

# L'evoluzione del contenzioso bancario nell'era della tecnologia digitale

Angela Troisi

Dottore di ricerca in Diritto degli affari e diritto tributario d'impresa nella LUISS Guido Carli di Roma, Italia

**Abstract** The digital revolution has influenced the relationship between banks and several categories of investors and savers, characterized by new expectations about services and products. This phenomenon may have a specific impact on the traditional segment of banking litigation, that will be increasingly affected by cases related to new digital technologies applied to banking and financial systems. The work examines the hypotheses of actions for damages, restructuring of debt positions, as well as the hypotheses of contractual irregularities deriving from new investment and financing policies proposed to (inexperienced) customers by intermediaries, close to the traditional banking channel, but distinct from the latter by virtue of different business models. Paragraphs 2 and 3 provide an in-depth analysis of the current situation of banking litigation and the potential evolution that the latter may face due to the spread of digital evolution, particularly the cases related to revolving financing, *ius variandi*, anatocism and bank usury. The last paragraph is dedicated to an assessment of how financial education carried out by the Supervisory Authorities can contribute to reducing the incidence of bank litigation in the digital banking sector.

**Keywords** Fintech. Banking Litigation. Revolving Financing. Ius Variandi. Bank Usury.

**Sommario** 1. Premessa. – 2. L'evoluzione del contenzioso bancario negli anni post-crisi 2008-2009. – 3. Le fattispecie di contenzioso bancario nell'era della tecnologia digitale. – 4. Conclusioni.



## Open access

© 2019 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License



**Citation** Troisi, Angela (2019). "L'evoluzione del contenzioso bancario nell'era della tecnologia digitale". *Ricerche giuridiche*, 8(1), 75-88.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2019/01/006

## 1 Premessa

L'evoluzione tecnologica che negli ultimi anni ha interessato i mercati bancari e finanziari internazionali sta facendo registrare molteplici mutamenti nel paradigma operativo creditizio, con riflessi sulle strategie di medio-lungo periodo degli appartenenti al settore e sul rapporto di questi ultimi con la propria clientela di riferimento. Ed invero, la complessità dell'innovazione *smart* dei processi e dei servizi sta influenzando le attività di intermediazione degli operatori specializzati, non solo in termini di un necessario incremento dei livelli di efficienza, ma anche con riferimento all'adozione di nuove politiche di redditività e di fidelizzazione della clientela.

In tale quadro, la rivoluzione digitale ha favorito l'emergere di un rinnovato rapporto tra le banche e le categorie di investitori e di risparmiatori, caratterizzato da nuove aspettative nella fruibilità dei servizi e dei prodotti. Ciò ha condotto, peraltro, alla nascita di attori bancari e finanziari che, pur non rispondendo alle tradizionali logiche d'intermediazione<sup>1</sup>, finiscono con l'influenzare l'intero settore e, dunque, anche l'*agere* dei soggetti specializzati nel *retail banking*.

Inoltre, proprio il settore della banca *retail* ha fatto registrare negli ultimi anni una graduale apertura nei confronti di nuovi *player* favoriti dall'accelerazione tecnologica ed in grado di incidere sull'offerta di credito disponibile sul mercato mediante la realizzazione di metodi alternativi di *credit scoring*; questi ultimi appaiono spesso fondati sull'uso di *big data* e valutazioni sociometriche<sup>2</sup>, con potenziali riflessi anche sul servizio offerto, in termini di diversa valutazione dello *standing* creditizio dei soggetti prenditori di fondi.

E' evidente che la creazione di nuovi spazi di mercato – occupati da potenziali *competitor* della banca tradizionale –, congiuntamente all'individuazione di una molteplicità di servizi alternativi tra loro, finiscono con l'aumentare i momenti di interazione (anche solo telematica) tra operatori specializzati del settore e la clientela al dettaglio la quale, essendo caratterizzata talvolta da scarsi livelli di conoscenza delle materie economico-finanziarie<sup>3</sup>, risulta maggiormente esposta a rischi di *misunderstanding* e/o incompleta comprensione delle informazioni disponibili.

---

**1** Ci si riferisce, in particolar modo alla categoria di operatori digitali (come Apple, Amazon, Enel etc.) che godono di *network* estesi di clientela su scala globale e di infrastrutture tecnologiche in grado di estendere le attività anche nei settori dei servizi finanziari.

