

► A.B.F., coll. coord., 20.9.2013, n. 4808

CONTRATTI BANCARI - DEPOSITO TITOLI IN AMMINISTRAZIONE - CLAUSOLA ATIPICA DI «RITENZIONE E REALIZZO» - QUALIFICAZIONE GIURIDICA - NULLITÀ - SUSTENENZA (cod. civ., artt. 1838, 2756, 2761, 2784 ss.; t.u. bancario, artt. 115 ss.; t.u. finanza, artt. 21 ss.; d. legis. 21.5.2004, n. 170, art. 1)

La clausola atipica di «ritenzione e realizzo», contenuta in un contratto di deposito titoli in amministrazione e formulata ad imitazione del pegno bancario o omnibus, è nulla in quanto sostenuta da una causa di garanzia viziata da astrattezza e contrarietà a principi inderogabili.

dal testo:

Il 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. 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/XXXXX31 (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 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" (Omissis).

L'intermediario, dal canto suo, riferisce che: (Omissis)

– a fronte della revoca effettuata, l'esposizione debitoria della società ammontava ad euro 74.070,14 (Omissis);

– 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; (Omissis)

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

– la restituzione in favore della socia ricorrente della somma di € 70.330,60 (Omissis).

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 (Omissis).

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. (Omissis)

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 rubricate "diritto di garanzia". (Omissis)

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 (Omissis)».

I motivi. 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 corrispondenza 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». È 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, operazio-

ni 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 attonano alla graduatoria dei privilegi del credito, tuttavia simile problema è estraneo al *thema decidendum* in questa sede, posto che nel caso in esame 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. È 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". Senonché 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 lo *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⁽¹⁾). 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 sal-

vataggio 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 principî 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 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 immutabilmente all'altra debba essere apprezzato anzitutto come un messaggio mediante il quale il predisponente comunica all'oblato 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 rilavare come, sempre sotto il profilo comunicazionale, che la stringa: (alla

⁽¹⁾ CASS. PEN., sez. II, 17.5.2001. «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».

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 “saldo 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. È 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 principi 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 impos-

sibile – 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 principi 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 la 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. È però necessario sottolineare che nelle 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, delle 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 pignoratizio 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 finanziarie 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 dalle 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 principî 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 pignoratizio, 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 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.

[MARZIALE *Presidente* – GAMBARO *Estensore*]

Nota di commento: «Diritto di ritenzione e realizzo nel contratto di deposito titoli in amministrazione. Le garanzie atipiche e il pegno bancario» [★]

I. Il caso

Una società e il proprio socio intrattengono diversi e distinti rapporti presso il medesimo istituto di credito: mentre il socio è titolare di un conto corrente e di un contratto di deposito e amministrazione titoli, la società risulta invece beneficiaria sia di un'apertura di credito in conto corrente, sia di un finanziamento chirografario. Entrambe le linee di cre-

[★] **Contributo pubblicato in base a *referee*.**

dito accordate alla società sono garantite da una fideiussione *omnibus* prestata dal socio nonché da una garanzia sussidiaria concessa da un Consorzio Fidi.

Successivamente al mancato pagamento di alcune rate del mutuo, nelle more di un piano di ristrutturazione del debito, la banca revoca gli affidamenti in essere e comunica al socio l'intenzione di escutere la fideiussione. Assente una risposta da parte di quest'ultimo, la banca procede all'escussione esercitando il diritto di ritenzione e compensazione sulle somme presenti sul conto corrente del socio, nonché sulle somme ricavate dalla liquidazione («*realizzo*») di tutti i titoli in deposito in forza della clausola n. 5 del contratto di deposito, regolarmente sottoscritta *ex art.* 1341 cod. civ.

Le parti attrici, società e socio, lamentano quindi di fronte all'Arbitro non solo la revoca brutale del credito da parte dell'intermediario resistente, ma pure la mancata escussione preventiva della garanzia del Consorzio Fidi e le modalità con cui è stata operata la compensazione tra le diverse ragioni di credito e debito.

Il Collegio di Roma, dopo aver escluso l'esistenza della fattispecie di rottura brutale del credito e aver accertato il legittimo ricorso alla garanzia fideiussoria, rimette con ordinanza al Collegio di coordinamento la decisione circa la validità della clausola di «ritenzione e realizzo», di cui all'art. 5 del contratto di deposito titoli, utilizzata dalla resistente per soddisfare il proprio credito nei confronti della società debitrice.

La decisione riveste interesse nella parte in cui analizza alla luce dei principi dell'ordinamento – per la prima volta, non risultando precedenti sul punto – la *validità di una clausola contrattuale tipo frutto della rielaborazione della clausola di pegno bancario o omnibus* e volta ad ottenere lo stesso effetto delle «*clausole di close-out netting*» (cfr. art. 1, lett. *f*), d. legis. n. 170/2004, cfr. *infra*), ossia la compensazione contestuale di tutte le ragioni di credito-debito tra banca e cliente.

La rimessione al Collegio di coordinamento nasce dalla difficoltà di dare un'adeguata interpretazione alla clausola n. 5 (al cui testo contenuto in decisione si rimanda) del contratto di deposito titoli, che riconosce in capo alla banca un «*diritto di ritenzione e conseguente realizzo*» utilizzando una formulazione del tutto simile a quella del pegno *omnibus* di cui all'art. 10 delle NBU (norme bancarie uniformi). Il Collegio di coordinamento nel procedere della sua argomentazione tocca, più o meno approfonditamente, numerose tematiche; nell'ordine: *la disciplina del contratto di deposito titoli, la violazione delle norme di trasparenza, la problematica delle garanzie reali atipiche, la corretta individuazione dell'istituto della ritenzio-*

ne, il rapporto tra ritenzione e t.u.f., la causa attributiva del diritto di liquidazione. Di tali aspetti si fornirà nel prosieguo una contestualizzazione, ripercorrendo e a volte sviluppando ulteriormente il ragionamento operato dal Collegio, così da evidenziarne alcuni aspetti rimasti latenti.

