma, c.c., perché in tale ipotesi si considera non un diritto, ma un dovere ed anche in altre ipotesi il salvataggio dell'interesse del proprietario attraverso la vendita del bene deteriorabile detenuto si accosta alla negotiorum gestio suonando quindi a conferma e non a smentita di quanto osservato.

Ciò posto è da considerare che la contraddittorietà logica della specifica clausola invocata dalla resistente è qualità che rileva sotto due profili, ossia sotto un profilo semantico, come sotto il profilo della compatibilità dei suoi effetti giuridici con i principi e le norme inderogabili dell'ordinamento giuridico.

L'esame del profilo semantico è imposta dalla positivizzazione del dovere di trasparenza che incombe su chi predispone le condizioni generali di contratto, o redige moduli o formulari contrattuali. Tale dovere, nei rapporti di consumo, si traduce in quello di formulare le clausole contrattuali in modo chiaro e

---

<sup>1</sup> Cass. pen., sez. II, 17-05-2001. "La condotta del titolare del diritto di ritenzione che non rispetti le formalità per la vendita della cosa sulla quale vanta un privilegio, integra gli estremi dell'appropriazione di cui all'art. 646 c.p. in quanto, in tal modo, muta illegittimamente la destinazione della cosa poiché il bene non viene conservato secondo le finalità consentite dalla legge ma viene fatto proprio in contrasto con la disciplina civilistica del diritto di ritenzione o comunque al di fuori della medesima."



comprensibile, ma è da tempo osservato come il dovere di trasparenza operi con particolare incisività nei settori bancario, finanziario ed assicurativo. Per quanto qui rileva basterà indicare le norme del capo I, Tit. VI del TUB ed il criterio generale da esse ricavabile; la Deliberazione CIRC del 4 marzo 2003, nonché la espressa previsione di cui all'art. 21 (lettera a) TUF che impone ai soggetti abilitati alla prestazione dei servizi ed attività di investimento ed accessori (tra cui quelli di custodia e amministrazione di strumenti finanziari e relativi servizi connessi, ex art. 1, c. 6) di comportarsi con correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati.

Sotto il profilo indicato i difetti della clausola in esame sono evidenti. Trasparenza infatti significa essenzialmente che il testo contrattuale predisposto da una parte e proposto immodificabilmente all'altra debba essere apprezzato anzitutto come un messaggio mediante il quale il predisponente comunica all'oblatore quale sia la fattispecie che per comune consenso viene posta in essere e quali siano i suoi effetti giuridici ed economici. Ora, nel contesto semantico dei contratti in questione si deve considerare che anche il destinatario del messaggio più provveduto non è in grado di comprendere quale sia la base giuridica, ovvero la causa, del jus vendendi attribuito alla banca e quali siano quindi i limiti in cui tale diritto può essere esercitato. Anzi, è da rilevare come, sempre sotto il profilo comunicazionale, che la stringa: (alla banca) "viene riconosciuto il diritto di ritenzione e di conseguente realizzo dei titoli depositati", appare da un lato giocata sulla notoria elusività della nozione di "ritenzione" - di cui si dirà più avanti - e, dall'altro lato, sulla sorprendente latitudine del diritto di vendita conferito alla banca. Infatti è da osservare che le clausole contrattuali rilevanti nel caso di specie sono redatte in modo da ricondurre necessariamente la base giuridica del diritto di vendere i titoli del cliente ad un diritto di proprietà. Agendo sulla falsariga del diritto di far vendere che viene attribuito al creditore pignoratizio ex artt. 2796, 2796 c.c., la clausola è infatti redatta in modo da eliminare tutti i limiti che definiscono il diritto di far vendere il bene esercitabili dal creditore pignoratizio e ed anzi tendono ad eliminare i limiti entro i quali può essere costituita una garanzia pignoratizia. Basti al riguardo osservare come dall'insieme dei dati testuali si ricava che l'oggetto della ritenzione e conseguente realizzo sono "tutti i titoli e valori" ambigualmente identificati come "di pertinenza del cliente", comunque detenuti dalla banca stessa sia in virtù di deposito titoli (confusoriamente