**2** Cfr. SIDDIQI, *Intelligent Credit Scoring: Building and Implementing Better Credit Risk Scorecards*, 2017, New Jersey.

**3** Cfr. BANCA D'ITALIA, *I livelli di alfabetizzazione finanziaria della popolazione adulta italiana: l'esperienza della Banca d'Italia*, in *Quaderni di Economia e Finanza*, n. 435, giugno 2019.

Peraltro, agli attori tradizionali si stanno gradualmente affiancando intermediari dalla natura completamente digitale<sup>4</sup>, non a caso denominati *pure digital*, privi di una rete fisica di filiali e tesi a massimizzare i livelli di redditività ed efficienza mediante un diverso approccio al servizio bancario che in alcuni casi può non trovare conferma in una irrobustita consapevolezza dei rischi finanziari in capo alla clientela, specie se rappresentata dalla categoria del piccolo risparmiatore.

Emergono in tal modo nuovi modelli di *business*, fondati sull'integrazione dei nominati canali fisici e digitali, ai quali segue non solo una diversa composizione dei mercati di riferimento, ma anche una maggiore varietà di rischi di natura patrimoniale e finanziaria, alla cui gestione è demandata non solo l'intermediario, ma anche le Autorità di settore<sup>5</sup>.

È presumibile attendersi, peraltro, una diversa incidenza di tali assetti operativi sul tradizionale segmento del contenzioso bancario, in prospettiva sempre più caratterizzato da fattispecie legate proprio alle nuove tecnologie digitali applicate ai sistemi bancari e finanziari. Vengono in considerazione, in particolare, le ipotesi di azioni risarcitorie, ristrutturazioni delle posizioni debitorie, nonché irregolarità contrattuali derivanti dalle nuove politiche di investimento e di finanziamento proposte alla clientela (inesperta) da una variegata molteplicità di operatori, vicini al tradizionale canale bancario, ma da quest'ultimo distinto in virtù di modelli di *business* differenti ed attraenti per il piccolo risparmiatore. Tali soggetti, peraltro, non sono legati alle ordinarie logiche bancarie, risultando in tal modo capaci di fare profitto in modalità diverse dal calcolo del margine di intermediazione creditizia, legate nella maggior parte dei casi a strategie "multisettores" e "multifunzione", anche non direttamente connesse ai servizi offerti al risparmiatore/investitore.

Vi è di fondo un'estensione dell'operatività finanziaria in mercati con livelli maggiori di complessità, nell'ambito dei quali l'azione del regolatore e dell'Autorità deve muoversi verso la ricerca di nuove tecniche di minimizzazione delle asimmetrie informative tra la parte debole e quella forte del rapporto contrattuale, onde - in prospettiva - gestire la conflittualità e meglio orientare gli strumenti propri del contenzioso bancario.

---

<sup>4</sup> Ne sono alcuni esempi di successo la giapponese Jibun Bank, la statunitense Movenbank e, nel mercato italiano, Fineco Bank e Widiba (la banca on-line del Gruppo MPS, lanciata nel settembre 2014).

<sup>5</sup> Cfr. CAPRIGLIONE, SACCO GINEVRI, *Metamorfosi della governance bancaria*, Torino, 2019.

## 2 L'evoluzione del contenzioso bancario negli anni post-crisi 2008-2009

L'innovazione tecnologica e le relative implicazioni sulla regolazione dell'attività esercitata dagli intermediari creditizi interagiscono con la tematica della "contrattazione bancaria", specie nei suoi riflessi sul mercato e sulla tutela della controparte debole, rappresentata generalmente dal piccolo risparmiatore.

Come già anticipato, di fondo vi è l'interpretazione e risoluzione delle distonie del mercato finanziario, caratterizzato da asimmetrie informative, donde la necessità di attuare linee di correttezza operativa anche in un contesto finanziario caratterizzato da costante mutevolezza; ciò evitando di tenere comportamenti distorti dalla ricerca di una crescente profittabilità che spesso induce gli operatori del settore a non rispettare i requisiti di forma e gli obblighi contrattuali imposti dalla legge per la stipulazione dei contratti.

In tale quadro, il contenzioso bancario appare lo strumento più utilizzato per la risoluzione delle problematiche comuni legati alla rinegoziazione delle posizioni debitorie, al risarcimento danni per irregolarità contrattuali, nonché per qualsivoglia fenomeno di usura ed anatocismo.

