

COLLEGIO DI NAPOLI

composto dai signori:

(NA) MARINARI	Presidente
(NA) CARRIERO	Membro designato dalla Banca d'Italia
(NA) PARROTTA	Membro designato dalla Banca d'Italia
(NA) PICARDI	Membro designato da Associazione rappresentativa degli intermediari
(NA) BARTOLOMUCCI	Membro designato da Associazione rappresentativa dei clienti

Relatore PICARDI LUCIA

Nella seduta del 24/03/2015 dopo aver esaminato:

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

FATTO

La vicenda sottoposta all'esame del Collegio s'incentra sulla valutazione della legittimità o meno della vendita da parte dell'intermediario di titoli intestati al ricorrente e della conseguente compensazione fra il ricavato e il saldo negativo di un conto corrente dello stesso ricorrente. I fatti alla base del procedimento possono essere così riassunti.

Con ricorso presentato il 12 settembre 2014, preceduto da reclamo inoltrato con nota dell'8 luglio 2014 e riscontrato dall'intermediario il 28 agosto successivo, il ricorrente, titolare del predetto rapporto di conto corrente presso il resistente, lamenta di aver subito da parte di quest'ultimo "l'improvvisa ed arbitraria liquidazione" dei propri titoli azionari in giacenza, a parziale compensazione – mediante il ricavato della vendita – del saldo negativo del conto corrente medesimo, pari a € 2.030,76, con corresponsione dell'eccedenza di € 943,24 a mezzo assegno. Stigmatizza che tale operazione non gli sia stata comunicata né preventivamente, né successivamente, nonostante i numerosi tentativi posti in essere per ottenere maggiori informazioni, fra cui, da ultimo, l'invio della raccomandata a/r del 25 maggio 2014. Evidenzia altresì di non aver ricevuto copia, oltre che della documentazione relativa alla vendita dei titoli, di quella sul rapporto di conto corrente, con particolare riferimento agli estratti conto dell'ultimo triennio. Afferma che la condotta tenuta dall'intermediario nel caso di specie integra un abuso del diritto, data

l'assenza di un'espressa clausola contrattuale che autorizzi la vendita dei titoli e/o il difetto della dovuta informativa circa l'operazione. Chiede, quindi, all'Arbitro di accertare l'illegittimità della condotta dell'intermediario resistente, "che, liquidando i titoli senza alcuna preventiva autorizzazione o apposita comunicazione, ha violato il principio della buona fede nella fase di esecuzione del contratto; di disporre, inoltre, la restituzione dell'importo di € 2.30,76 "arbitrariamente trattenuto".

L'intermediario, tempestivamente costituitosi, conferma nelle proprie controdeduzioni che i fatti di cui è controversia riguardano la compensazione, intervenuta in data 19 febbraio 2014, fra il saldo di un deposito di titoli in amministrazione, di ammontare pari a € 2.992,71, e il saldo negativo del conto corrente intestato al ricorrente, pari a € 2.038,89, la cui differenza – al netto di spese e competenze – era stata liquidata allo stesso ricorrente a mezzo di assegno circolare di € 943,24.

Quanto alla richiesta di documentazione avanzata in sede di reclamo (copia degli estratti di conto corrente relativi all'ultimo triennio), l'intermediario dichiara di aver fornito riscontro il 28 agosto 2014 mediante raccomandata a.r.

Venendo al merito della controversia, l'intermediario medesimo rappresenta che il saldo relativo al conto corrente risultava a debito già dal 2007 e che vani erano risultati tutti i tentativi di procedere al recupero bonario del credito. Afferma di aver inviato al ricorrente in data 18 dicembre 2012 una raccomandata a.r. contenente la richiesta di smobilizzo dei titoli a copertura del saldo negativo del conto, con intimazione che, in mancanza di riscontro, avrebbe proceduto di propria iniziativa anche nell'interesse del cliente, per evitare ulteriori interessi e spese. A fronte dell'inerzia del ricorrente, che pure era costantemente informato dell'evoluzione della situazione debitoria attraverso gli estratti conto regolarmente inviati e allegati in copia agli atti di causa, l'intermediario – ritenendo che il comportamento dilatorio del proprio cliente, anche alla luce dell'art. 1362, comma 2°, c.c., rivelasse l'assenza di qualsiasi volontà di estinguere il debito – dava corso alla compensazione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1243 e 1853 c.c. e dell'art. 5 del Contratto di conto corrente. L'intermediario afferma, quindi, di avere correttamente operato in applicazione della suddetta normativa e richiama a sostegno dell'assunto alcune pronunce dei Collegi dell'ABF (fra cui Collegio ABF di Roma, decisione n. 107/2010 e Collegio ABF di Napoli, decisione n. 146/2011), secondo le quali "se tra la banca e il cliente esistono più rapporti o più conti [...] i saldi attivi e passivi si compensano reciprocamente, salvo patto contrario". In conclusione, l'intermediario, non ravvisando profili di illegittimità nella propria condotta, chiede il rigetto del ricorso.