denominato “polizza”) “e/o sub depositati presso la “Monte Titoli S.p.A.” e/o altri organismi”, mentre il diritto a vendere viene evocato mediante il termine volutamente atecnico, ma altamente generico di “realizzo”. Se a ciò si aggiunge che conformemente alla tradizione storica di simili clausole, il credito garantito è identificato come “saldi negativi” (per il cliente) derivanti da “rapporti di qualsiasi genere o natura”, specificandosi in negativo che tale credito può essere anche non liquido ed esigibile, ed omettendo di ricordare che deve essere certo, si ottiene un quadro in cui non solo si perde ogni rapporto di reciprocità e connessione tra il credito del retentor e la res detenuta, che è alla base del diritto di ritenzione, ma si amplia la lacuna relativa al fondamento giuridico del jus vendendi attribuito senza limite alcuno alla banca.

In definitiva sotto il profilo della trasparenza delle condizioni contrattuali le clausole sulla base delle quali la banca ha agito si rivelano più che difettose perché rimane del tutto incomprensibile la causa della attribuzione alla banca del diritto di vendere titoli e valori che le sono stati affidati a fini di custodia, o di intermediazione.

A ciò si aggiunga che altro e più generale difetto di trasparenza di simili clausole è da individuarsi nel loro mancato aggiornamento anche da un punto di vista lessicale. E' ben noto infatti che il settore dei servizi di custodia ed amministrazione di titoli e valori mobiliari ha subito una incisiva evoluzione in dipendenza dai grandi fenomeni di dematerializzazione ed internazionalizzazione che lo hanno coinvolto, e ciò non soltanto in direzione della profonda riforma della disciplina giuridica, ma anche in direzione di una altrettanto profonda revisione del lessico tecnico settoriale. Da quest'ultimo punto di vista è ovvio che l'aver preservato nella modulistica il lessico di 30 anni or sono, produce un effetto confondente che è l'esatto opposto della trasparenza se per trasparenza contrattuale deve intendersi l'indicazione ragionevolmente chiara e precisa della fattispecie che si pone in essere.

In definitiva, se la vertenza riguardasse un consumatore, la nullità della clausola per difetto di chiarezza sarebbe conclusione inevitabile e ciò riassorbirebbe anche la ovvia osservazione per cui il (molto) significativo squilibrio che essa introduce a carico del cliente nei diritti e negli obblighi derivanti dal contratto di conto corrente e di deposito titoli la rende immediatamente qualificabile come vessatoria.



Nel caso di rapporti con i non consumatori è opportuno procedere ad una analisi più attenta della compatibilità degli effetti giuridici delle clausole in esame con i principî e le norme inderogabili dell'ordinamento giuridico. Infatti nei rapporti tra imprese ogni messaggio deve essere collocato in un contesto semantico integrato dalle comuni regole di interpretazione dei contratti, tra cui figura il principio di conservazione in virtù del quale può apparire in ipotesi proponibile una lettura della clausola sopra riferita che corregga la sicura illogicità della locuzione "e di conseguente", configurando l'attribuzione pattizia alla banca di due separati diritti: il diritto di ritenzione ed il diritto di vendere. La possibilità di simile lettura è corroborata dalla constatazione che nelle svariate ipotesi in cui ricorre legislativamente un diritto di ritenzione ve ne sono alcune in cui a tale diritto si aggiunge un diritto a vendere il bene ritenuto; ipotesi che debbono essere intese non mai nel senso che al primo diritto consegue il secondo - correlazione, come si è detto, logicamente impossibile - ma nel senso che il legislatore ha provveduto ad attribuire ad un medesimo soggetto l'uno e l'altro diritto.

L'ammettere questa possibilità comporta tuttavia che l'analisi di compatibilità della clausola in esame con i principî e le regole inderogabili dell'ordinamento giuridico deve sdoppiarsi per prendere in considerazione analiticamente l'uno e l'altro diritto.