II. Le questioni

1. *IL CONTRATTO DI DEPOSITO TITOLI.* Il contratto di deposito titoli in amministrazione disciplinato all'art. 1838 cod. civ. è un contratto bancario tipico, in cui la banca assume il duplice obbligo di custodia e di gestione amministrativa dei titoli, non necessariamente di titolarità del depositante. Emerge come la causa tipica di tale negozio derivi dall'unione tra due altre cause negoziali: quella del deposito e quella del mandato. Tuttavia, parte della dottrina ha a volte preferito parlare di cause distinte ma collegate (cfr. SCIOTTI-MARZIALE, *infra*, sez. IV). Lo stesso A.B.F. sin dagli inizi sembrerebbe marcare una divergenza tra la posizione del Collegio di Milano e quello di Roma, propendendo il primo per la causa tipica (A.B.F. MILANO, 26.7.2013, *infra*, sez. III), il secondo per il concorso di negozi (A.B.F. ROMA, 18.12.2013, *infra*, sez. III). Come pacificamente riconosciuto, tale tipo di contratto viene incluso nei cc.dd. contratti bancari accessori, *i.e.* non intrinsecamente bancari, e sebbene possa avere rilevanza e finalità autonome, nell'evoluzione della prassi bancaria e finanziaria ha assunto nel tempo una funzione normalmente ancillare alla prestazione dei servizi d'investimento.

Prescindendo dalla dogmatica della causa, poiché il contratto adempie unitariamente alle due funzioni, l'operazione viene ad essere assoggettata ad una duplice normativa: del deposito, in relazione alla prestazione di custodia; del mandato, in ragione della dimensione gestoria, sebbene l'intermediario manchi «in questo caso di qualsiasi potere di disposizione sui titoli in capo all'intermediario, cosicché il rapporto mantiene una dimensione esclusivamente statica, in contrasto con il carattere dinamico della gestione [di portafogli]» (RIGHINI, *infra*, sez. IV). Interessante, è il rilievo avanzato in dottrina (GIORGIANI-TARDIVO, 539, *infra*, sez. IV) e ripreso da un inciso del Collegio di Napoli, ove si è sottolineato come la dematerializzazione dei titoli abbia in realtà comportato uno svilimento della funzione di custodia rispetto a quella gestoria (A.B.F. NAPOLI, 2.4.2010, *infra*, sez. III).

Data la natura accessoria del contratto di deposito titoli, in linea di principio si porrebbe il problema di individuare quale sia la disciplina applicabile, se quella bancaria o quella t.u.f. Del problema della ripartizione di competenze, aspetto pacifico nella giu-

risprudenza dell'Arbitro (cfr. A.B.F. MILANO, 18.12.2013, *infra*, sez. III), per quanto qui di interesse, si occupano *in primis* le «Disposizioni di trasparenza» di Banca d'Italia (*Provvedimento della Banca d'Italia in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti* 20.6.2012, *sostitutivo del provvedimento* 29 Luglio 2009), che trovano il loro corrispettivo nell'allocatione disciplinare effettuata dagli artt. 23, comma 4°, e 21 t.u.f. (così come esplicitato nella *Comunicazione Consob n. DI/99038880 del 14-5-1999*). Il criterio base è quello dell'accessione al rapporto principale, sicché le Disposizioni di trasparenza troveranno applicazione in caso di prodotti composti la cui finalità esclusiva o preponderante non sia di investimento: «*all'intero prodotto se questo ha finalità, esclusive o preponderanti, riconducibili a quelle di servizi o operazioni disciplinati ai sensi del titolo VI del T.U. (ad esempio, finalità di finanziamento, di gestione della liquidità, ecc.); [o] alle sole componenti riconducibili a servizi o operazioni disciplinati ai sensi del titolo VI del T.U. negli altri casi*».

Nel caso odierno, la questione di competenza non viene affrontata apertamente e nemmeno nella parte in fatto vengono riportati gli elementi necessari ad individuare i presupposti materiali per l'individuazione della normativa applicabile. Come sottolinea lo stesso Collegio, manca persino agli atti qualsiasi riferimento al tipo di titoli in deposito. Tuttavia, la riconosciuta competenza dell'A.B.F. sul punto, nonché il rinvio disciplinare agli artt. 22 e 24 t.u.f., consentono di dedurre che il contratto di deposito titoli facesse parte di una fattispecie negoziale complessa inclusiva della prestazione di servizi d'investimento (quantomeno di esecuzione d'ordini), sebbene quest'ultima finalità non fosse preponderante né tanto meno esclusiva.

Così ricostruita la disciplina, meglio si comprende il perché del riferimento da parte del Collegio alla disciplina dei servizi d'investimento.

2. LA CENSURA DI TRASPARENZA. La prima censura mossa dal Collegio ha riguardato l'opacità della clausola contrattuale. Volendone completare l'argomentazione, e mutuando le parole di due autori espressi sul pegno *omnibus*, sarebbe di «epidermica evidenza» quanto il rispetto del valore della trasparenza sia disatteso nel caso odierno poiché, «una lettura semasiologica del dato testuale della clausola *omnibus* rivela, nell'atecnicismo giuridico dei significati che la connota, le difficoltà elaborative incontrate dal predisponente nella stesura della stessa. Espressioni (...) caratterizzate da indeterminazione temporale nonché da atecnica significazione giuridica [che] denotano a chiare note lo sforzo effettuato

dall'elaboratore nel superare le difficoltà insite nell'intento di ricomprendere nell'ambito e nell'oggetto della garanzia ogni credito vantato o vantabile nonché ogni titolo e valore presente o futuro» (FRATINI-GIOVAGNOLI, 184, *infra*, sez. IV).

Il dovere di trasparenza è norma imperativa, dal contenuto peraltro modulabile (in ossequio al principio di proporzionalità), usualmente accostata al dovere di correttezza e che può rilevare sia sotto il profilo della validità sia della condotta, conducendo nell'uno o nell'altro caso a una declaratoria di nullità o a una valutazione di inadempimento (cfr. Cass., 19.12.2007, n. 26724, *infra*, sez. III). Tuttavia la violazione della trasparenza non trova espressa sanzione in quanto tale, venendo sempre valutata in connessione ad altri profili.