DIRITTO

Il Collegio è chiamato a valutare la correttezza o meno della condotta tenuta dall'intermediario resistente, il quale ha proceduto alla vendita dei titoli depositati in un conto di deposito intestato al ricorrente e alla compensazione fra il ricavato e il proprio credito. Si tratta, dunque, di verificare la legittimità del *jus vendendi* esercitato dall'intermediario in collegamento con il diritto di ritenzione.

L'intermediario ha invocato, ed invoca, la previsione contrattuale esplicitamente sottoscritta dal ricorrente ex art. 1341 c.c., secondo la quale: «1. La Banca, in garanzia di qualunque suo credito verso il Correntista, presente o 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 dalla Banca o provengano ad essa successivamente. Quando esistano tra la Banca ed il Correntista più rapporti o più conti di qualsiasi genere o natura, anche di

deposito, ancorché intrattenuti presso altre dipendenze italiane ed estere, ha luogo in ogni caso la compensazione di legge ad ogni suo effetto. Al verificarsi di una delle ipotesi di cui all'art. 1186 Cod.Civ., o comunque al prodursi di eventi che incidano o possano incidere negativamente sulla situazione patrimoniale, finanziaria o economica del Correntista, tali da costituire un indice di pericolosità per il recupero del credito vantato dalla Banca [...], quest'ultima ha altresì il diritto di valersi della compensazione ancorché i crediti, seppure in monete differenti, non siano liquidi ed esigibili» (art. 5 delle Norme che regolano i conti correnti di corrispondenza e servizi connessi).

La previsione sul diritto di ritenzione contemplata nel contratto stipulato dal ricorrente con l'intermediario riprende quella di cui all'art. 10 (Diritto di garanzia) delle Condizioni generali di conto corrente, a mente della quale «la Banca è investita del 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.».

È di tutta evidenza che le clausole in esame costituiscono una riproposizione della cosiddetta clausola di “pegno bancario” a suo tempo inserita nelle Norme Bancarie Uniformi che regolano i conti correnti di corrispondenza e servizi connessi, e precisamente dell'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».

Conformemente alla sua origine storica, la clausola contrattuale rilevante nel caso di specie non soltanto prevede il diritto di pegno, ma espressamente attribuisce un diritto di ritenzione in capo alla banca, ponendo dunque l'interrogativo se a quest'ultimo possa accompagnarsi – ancorché non menzionato espressamente – 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.

Il Collegio di Coordinamento dell'ABF, chiamato a valutare il senso della correlazione tra diritto di ritenzione e diritto di vendita talora espressamente evocata nella specifica disciplina contrattuale dei rapporti banca-cliente, ne ha evidenziato la contraddittorietà: ed «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» (decisione n. 4808/2013).

Non si può fare a meno di sottolineare che il diritto di vendere un bene è una prerogativa del suo proprietario, la quale eccezionalmente può essere trasferita, ma in forme limitate, a chi abbia acquistato dal proprietario un diritto reale di garanzia sul bene stesso; e tuttavia, non vi è chi non veda che 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.

Sempre il Collegio di Coordinamento non manca di notare che se è possibile che il diritto di disporre sia conferito dal proprietario ad altri mediante mandato, ciò richiede almeno l'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. Ne consegue che 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, al punto che le operazioni di vendita poste in essere dal detentore potrebbero addirittura configurare – secondo quanto ipotizzato dallo stesso Collegio di Coordinamento nella succitata decisione – la fattispecie dell'appropriazione indebita ex art. 646 c.p. (Cass. pen. 17.5.2001, n. 273561). La saldezza sistematica di tale conclusione non può essere incrinata neppure invocando l'ipotesi di cui all'art. 1800, comma 2°, c.c., perché in tale norma si considera non un diritto, ma un dovere; va pure aggiunto che anche in altre ipotesi il salvataggio dell'interesse del proprietario attraverso la vendita del bene deteriorabile detenuto si accosta alla *negotiorum gestio*, finendo quindi per confermare e non per smentire quanto osservato.

Fatte queste opportune premesse, il Collegio di Coordinamento – sempre nella decisione 4808/2013 – non evita di porre in luce l'incompatibilità degli effetti giuridici delle clausole in esame con i principi e le norme inderogabili dell'ordinamento giuridico.

Di là dalla «notoria elusività» della nozione di "ritenzione" e dell'indubbia difficoltà anche per il cliente più avveduto di comprendere la base giuridica, ovvero la causa, del *jus vendendi* eventualmente esercitabile dalla banca (e ciò in palese contrasto con il canone della trasparenza destinato, invece, ad operare con particolare incisività nei settori bancario, finanziario e assicurativo), merita evidenziare la latitudine della clausola contrattuale specificamente invocata dall'intermediario resistente nel caso di specie. Essa, pur non attribuendo alla banca un diritto di "realizzo", estende l'oggetto della ritenzione a "tutti i titoli e valori di pertinenza del Correntista" comunque detenuti dalla banca stessa. Se a ciò si aggiunge che il credito garantito della banca è identificato come "qualunque suo credito verso il Correntista" e la compensazione di legge è operante "quando esistono [...] più rapporti o più conti di qualsiasi genere o natura", specificandosi che tale i crediti possono essere anche non liquidi ed esigibili, ed omettendo di ricordare che devono essere certi, ne risulta un quadro in cui si perde ogni rapporto di reciprocità e connessione tra il credito del *retentor* e la *res* detenuta.