Riguardo alla ritenzione giova ribadire che non si possono porre problemi di incompatibilità tra il diritto di ritenzione e l'ordinamento sino a quando si rimane nell'ambito dei crediti che banca vanta verso il cliente per spese connesse alla esecuzione del contratto di deposito o alla esecuzione del contratto di mandato perché in tale ambito il combinato disposto degli artt. 2761 commi 2° e 3° e dell'art. 2756 comma 3°, quest'ultimo espressamente richiamato al comma 4° dell'art. 2761, prevedono esattamente che il creditore sia munito di ritenzione ed, inoltre di privilegio ed, anche, di diritto di procedere alla vendita nei limiti previsti per la vendita del pegno. E' però necessario sottolineare che nell'ipotesi anzidette non rileva solo la natura della fonte legale, e non negoziale, di tali diritti, rileva anche la ratio della norma la quale come ben si chiarisce in sede di interpretazione storica si collega alla interdizione, nota sin dal diritto romano, della condotte caratterizzate da dolo e specularmente alla imposizione di obblighi di buona fede, rationes che convergono nell'indicare come non sia onesto servirsi dell'opera del vettore, del mandatario, o del depositario e poi richiedere la



restituzione della res oggetto di tali servizi senza pagare il corrispettivo dovuto, o senza ottenere apposito credito.

I problemi sorgono quando si fuoriesce dal quadro legislativo per fondare il diritto di ritenzione su base puramente contrattuale ed eliminando lo speciale rapporto di reciprocità e connessione tra causa del credito e bene oggetto di ritenzione, perché in tal caso il medesimo diritto di ritenzione non si collega affatto al principio di buona fede, ma acquista una causa ed una funzione di garanzia. Giova inizialmente precisare che il termine garanzia è qui assunto in senso molto generico perché sino a che il diritto di ritenzione rimane a se stante ed ad esso non si addiziona un diritto di preferenza, o, un diritto di vendita, la funzione di garanzia si riduce alla pressione che il suo esercizio induce sulle scelte del debitore, il quale, se è razionale, è facilmente spinto a pagare quanto dovuto al retentor. Collocandosi sul piano realistico dei fatti tale pressione è tanto più acuta quanto più sia elevata la differenza tra il valore economico del bene di cui si vuole recuperare il possesso e l'ammontare del debito da assolvere (come normalmente accade nelle ipotesi di trasporto, mandato e deposito), ma ciò non significa che possa parlarsi di garanzia e tanto meno di garanzia reale in senso giuridico. A contrario queste stesse ragioni indicano che allorquando il diritto di ritenzione sia sganciato dal requisito di connessione tra il credito e la res detenuta e sia accoppiato con il jus vendendi, allora la sovrapposizione funzionale con le garanzie reali, ed in particolare con il pegno, si impone ed il problema del se ad un diritto di ritenzione così modificato debba essere riconosciuta la qualificazione di diritto di garanzia in senso proprio, diviene la tipica disquisizione alla don Ferrante.

La dottrina ha dibattuto se la ritenzione prevista dalle NBU potesse configurare un pegno totalmente anomalo e pertanto inammissibile, e ha condotto la discussione in riferimento al criterio del numero chiuso e semichiuso dei diritti reali di garanzia, oltre che in riferimento al divieto di introdurre pattiziamente forme di autotutela. In tale contesto tuttavia la necessità che il negozio costitutivo del pegno consenta di identificare, sia pure per relationem, l'oggetto del pegno stesso, è parsa un ostacolo insuperabile posto che nelle clausole cosiddette di "pegno bancario", a differenza di quanto accade nel pegno rotativo, la garanzia si costituisce su un insieme flottante che contempla l'indistinzione dei beni che compongono l'oggetto della garanzia.



Forse però il tema merita di essere rimeditato alla luce delle notevoli innovazioni che sono state introdotte nel nostro sistema giuridico in tempi relativamente recenti.

Va anzitutto chiarito che rispetto ai titoli dematerializzati, ormai quasi tutti, la ritenzione ha mutato fisionomia. Ammesso, anche se non facilmente concesso, che la banca depositaria possa ancora dirsi “in detenzione” dei titoli dei clienti collocati in un deposito titoli in amministrazione ex art. 1838 c.c., si deve osservare che il diritto di ritenzione non si esercita mediante il rifiuto, legittimo, di restituire i titoli quando la restituzione sia richiesta, ma si manifesta necessariamente nel rifiuto di eseguire un ordine di trasferimento degli strumenti finanziari dal proprio conto al conto di altro intermediario; in sostanza il diritto di ritenzione si manifesta necessariamente sotto forma di blocco alla circolazione di strumenti finanziari.