Ove si trattasse di consumatore ed essendo in presenza di una clausola tipo, non vi sarebbero dubbi circa la vessatorietà della clausola, giacché la previsione di uno schema contrattuale che, a fronte di un inadempimento («saldo negativo») qualsiasi del cliente (quindi indipendentemente dalla sua concreta rilevanza), consente in potenza la liquidazione e compensazione di tutte le sue posizioni nei confronti della banca, sottende *in re ipsa* un evidente squilibrio dei diritti e degli obblighi (squilibrio normativo) sanzionabile ai sensi dell'art. 36, comma 1°, cod. cons. Come rilevato dal Collegio, fosse questo il caso, sarebbe superfluo procedere alla ricostruzione dogmatica della fattispecie al fine di saggiarne la compatibilità con i principi generali dell'ordinamento positivo.

3. IL PEGNO E LE GARANZIE REALI ATIPICHE. L'assenza di una chiara formulazione della clausola contrattuale «di ritenzione e realizzo», nonché l'evidente scopo di fornire un pronto strumento di tutela di tutte le ragioni di credito della banca, atipico ed utilizzato in funzione di garanzia oggettiva, hanno come conseguenza la possibilità – sottesa all'intera argomentazione del Collegio – di legittimare due diverse interpretazioni: l'una volta a riscontrare una garanzia reale atipica ottenuta dalla crisi tra *jus retentionis* e *jus vendendi*, l'altra volta a enucleare una fattispecie negoziale complessa, pur sempre in funzione di garanzia, e data dalla contestuale attribuzione dei succitati diritti che tuttavia conservano la loro identità funzionale.

La prima interpretazione si giustifica nella misura in cui il concreto operare di ritenzione e liquidazione, *de facto*, si risolve in una dinamica equivalente all'escussione del pegno: emerge una «*sovrapposizione funzionale*» con quest'ultimo sebbene in deroga a tutti i relativi limiti. Da qui la necessità di operare un breve richiamo alle problematiche del pegno *omnibus*, appena accennate dal Collegio.

La mancanza nella clausola «di ritenzione e realizzo» di ogni cenno al pegno è con ogni probabilità dovuta alla volontà dell'intermediario di aggirare le resistenze mostrate da giurisprudenza e dottrina nell'accettare incondizionatamente il pegno bancario (cfr. GIOVAGNOLI, 77, *infra*, sez. IV), forma atipica caratterizzata, come risaputo, da una formulazione ampia, volta a porre una serie indeterminata di valori del cliente, detenuti a qualunque titolo presso la banca, in garanzia di altrettanto indeterminate esposizioni debitorie, future o presenti, certe od eventuali. Il perimetro di questa figura di garanzia si delinea quindi, sia dal lato dei crediti garantiti che dal lato dell'oggetto, sulla base di due clausole cc.dd. di estensione (*omnibus*) tendenzialmente omnicomprensive.

Da qui l'origine dell'attrito, *in primis*, con il disposto dell'art. 2787, comma 3°, cod. civ., che richiede la «sufficiente indicazione del credito e della cosa», ed *in secundis* con lo stesso art. 1346 cod. civ., poiché a venire in questione sarebbe, nelle formulazioni più ampie, la determinabilità stessa dell'oggetto (ciò a non voler considerare le problematiche derivanti dal requisito della data certa). Inoltre, come concordemente ritenuto, rappresentando in realtà la prescrizione di cui all'art. 2852 cod. civ. un principio generale, l'accessorietà delle garanzie reali pone l'esigenza logica dell'esistenza attuale del credito garantito, derogabile solo entro i limiti ben precisi definiti dall'ordinamento (cfr. CASS., 25.3.2009, n. 7214, *infra*, sez. III).

Ne consegue che il rapporto di accessorietà nella garanzia pignorataria trova specificazione proprio nel requisito della «sufficiente indicazione», presupposto richiesto a tutela dei terzi alla luce degli effetti reali del pegno, (sicché l'art. 2787, comma 3°, cod. civ. deroga all'art. 1346 cod. civ. ponendosi in rapporto di specialità e come «cautelata di ordine pubblico» stabilita in favore dei creditori; cfr. CASS., 19.6.1972, n. 1927, *infra*, sez., III). Da sottolineare è come analoghe seppur diverse preoccupazioni in tema di garanzie personali *omnibus*, abbiano simmetricamente portato a parlare pure per queste di limiti d'ordine pubblico economico (CASS., 26.1.2010, n. 1520, *infra*, sez., III).

Sia la dottrina che la giurisprudenza si sono quindi prodigate per individuare i limiti entro cui eventuali formulazioni ampie (e.g. «rapporti di qualsiasi genere o natura») del pegno potessero eventualmente essere considerate ammissibili, giungendo infine a un criterio basato sulla determinabilità *per relationem* sulla base di indici di collegamento contenuti nel contratto di pegno. Si è escluso in particolare che espressioni quali «qualunque rapporto» nonché enumerazioni tendenzialmente omnicomprensive dei rapporti banca-cliente, potessero essere sufficienti, riducendosi in definitiva alla sola determinazione dei

soggetti del rapporto (FUSARO, 669, *infra*, sez. IV).

Tema connesso e alquanto dibattuto è l'ordine di effetti che discenderebbero da un mancato rispetto dei presupposti *ex* art. 2787 cod. civ. necessari a far sorgere il diritto reale di pegno: ai sostenitori della nullità radicale si è opposta l'interpretazione per cui a venir meno sarebbe solo la prelazione, conservando invece il contratto efficacia *inter partes* (cfr. CASS., 25.3.2009, n. 7214, cit.), seppur nei limiti *ex* art. 1346 cod. civ., coerentemente alla prospettiva dottrinale per cui il contratto di pegno sarebbe un contratto consensuale ad effetti obbligatori (cfr. CARINGELLA-BUFFONI, 1491, *infra*, sez. IV).

Riassumendo, il mero rinvio a dati esterni all'atto di costituzione, non solo non è sufficiente a soddisfare il requisito di cui all'art. 2787, comma 3°, cod. civ., ma anzi l'affermazione di un tale principio costituirebbe «assoluta elusione del precetto normativo» di cui all'art. 2787 cod. civ. (cfr. CASS., 24.6.1995, n. 7163, *infra*, sez. III).