In definitiva, sotto il profilo della trasparenza delle condizioni contrattuali le clausole sopra richiamate si rivelano «difettose» a causa del «loro mancato aggiornamento anche da un punto di vista lessicale», dato che utilizzano il lessico di trent'anni or sono, in palese contrasto con la profonda riforma non solo della disciplina giuridica dei servizi di custodia e amministrazione di titoli e valori mobiliari, ma anche della revisione del linguaggio tecnico settoriale; e tanto potrebbe bastare, nelle vertenze in cui è parte un consumatore, ad affermarne la nullità per difetto di chiarezza.

Pare opportuno, tuttavia, sviluppare ulteriormente il discorso e soffermarsi analiticamente sul rapporto fra diritto di ritenzione e diritto di vendere.

Riguardo alla ritenzione, nota il Collegio di Coordinamento nella summenzionata decisione n. 4808/2013, che non si pongono 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 all'esecuzione del contratto di deposito o alla esecuzione del contratto di mandato, poiché in tale ambito il combinato disposto degli artt. 2761, commi 2° e 3°, e dell'art. 2756, comma 3° (quest'ultimo espressamente richiamato al quarto comma dell'art. 2761), prevedono esattamente che il creditore sia munito di ritenzione e, inoltre di

privilegio, nonché del diritto di procedere alla vendita nei limiti previsti per la vendita del pegno.

E tuttavia, nelle ipotesi anzidette rileva non solo la natura della fonte legale, e non negoziale, di tali diritti, ma anche la *ratio* della norma, la quale – come ben si chiarisce in sede d'interpretazione storica – si riconnette «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» (v., nuovamente, Collegio di Coordinamento dell'ABF, decisione n. 4808/2013).

È dunque evidente che il tema appare problematico quando si fuoriesce dal quadro legislativo per fondare il diritto di ritenzione su base puramente contrattuale e si elimina 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 precisare che il termine garanzia è qui assunto in senso molto generico perché sino a che il diritto di ritenzione rimane a se stante e ad esso non si accompagna 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*. Volendo condurre un'analisi realistica 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. Ad avviso del Collegio di Coordinamento, discende da queste stesse ragioni che qualora 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, invece, «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».

Non è superfluo richiamare il dibattito dottrinale se la ritenzione prevista dalle NBU potesse configurare un pegno totalmente anomalo e pertanto inammissibile, 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. Va aggiunto, peraltro, che la necessità che il negozio costitutivo del pegno consenta di identificare, sia pure *per relationem*, l'oggetto del pegno stesso, è persa 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.

Una rimeditazione del tema alla luce delle notevoli innovazioni introdotte nel nostro sistema giuridico in tempi relativamente recenti non sembra, tuttavia, incrinare la conclusione della non conformità ai principi e alle regole inderogabili del sistema del diritto di ritenzione e del diritto di vendere separato dalla proprietà dei titoli.

Occorre anzitutto «chiarire 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». Non sembra, però, che il diritto di ritenzione previsto dalle clausole in esame si riduca ad un mero potere di blocco. A tale rilievo «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» (v., ancora, Collegio di coordinamento dell'ABF, decisione n. 4808/2013).

In definitiva, il Collegio deve ritenere che la clausola invocata dalla banca nel caso in esame sia illegittima.

Dall'accertamento della conseguente illegittimità del comportamento tenuto dall'intermediario, tuttavia, non deriva esattamente l'obbligo alla restituzione di quanto è stato ricavato dalla vendita dei titoli di proprietà del ricorrente. Infatti, dall'accertamento anzidetto discende che l'intermediario ha agito illegittimamente nel convertire i titoli altrui in numerario, ma non che lo stesso debba perdere il suo diritto di credito che rimane del tutto impregiudicato e nemmeno che debba rinunciare alla compensazione. In altri termini, quanto sino a qui si è accertato conduce a riconoscere a favore del ricorrente il 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 dall'assenza di contestazioni relative ad un pregiudizio economico subito 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.

In parziale accoglimento del ricorso, il Collegio dichiara l'intermediario tenuto, nei sensi di cui in motivazione, a reintegrare nel deposito della ricorrente i titoli venduti, salvo i diritti di credito spettanti all'intermediario stesso.

Il Collegio dispone inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di € 200,00 quale contributo alle spese della procedura e al ricorrente la somma di € 20,00 quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
MARCELLO MARINARI