Altra rilevante innovazione deriva dalla introduzione nel nostro ordinamento, come degli altri ordinamenti europei, del contratto di garanzia finanziaria previsto e disciplinato dal D.p.r. 170/2004 che recepisce la Direttiva 2002/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio 6 giugno 2002. Ricordato che tale disciplina non si applica ai consumatori, ma alle imprese, sempre che la loro controparte sia una istituzione finanziaria o una istituzione pubblica, si deve porre in rilievo che essa consente al creditore garantito di ricorrere al close out netting sia quando la garanzia finanziaria è stata costituita nella forma del trasferimento della proprietà degli strumenti finanziari, sia quando su di essi si sia costituito un diritto di pegno. In entrambi i casi tuttavia si richiedono due soli elementi costitutivi delle fattispecie: in primo luogo il contratto di garanzia finanziaria deve assumere forma scritta, in secondo luogo è necessario che il contratto sia stato eseguito ex latere debitoris (o dal terzo datore). Ancora, è da porre in rilievo la possibilità per il creditore pignoratorio di procedere alla vendita degli strumenti finanziari ricevuti in pegno ed alla successiva compensazione secondo la procedura convenuta nel contratto costitutivo della garanzia e quindi anche in deroga alle forme della vendita prevista dall'art. 2797 c.c., salvo il limite della ragionevolezza commerciale delle condizioni di realizzo delle attività finanziarie. Se a ciò si aggiunge la notevole ampiezza della nozione di obbligazione finanziaria garantita che può comprendere obbligazioni future, condizionate o potenziali, i tratti caratteristici della disciplina della garanzia finanziaria sembrano riprodurre i punti nodali della clausola tradizionale di pegno o garanzia bancaria. In ogni caso si deve constatare che in tema di garanzie



finanziare si è imposto un cospicuo ampliamento dell'area di autonomia privata, e correlativamente si è statuito anche che le pattuizioni private possono essere fonti di rimedi di autotutela, superandosi la tradizionale diffidenza verso la stessa.

Ricordato ciò, il Collegio tuttavia non ritiene che la nuova disciplina delle garanzie finanziaria di origine europea possa eliminare i dubbi circa la validità della clausola che è oggetto del presente esame. Al contrario, il Collegio ritiene che un confronto tra i due modelli sottolinei la incompatibilità delle cosiddette clausole di pegno o garanzia bancaria sviluppate in seno alle prassi contrattuali nazionali, sia con l'interesse del cliente sia con l'integrità dei mercati. Al riguardo basterà rilevare che nel modello europeo le garanzie finanziarie si costituiscono in modo palese nel senso che la loro presenza deve emergere dalla registrazioni di sistema, mentre le tradizionali garanzie bancarie sono del tutto occulte, anche nel senso che il cliente stesso non è necessariamente edotto della loro presenza. Le garanzie finanziarie si costituiscono mediante sicuri trasferimenti di proprietà, o la costituzione di un altrettanto sicuro diritto reale di garanzia che siano già effettuati mediante il compimento di atti equivalenti alla "traditio" degli strumenti finanziari oggetto della garanzia in forza dei quali tali beni si collochino nella sfera di controllo del creditore garantito che è comunque autorizzato ad utilizzarli. Pertanto si deve sottolineare che l'oggetto del contratto di garanzia finanziaria è perfettamente individuato dal suo avvenuto trasferimento, mentre nelle clausole in esame vi è indistinzione dei beni che compongono l'oggetto della garanzia, i quali sono anche incertamente individuabili in base alla loro "pertinenza" al cliente ed alla "detenzione" da parte della banca.