Quindi, ove si accedesse ad un'interpretazione della clausola di «ritenzione e realizzo» come garanzia reale atipica, in quanto funzionalmente equivalente al pegno, ciò dovrebbe condurre all'applicazione degli stessi limiti ritenuti inderogabili, e quindi *in primis* quello della «sufficiente indicazione».

Prima di procedere oltre, si rende necessario spendere due parole in tema di garanzie reali atipiche. È noto come questa tematica scaturisca dalla necessità posta dall'evoluzione economica di disporre di strumenti alternativi ai diritti reali di garanzia ma dotati di profili di tutela equivalente. Da qui il ricorso a figure negoziali atipiche (quantomeno per il mutamento della causa tipica in causa di garanzia; sulla nozione di atipicità cfr. CASS., 23.4.1980, n. 2665, *infra*, sez. III) tra cui, *in primis*, il ricorso allo schema traslativo in funzione di garanzia.

Si è quindi fatto evidente lo sviluppo di una tendenza volta ad autonomizzare la funzione di garanzia reale dai suoi caratteri strutturali tipici, sulla base del preliminare riconoscimento che sul piano teorico si può distinguere la dimensione della garanzia dalla dimensione della prelazione, e quindi tra vicende del rapporto *inter partes* ed *erga omnes*: «Sul piano nominalistico appare pertanto opportuno discorrere di garanzia e garanzie, dato che se alla nozione di garanzia reale si vuole assegnare ancora oggi un ruolo preciso e qualificante, come categoria dogmatica, occorre allora, pur operando mediante i modelli e gli schemi tradizionali, definirla e rappresentarla secondo un concetto più ampio, che comprenda anche quegli strumenti e quelle tecniche contrattuali in grado di privilegiare il profilo della funzione in concreto perseguita da questa forma di garanzia» (GABRIELLI, 9, *infra*, sez. IV).

Tale evoluzione ha ricevuto, come ricordato dal

Collegio, un formale riconoscimento nell'ambito dei contratti di garanzia finanziaria, la cui disciplina è stata introdotta con il d. legis. 21.5.2004, n. 170 (*Attuazione della direttiva 2002/47/CE, in materia di contratti di garanzia finanziaria*, novellato dal d. legis. 24.3.2011, n. 48). Nel caso odierno, sebbene manchino i presupposti soggettivi per l'applicazione della disciplina *de quo* (cfr. art. 1, lett. *d*), n. 5, d. legis. n. 170/2004), essa appare particolarmente significativa sia sotto il profilo sostanziale che formale, poiché nonostante costituisca una sottodisciplina delle garanzie, nondimeno rappresenta la risposta alle – nonché la cristallizzazione delle – tendenze evolutive generali del sistema.

A livello sostanziale infatti, si deve evidenziare come, all'art. 1, lett. *d*), accanto alle garanzie reali del pegno e al contratto di cessione del credito vengano positivamente altri due schemi negoziali: il trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, nonché qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie (ove quest'ultima tipologia costituisce fattispecie residuale ed aperta che si realizza tramite congegni contrattuali non basati sullo schema traslativo). L'attenzione si sposta quindi sul concreto risultato economico perseguito dalle parti, e la funzione di garanzia si emancipa formalmente da una tipizzazione delle strutture, così aprendosi la porta all'autonomia negoziale (e a garanzie costituite all'estero o comunque rette dal diritto straniero, ferma restando l'applicazione della *lex rei sitae*, ex art. 10 d. legis. n. 170/2004), conseguentemente stemperando il problema della tipicità dei diritti reali. Mutuando un inciso della migliore dottrina, diventa «chiara la distinzione tra tipicità del diritto reale e tipicità del contratto che lo crea» (Roppo, 402, *infra*, sez. IV).

Astraendo, emergono quindi due *genus*: le garanzie reali e i contratti in funzione di garanzia reale (o, per comodità, come finora scritto sebbene sia meno corretto dal punto di vista semantico, garanzie reali atipiche). Individuando con quest'ultima espressione tutte quelle situazioni in cui la protezione di un credito viene ad insistere non su una responsabilità patrimoniale generica del garante, bensì su una porzione, determinata o determinabile, del patrimonio di quest'ultimo, sottratta al suo potere dispositivo o modificandone la titolarità o per mezzo di altro strumento contrattuale.

Tuttavia, se il riconoscimento dell'atipicità dei contratti con funzione di garanzia può (in sé) valere in via analogica anche per le garanzie non finanziarie, non si deve scordare che pur sempre ai sensi dell'art. 83 *octies* t.u.f. (cui rimanda lo stesso d. legis. n. 170/2004), così come specificato al *Provvedimento Banca d'Italia/Consob - Regolamento recante la disci-*

plina dei servizi di gestione accentrata, di liquidazione, dei sistemi di garanzia e delle relative società di gestione del 22/02/2008, i «vincoli di ogni genere» si costituiscono unicamente con le registrazioni in apposito conto tenuto dall'intermediario, ciò anche in funzione di pubblicità (aspetto di particolare rilievo in riferimento all'operatività delle clausole di *close-out netting* o di rotatività, di cui rispettivamente all'art. 1, lett. *e*) e *f*), d. legis. n. 170/2004; per il pegno rotativo in genere cfr. invece Cass., 1.2.2008, n. 2456, *infra*, sez. III).

Quindi, riscontrata la presenza di uno schema contrattuale potenzialmente succedaneo del pegno, se per la valida esistenza di un qualsiasi vincolo (anche di destinazione, cfr. C.N.N., Studio n. 265-2012/C, *infra*, sez. IV), è necessaria la registrazione, la mancanza di quest'ultima impedisce in radice il formarsi della garanzia (simmetricamente a quanto accade in assenza del prescritto *modus* nelle figure classiche di pegno).

Qualora si volesse poi accedere alla tesi suesposta per cui il contratto di pegno è un contratto consensuale ad effetti obbligatori, e quindi il *modus* rilevante ai soli fini della costituzione del diritto reale, emergerebbe l'importanza del *dictum* del Collegio ove sottolinea come l'ammissione di uno schema atipico di garanzia di tal fatta confliggerebbe insanabilmente con il perseguimento degli obiettivi della stabilità e del buon funzionamento del sistema finanziario, ponendosi in elusione delle norme e principi inderogabili posti a loro tutela (cfr. art. 5 t.u.f. e art. 5 t.u.b.); nel caso odierno, a ben vedere, ad essere pregiudicato sarebbe proprio l'interesse ad «un equilibrio tra l'efficienza del mercato e la sicurezza delle parti e dei terzi, evitando tra l'altro il rischio di frode» (considerando n. 10, dir. 2002/47/CE), interesse che intuitivamente va oltre la ristretta dimensione dei contratti di garanzia finanziaria.