Ciò che è essenziale rilevare è che come già rilevato il diritto di ritenzione previsto dalle clausole in esame si risolve in un potere di blocco esercitato dalla banca depositaria sugli strumenti finanziari depositati. Sotto questo profilo si deve rilevare che uno dei principi animatori del modello europeo delle garanzie finanziarie si coglie nell'intento di non assortire i diritti sugli strumenti finanziari in forme tali da ostacolare la loro rapida circolazione sul mercato. Proprio a tale fine, nel caso di garanzia finanziaria di tipo pignoratorio, tale diritto è attribuito al creditore, con l'obbligo di garantire la restituzione del tantundem, ma è sempre configurato come un diritto compatto. Simile assetto del modello europeo di garanzia finanziaria è conforme ai principi essenziali che regolano la titolarità e la circolazione degli strumenti finanziari in base alla disciplina di cui al D.lgs 24



febbraio 1998, n. 58 e succ. integrazioni (TUF). Si ricorda infatti che nel contratto di gestione del portafoglio, ma anche, a fortiori, nel caso in cui il servizio di investimento si limiti alla esecuzione di ordini per conto del cliente, sono nulli per espressa previsione di cui all'art. 24 TUF i patti che contrastino il diritto del cliente di impartire istruzioni vincolanti in ordine alle operazioni da compiere. In entrambi i casi l'interesse tutelato è quello del buon funzionamento dei mercati finanziari.

Nell'assetto attuale non sembra che il diritto di ritenzione che si riduca ad un potere di blocco ed il diritto di vendere separato dalla proprietà dei titoli e quindi concomitante con il naturale di disporre del proprietario siano conformi ai principi ed alle regole inderogabili del sistema; indubbiamente non sono conformi al dovere di servire al meglio l'interesse del cliente e di agire per l'integrità dei mercati. A ciò si aggiunga che attribuire alla banca un diritto di ritenzione accoppiato ad uno jus vendendi equivale a conferire alla banca una posizione di garanzia reale che, almeno in teoria, può essere esercitata in surrogazione dai suoi creditori e ciò manifesta un contrasto netto e palese con quanto disposto dall'art. 22 TUF che impedisce azioni dei creditori dell'intermediario "sugli strumenti finanziari dei singoli clienti a qualsiasi titolo detenuti dalla banca", i quali sono infatti configurati come patrimonio separato.

In definitiva il Collegio deve ritenere che la clausola invocata dalla banca nel caso in esame, per legittimare il suo agire appare da molti punti di vista e per una pluralità di ragioni: nulla. In particolare in riferimento al jus vendendi apparentemente attribuito alla banca, si deve osservare che rimanendo del tutto astratta la causa della attribuzione di una facoltà dominicale, la clausola in esame non può essere considerata produttiva di effetti giuridici.

Da tale accertamento tuttavia non consegue esattamente l'obbligo alla restituzione di quanto è stato ricavato dalla vendita dei titoli di proprietà della ricorrente. Infatti dall'accertamento anzidetto discende che la banca ha agito illegittimamente nel convertire i titoli altrui in numerario, ma non discende che la banca debba perdere il suo diritto di credito che rimane del tutto impregiudicato e nemmeno che debba rinunciare alla compensazione. Ciò che discende da quanto sino a qui si è accertato è che la ricorrente ha diritto alla reintegrazione dei titoli venduti nel suo deposito. Dagli atti del procedimento non emerge alcunché possa illuminare circa la natura dei titoli venduti, ma dall'atteggiamento complessivo delle parti e dalla assenza di contestazioni relative ad un pregiudizio economico subito



Arbitro Bancario Finanziario  
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

in seguito ad una vendita intempestiva, si può presumere che si trattasse di titoli facilmente liquidabili. Ciò può spiegare la ragione per cui è stata chiesta non la reintegrazione dei titoli, ma solo la corresponsione del loro controvalore, la domanda però deve essere intesa e può essere accolta nei limiti in cui sussiste il diritto fatto valere.

**P.Q.M.**

**Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'intermediario provveda, ai sensi di cui in motivazione, a reintegrare nel deposito della seconda ricorrente i titoli venduti, salvo i diritti di credito spettanti all'intermediario stesso.**

**Dispone inoltre che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di Euro 200,00 (duecento/00) quale contributo alle spese della procedura e al ricorrente di Euro 20,00 (venti/00) quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.**

**IL PRESIDENTE**

Firmato digitalmente da  
GIUSEPPE MARZIALE