Lasciando per un momento a parte tali considerazioni, che analizzano i profili critici attinenti la costituzione di una garanzia reale (atipica) su strumenti finanziari («*palese*» nella terminologia usata nella decisione), e seguendo il Collegio nel suo ragionamento, in ogni caso, anche a voler ammettere l'esistenza di «*garanzie occulte*» (*rectius*, schemi contrattuali indiretti) il problema che la clausola *de quo* pone a monte, verte sull'ammissibilità stessa di un congegno contrattuale fondato su «ritenzione e realizzazione».

Correttamente quindi il Collegio, in ossequio al principio di conservazione, ha proceduto ex art. 1367 cod. civ. ad una seconda e diversa lettura della clausola, analizzando separatamente le due prerogative, ritenzione e liquidazione.

4. IL DIRITTO DI RITENZIONE. La ritenzione è definita come il diritto del creditore di tenere presso di sé

una cosa e rifiutarne la restituzione fino al pagamento del proprio credito (BIANCA, *Le garanzie*, 299, *infra*, sez. IV). Mentre nel nostro ordinamento, sulla scorta del modello francese, la ritenzione è prerogativa riconosciuta solo in specifiche ipotesi, sicché l'istituto è stato individuato per astrazione induttiva, in altri paesi essa rappresenta invece un istituto generale.

Preliminarmente, come evidenziato dal Collegio, si deve ricordare che esistono due distinte fattispecie legali della ritenzione: semplice e privilegiata. Quest'ultima tuttavia è più correttamente da considerarsi una fattispecie complessa data dal saldarsi *ex lege* di un privilegio alla *retentio* semplice, con il risultato che a quest'ultima si congiungono lo *jus distrahendi*, lo *jus sequelae* e lo *jus praelationis*. L'istituto della ritenzione in sé, quindi, è in radice estraneo a qualsivoglia potere dispositivo del *retentor* sul bene (GAZZONI, 676, *infra*, sez. IV). Se poi si pone mente al fatto che, con riguardo ai privilegi, «la prelazione si giustifica in considerazione della valutazione normativa di preminente tutela dei singoli crediti avuto riguardo alle loro cause» (BIANCA, *Le garanzie*, 12, *infra*, sez. IV), si evince l'ulteriore elemento di specialità che si somma alla eccezionalità del riconoscimento del diritto di ritenzione.

Secondo l'interpretazione prevalente, lo *jus retentionis* rappresenta un'ipotesi qualificata di autotutela passiva, in eccezione al divieto della ragion fattasi e alla riserva all'autorità giudiziaria della tutela giurisdizionale dei diritti (cfr. artt. 101, 102 Cost.; artt. 392 e 393 cod. pen. e 2907 cod. civ.), e la propria funzione di garanzia si esplicherebbe su due fronti: da un lato, creando un vincolo di indisponibilità sui beni in detenzione, permetterebbe un effetto conservativo evitando fenomeni distrattivi, dall'altro eserciterebbe una coercizione psicologica all'adempimento sul debitore. Di essa non si può far uso quando il suo esercizio sia, in analogia all'art. 1460, comma 2°, cod. civ., contrario a buona fede e scada nell'abuso; in altre parole, il rifiuto del *retentor* alla restituzione si legittima nell'inadempimento del debitore (cfr. CASS., 17.2.2004, n. 3002, *infra*, sez. III).

L'attrazione del diritto di ritenzione tra le forme di autotutela, nonché la struttura delle ipotesi legali di ritenzione attualmente esistenti, impongono due corollari: il divieto di interpretazione analogica (ex art. 4 disp. prel.; cfr. CASS., 19.8.2002, n. 12232, *infra*, sez. III), nonché la stessa caratterizzazione dello *jus retentionis* in termini piuttosto stringenti.

Se il summenzionato divieto non abbisogna di spiegazioni, essenziale, per comprendere la motivazione del Collegio, è ricordare gli elementi strutturali della fattispecie normativa, così come enucleati dalla dottrina: *a*) possesso o detenzione della cosa della *res* da parte di colui che ne rifiuta la restituzione; *b*) esistenza di un diritto di credito in capo al *retentor*, cer-

to ed esigibile, sebbene non necessariamente liquido (CAMILLETTI, 214, *infra*, sez. IV); *c*) connessione del credito con la cosa posseduta, ossia il credito sorge («naturalmente») in ragione della *res* detenuta dal creditore (c.d. *debitum cum re iunctum*).

La qualifica della ritenzione come diritto di garanzia (la cui natura reale è negata in radice dal Collegio; cfr. però BIANCA, *Le garanzie*, 303, *infra*, sez. IV) permette più facilmente di individuare nella connessione un'emanazione qualificata del principio di accessorietà delle garanzie, più forte che nello stesso diritto di pegno, di cui lo *jus retentionis* costituisce peraltro prerogativa (ex art. 2794 cod. civ.). Il requisito della connessione comporta una duplice conseguenza: da una lato giustifica la *retentio*, dall'altro ne delimita l'ambito d'operatività, impedendo che venga esercitata a tutela di crediti aventi diverso titolo. L'importanza di quest'ultimo inciso si coglie ove si consideri che la posizione prevalente (cfr. AL MUREDDEN, 217, *infra*, sez. IV) riconosce efficacia *erga omnes* alla ritenzione, sia nella forma semplice che privilegiata. Tuttavia, secondo alcuni autori, il requisito della connessione non dovrebbe essere considerato un assoluto (cfr. BARBA, 1381, *infra*, sez. IV).

Riassumendo, la ricostruzione del *genus* ritenzionale a partire dalle speciali ipotesi tipiche, ha fatto sì che si riconoscesse necessario radicare lo *jus retentionis* all'interno del singolo rapporto contrattuale, sicché la connessione si rivelerebbe elemento essenziale della fattispecie tipica, richiedendo che il credito a favore del quale opera la ritenzione sorga in conseguenza del possesso o detenzione della cosa da parte del creditore. Va quindi da sé che, in presenza di uno dei rapporti nei quali può essere esercitata la *retentio*, semplice o a *fortiori* privilegiata, ove la si invocasse per la tutela di ragioni di credito con diverso titolo, essa non sarebbe legittima. Ad eccezione di tale principio, si pone tuttavia la figura del collegamento negoziale, in virtù del quale il diritto di ritenzione deve ritenersi legittimamente esercitato da parte del creditore adempiente, pur nell'ipotesi di inadempimento, da parte dell'altro contraente, di un diverso negozio, a patto che il nesso di interdipendenza sia fatto palese dalla volontà delle parti, sì da poter intendere sostanzialmente unico il rapporto obbligatorio (cfr. CASS., 14.1.1998, n. 271 e CASS., 17.3.2006, n. 5938, entrambe *infra*, sez. III).

Nel caso odierno quindi, sebbene la ritenzione privilegiata ex art. 2761 cod. civ. (che rinvia al 2756 cod. civ.) sia in astratto applicabile, stante la natura del contratto di deposito titoli in amministrazione, non è ammissibile tuttavia invocarne la disciplina per tutelare ragioni di credito totalmente estranee a tale contratto.

Se la ritenzione legale, per come utilizzata dalla banca resistente, non è ammissibile, rimane da inda-

gare la possibilità di una ritenzione in via convenzionale. Nonostante la risposta positiva di una giurisprudenza ormai risalente (cfr. CASS., 7.7.1975, n. 2643, *infra*, sez. III), una vasta parte della dottrina e giurisprudenza hanno invece affermato l'inammissibilità di ipotesi di ritenzione convenzionale (cfr. CAMILLETTI, 216).

Un ragionamento a tal fine appare dirimente: se si analizza il pratico operare della ritenzione, pur attraendola negli strumenti di autotutela, essa ove concessa *ex contractu*, si concreterebbe in un limite al potere di disposizione da parte dello stesso debitore, e come intuito dalla migliore dottrina, poiché «il proprietario ha il potere di attribuire ad altri il diritto di godere della cosa (...) [a] maggior ragione deve quindi ammettersi che possa conferire ad altri un diritto di contenuto più limitato, quale quello di trattenere la cosa per un fine cautelativo» (BIANCA, *Autotutela*, 139, nello stesso senso MESSINEO, 171, entrambi *infra*, sez. IV; in generale, sull'ammissibilità di forme di tutela convenzionali, cfr. DAGNINO, 58, *infra*, sez. IV).

In conclusione se di ritenzione convenzionale si potrebbe parlare, essa tuttavia, essendo strumento atipico dovrebbe comunque trovare parametro di legittimità nella fattispecie legale, e ove si volesse pure ammettere una parziale elisione del requisito della connessione, ciò nondimeno non pare possibile che questa venga totalmente stralciata. Rimane inoltre aperto il contrasto di vedute tra chi propone l'efficacia obbligatoria e chi l'efficacia reale della ritenzione convenzionale (cfr. AL MUREDEN, 217).

Nel caso odierno, tuttavia, il Collegio non ha apertamente preso posizione sull'ammissibilità di una ritenzione convenzionale, ma sulla base del rilievo che «*allorquando il diritto di ritenzione sia sganciato dal requisito della connessione tra il credito e la res detenuta e sia accoppiato con lo jus vendendi, allora la sovrapposizione funzionale (...) con il pegno si impone*», ne ha assorbito i profili di censura all'interno delle argomentazioni volte ad indagare l'eventuale legittimità di garanzie atipiche di cui si è dato atto *supra*.

5. LO JUS VENDENDI E LA DISCIPLINA DEI SERVIZI D'INVESTIMENTO. Una volta chiarito che di contratto in funzione di garanzia reale non si può parlare, e una volta chiarito il perimetro del diritto di ritenzione, il Collegio si pone il dubbio di verificare se vi sia comunque una causa meritevole di tutela a legittimare l'attribuzione dello *jus vendendi*. Poiché il potere di disposizione su un bene è la principale potestà dominicale, si rende necessario capire come essa sia stata attribuita alla banca.

Si deve innanzitutto ricordare che, nel caso odierno, il rapporto tra banca e cliente si incardina su di un rapporto di deposito titoli congiunto, quantomeno, a un servizio di esecuzione d'ordini.

In entrambi i casi si è in presenza di una detenzione per ragioni di servizio connessa ad un mandato dal perimetro variabile in cui il potere di disposizione dei titoli, in costanza di rapporto e senza previo consenso (cfr. art. 22, comma 3°, t.u.f.) o ordine del cliente (cui segue l'obbligo di esecuzione, cfr. art. 45, comma 6°, reg. intermediari), è inammissibile, essendo tale facoltà una prerogativa della gestione attiva di portafogli e pur sempre esercitata nell'interesse del cliente (cfr. art. 21, comma 1°, lett. a), t.u.f.) o salvo il suo consenso.

Con *obiter*, il Collegio evidenzia inoltre che sarebbe persino la ritenzione stessa, manifestandosi come rifiuto all'esecuzione di eventuali ordini di trasferimento o liquidazione, a porsi in insanabile contrasto con l'obbligo di esecuzione gravante sull'intermediario (e con il divieto di patti contrari *ex art.* 24 t.u.f.). A tale riguardo, se da un lato sembra doversi ricordare che quello gravante sugli intermediari non è tuttavia un obbligo assoluto (PORTOLANO; CAPRA, 52, entrambi *infra*, sez. IV), sicché, a seconda delle circostanze del caso concreto, la possibilità di un rifiuto (in funzione di ritenzione) non sembra inconcepibile, dall'altro una sentenza del Tribunale di Milano, sembrerebbe escludere in via generale la possibilità della ritenzione in favore del ricorso alla tutela cautelare (cfr. TRIB. MILANO, 17.1.2007, *infra*, sez. III).

Lasciando da parte per un istante le preoccupazioni in termini di compatibilità con la disciplina dei servizi d'investimento, il Collegio in radice sostiene la nullità per astrattezza della causa nell'attribuzione senza limiti dello *jus vendendi*, tipica potestà dominicale (cfr. *mutatis mutandis*, CASS., 20.11.1992, n. 12401, *infra*, sez. III).

Volendone sviluppare il ragionamento, la prima difficoltà attiene al capire se la clausola contrattuale sia intesa ad autonomizzare il diritto di vendita dal diritto di proprietà reificandolo ed eventualmente fondendolo nel diritto di ritenzione (e in ambo i casi la clausola dovrebbe essere considerata nulla perché in violazione del principio di ordine pubblico del numero chiuso dei diritti reali (ROPPA, 402) o se, viceversa, rimanendo ferma la titolarità in capo al cliente, la clausola rappresenti un mandato *in rem propriam* occulto (così riprendendo l'accenno fatto al mandato dal Collegio).

Accedendo a quest'ultima ipotesi ricostruttiva tuttavia, non solo si avrebbe un conflitto insanabile con il principio inderogabile della gestione nell'esclusivo interesse del cliente, ma si riscontrerebbe un altro profilo di censura logicamente antecedente. Si deve porre mente al fatto che la causa che sorregge un contratto ne rappresenta la funzione economico individuale e contribuisce a darne sia l'interpretazione che la qualificazione (cfr. CASS., 8.5.2006, n. 10490, *infra*, sez. III). Poiché dato incontestabile è

che la clausola di «ritenzione e realizzo», pur nella seconda interpretazione proposta di fattispecie complessa, abbia una funzione di garanzia, la relativa causa dovrebbe essere analizzata pure alla luce del principio di accessorietà, se è vero che «*il concetto di garanzia presuppone ontologicamente una relazione di accessorietà con un quid che deve essere garantito*» (cfr. CASS., 18.2.2010, n. 3947, *infra*, sez. III): se una causa di garanzia è evidente, tuttavia, data la genericità del dettato contrattuale, non è dato comprendere cosa sia posto in garanzia di cosa, e nonostante il problema sia contiguo al profilo di determinabilità dell'oggetto, non è negabile che esso in *primis* investa il perimetro della funzione. L'indefinitività dei crediti garantiti e dei beni in garanzia, risolvendosi nella mera individuazione dei soggetti coinvolti, porta infatti con sé la recisione del vincolo di accessorietà e conseguentemente l'astrazione causale a solo vantaggio della banca. Se un certo distacco della garanzia dal rapporto fondamentale può essere ammesso, ciò nondimeno «non si può concedere all'autonomia privata un'indipendenza assoluta dagli ordinamenti giuridici, da cui essa pur trova riconoscimento e tutela, pretendendo, per di più, che essi restino indifferenti a rapporti di forza tra i contraenti» (MASTROPAOLO-CALDARALE, 599, *infra*, sez. IV; cfr. CASS., 1° 4.2011, n. 7557, *infra*, sez. IV).

In conclusione, riassumendo gli argomenti del Collegio, la clausola è nulla in quanto: *a*) in insanabile conflitto con il principio inderogabile di gestione nell'interesse dei clienti; *b*) non meritevole di tutela perché contraria all'interesse all'integrità e buon funzionamento dei mercati; *c*) illecita nella misura in cui possa essere interpretata nel senso di costituire un diritto reale di garanzia atipico; ma soprattutto è in radice nulla per astrattezza della causa di garanzia.

III. I precedenti

Tutte le decisioni dell'ABF sono reperibili sul sito: www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni.

Sul deposito titoli in amministrazione, A.B.F. MILANO, 26.7.2013, n. 4172; A.B.F. ROMA, 18.12.2013, n. 6623; A.B.F. NAPOLI, 2.4.2010, n. 194. Sulla disciplina del pegno, CASS., 25.3.2009, n. 7214, in *Giust. civ.*, 2010, 2310; CASS., 24.6.1995, n. 7163, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1996, II, 501; CASS., 1° 2.2008, n. 2456, in *Mass. Giust. civ.*, 2008 (per il pegno rotativo). Sul diritto di ritenzione, CASS., 19.6.1972, n. 1927, in *Foro it.*, 1973, I, 121; CASS., 7.7.1975, n. 2643, *ivi*, 1976, I, 40; CASS., 14.1.1998, n. 271, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 59; CASS., 7.3.2006, n. 5938, *ivi*, 2006; TRIB. MILANO, 17.1.2007, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, II, 81, con nota di MARZIALE; CASS., 17.2.2004, n. 3002, in *Giur. it.*, 2005, 4, con nota di NARDELLI; CASS., 19.7.2002, n. 12232, in

Mass. Giust. civ., 2002; CASS., 2.6.1999, n. 5346, *ivi*, 1999; CASS., 21.12.1993, n. 12627, *ivi*, 1993. Sui rapporti tra ritenzione e reato di appropriazione indebita, non approfondito per ragioni di spazio nel testo della nota, nel senso che il reato non si perfeziona con la sola ritenzione cfr. CASS. PEN., 25.1.2002, n. 10774, in *Cass. pen.*, 2003, 876; nel senso che il reato si consuma allorché alla ritenzione segue la vendita, cfr. CASS. PEN., 17.5.2001, n. 27356, *ivi*, 2004, 494 con nota di CIPOLLA. Sulla causa in concreto e l'eventuale mancanza, CASS., 8.5.2006, n. 10490, in *Riv. notar.*, 2007, 184, con nota di UNGARI TRANSATTI; CASS., 12.11.2009, n. 23941, in *Mass. Giust. civ.*, 2009; CASS., 1° 4.2011, n. 7557, in *Guida al dir.*, 2011, n. 23, 72; CASS., 20.11.1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, 1506, con nota di CARINGELLA; CASS., 23.4.1980, n. 2665, in *Mass. Giust. civ.*, 1980. Sulla dematerializzazione, in particolare sull'equivalenza funzionale tra registrazioni e regime dei titoli cartacei, in riferimento alla perplessità avanzata dal Collegio su tale profilo, da ultimo, CASS., 17.2.2014, n. 3674, in *Dir. e giust. online*, 18.2.2014. Sulla fidejussione e sulle garanzie atipiche in genere, CASS., 26.1.2010, n. 1520, in *Banca, borsa tit. cred.* 2010, II, 663, con nota di CORRIAS; CASS., sez. un., 18.2.2010, n. 3947, in *Foro it.*, 2010, I, 2799; in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, 279 ss., con nota di BARILLA, e con nota di NAPPI, *ibidem*, 425 ss. Sulla distinzione tra norme di comportamento e norme di validità, CASS., sez. un., 19.12.2007, n. 26724, in *Giust. civ.*, 2008, 1189, con nota di NAPPI.

IV. La dottrina

Sul deposito titoli in amministrazione e la normativa di trasparenza, SCIOTTI-MARZIALE, in *La giurisprudenza sul codice civile. Coordinata con la dottrina*, IV, a cura di RUPERTO, Giuffrè, 2011, *sub art.* 1838; GIORGIANNI-TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, Giuffrè, 2012; DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Zanichelli, 2013.

Sulle garanzie finanziarie e atipiche nonché sul pegno, ANNUNZIATA, *Verso una disciplina comune delle garanzie finanziarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, I, 177; GARDELLA, *Le garanzie finanziarie nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, 2007; BIANCA, *Diritto civile, 7, Le garanzie reali. La prescrizione*, Giuffrè, 2012, 299; CLARIZIA (a cura di), *Garanzie reali e personali*, Cedam, 2011; GABRIELLI, *I diritti reali. Il pegno*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, 5, Utet, 2005; BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, Giuffrè, 2014, 456; AN. FUSARO, *Variazioni in tema di garanzie autonome personali e reali: l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 665; FRATINI-GIOVA-

GNOLI, *Garanzie reali e personali, percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, 2010; CASSANO, *Il mutuo. Il sistema delle tutele*, Cedam, 2009; MARANO, *Pegno bancario e fallimento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, 117; DOLMETTA, *Garanzie bancarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, 513; MASTROPAOLO-CALDARALE, *Fidejussione e contratti di garanzia personale*, 599, in *I contratti di garanzia*, nel *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, Utet, 2006; C.N.N., *Studio n. 265-2012/C, Il conferimento in fondo patrimoniale di titoli dematerializzati*, 2012.

In merito ai riferimenti fatti alla disciplina dei servizi d'investimento, RIGHINI, in *Commentario T.U.F.*, a cura di VELLA, Giappichelli, 2012, sub art. 1; GAFFURI, *I servizi e le attività d'investimento: disciplina e aspetti operativi*, Giuffrè, 2010, 175; PORTOLANO, in *Il Testo Unico della Finanza*, a cura di FRATINI e GASPARRI, Utet, 2012, sub art. 24; CAPRA, *Servizi di investimento e scambi telematici*, Giuffrè, 2007; VELLA (a cura di), *Commentario T.U.F.*, Giappichelli, 2012.

Sul diritto di ritenzione, per una completa ricostruzione del dibattito giurisprudenziale e dottrinale cui si è dato solo cenno, AL MUREDEN, *Ritenzione legale e ritenzione convenzionale*, in *Contr. e impr.*, 1997; CAMILLETTI, *Determinabilità del corrispettivo e diritto di ritenzione*, in questa *Rivista*, 1998, II, 205; BASSO, *Il*

diritto di ritenzione, Giuffrè, 2010; BARBA, voce «Ritenzione», in *Enc. del dir.*, Giuffrè, 1989, XL, 1381; DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Giuffrè, 1983; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 1952; CARUSI, voce «Ritenzione (diritto di)», in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Ed. Enc. it., 1991; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, 2009, 676-678; GIOVAGNOLI, *Il pegno e le sue varianti (a)tipiche*, in AA.Vv., *Atti del Convegno ITA su pegno irregolare, pegno rotativo, pegno omnibus e pegno dematerializzato*, Roma, 17-18.2.2009; SEMIANI BIGNARDI, *La ritenzione nell'esecuzione singolare e nel fallimento*, Cedam, 1960; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Giuffrè, 1974; BASSO, *Diritto di ritenzione anche convenzionale? È tempo di uscire dagli schemi*, in *Persona e danno*, 7.7.2010, in *www.personaedanno.it*; BIANCA, voce «Autotutela», in *Enc. dir.*, Giuffrè, Agg. IV, 2000, 139.

Sul problema della causa in concreto nonché in riferimento ad alcuni aspetti afferenti alla teoria generale del contratto, BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Giuffrè, 2000; CARINGELLA-BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Dike, 2013, 1488; ROPPO, *Il contratto*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2011.

MATTIA SOLDAN

I

- A.B.F. ROMA, ord. 17.1.2014, n. 260

INTERESSI - USURA - INTERESSI USURARI - NOZIONI E LIMITI - INTERESSI MORATORI - USURARIETÀ - ESCLUSIONE (cod. civ., artt. 1224, 1384, 1815; cod. pen., art. 644)

Il dettato dell'art. 644, comma 1°, cod. pen. inequivocabilmente stabilisce che possono essere usurari gli interessi dati o promessi «in corrispettivo di una prestazione di denaro o di ogni altra utilità», ossia quegli interessi che si qualificano appunto come corrispettivi, in quanto costituiscono la prestazione sinallagmatica della dazione di una somma di denaro da parte del mutuante e del suo passaggio in proprietà del mutuatario, ai sensi dell'art. 1814 cod. civ. Tali evidentemente non so-

no gli interessi moratori, i quali, secondo quanto si desume in modo inequivoco fin dalla rubrica dell'art. 1224 cod. civ., costituiscono invece una preventiva e forfetaria liquidazione del danno risarcibile che l'inadempimento di un'obbligazione pecuniaria ha cagionato al creditore.

II

A.B.F., coll. coord., 30.4.2014, n. 2666

INTERESSI - USURA - INTERESSI USURARI - NOZIONI E LIMITI - INTERESSI MORATORI - INTERPRETAZIONE ART. 644 COD. PEN. E ART. 1815 COD. CIV. (cod. civ., artt. 1224, 1384, 1815; cod. pen., art. 644) (a)

INTERESSI USURARI - FRODE ALLA LEGGE - ART. 1344 COD. CIV. - VALUTAZIONE COM-