Dal punto di vista tecnico, rientrano in tale categoria le procedure stragiudiziali volte a gestire la conflittualità tra intermediario e clientela di riferimento mediante l'utilizzo di strumenti variegati, tra i quali rilevano i cd. piani di rientro concordato, gli accordi di saldo e stralcio e, più in generale, gli accordi di gestione e consolidamento del debito. Ed invero, l'applicazione di una logica deflattiva del contenzioso giudiziale ha condotto negli ultimi anni ad uno sviluppo crescente dei cd. *Alternative Dispute Resolution* che, secondo autorevole dottrina, agiscono «*simplifying the preliminary investigations, accelerating and concentrating the procedures and searching for solutions based on new and differentiated experiences*»<sup>6</sup>.

In particolare, l'Arbitro bancario e finanziario presso la Banca d'Italia, fin dalla sua costituzione nel 2009, si è reso protagonista di una politica di tutela costante delle controparti deboli della contrattazione di settore, anche affrontando questioni direttamente connesse all'applicazione delle nuove tecnologie nel sistema bancario e finanziario. Ed invero, nel decennio di sua attivazione, l'ABF ha fatto registrare numeri crescenti, a dimostrazione sia dell'attenzione ai principi di trasparenza e correttezza comportamentale, sia - per

---

<sup>6</sup> Cfr. PELLEGRINI, *Alternative Dispute Resolution Systems in Italian Banking and Finance: Evolution and Goals*, in AA.VV., *Italian Banking and Financial Law*, a cura di Siclari, Londra, 2015, p. 132; ID, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria. Profili definitivi*, Padova, 2008.

converso - di una maggiore esposizione del risparmiatore a rapporti finanziari di dubbia convenienza ed affidabilità<sup>7</sup>.

Ciò ha condotto anche ad una maggiore consapevolezza da parte del risparmiatore stesso della necessaria tutela che il regolatore, specie a seguito dell'emanazione della legge n. 262/2005, cd. legge sul risparmio, gli ha offerto mediante un'architettura normativa più efficiente del passato; tale tendenza ha evidenziato, peraltro, anche un atteggiamento talvolta eccessivamente aggressivo da parte del cliente bancario che, nelle vesti di cattivo prenditore di fondi in procinto di subire un netto declassamento della propria posizione debitoria, sembra tendere all'utilizzo delle ADR solo per allungare le tempistiche procedurali e l'iscrizione alla Centrale dei Rischi. Non a caso, come rilevato dalla dottrina, l'analisi del rapporto tra accoglimento dei reclami e la situazione debitoria del cliente fornisce al lettore evidenza di una correlazione inversamente proporzionale: al peggiorare della tipologia di debiti vantati dal creditore (generalmente suddivisibili dalla banca in crediti *in bonis* e sofferenze) diminuisce il tasso di accoglimento dei ricorsi da parte dell'ABF, donde l'evidente pretestuosità della "denuncia" da parte del cliente dei malfunzionamenti ovvero delle scorrettezze attribuiti all'intermediario creditizio<sup>8</sup>.

L'evoluzione del contenzioso bancario negli anni successivi alla crisi del 2008-2009 ha posto al centro dell'attenzione, sia del regolatore, sia della dottrina, il rapporto intermediario-cliente e i livelli di trasparenza ad esso connessi; le dispute destinate all'esame dei sistemi alternativi di risoluzione traggono per lo più origine dalla sussistenza di cd. *deficit* comunicativi, ancor più accentuati dalle turbolenze finanziarie che hanno interessato i mercati internazionali<sup>9</sup> a partire dallo scandalo dei noti mutui *subprime* americani<sup>10</sup>. Con particola-

<sup>7</sup> Si veda a titolo esemplificativo, la *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario*, giugno 2018, nell'ambito del quale si evidenziano le principali caratteristiche dei ricorsi presentati, specie in termini di tematiche affrontate e partecipazione della clientela bancaria.

<sup>8</sup> Cfr. COSMA, *La gestione dei reclami nelle banche e l'ABF: nuove evidenze e strategie organizzative*, in *Bancaria*, 2018, n. 6, ove l'A. evidenzia che, al fine di ridurre l'incidenza di tali distorsioni operative, sarebbe auspicabile introdurre misure che aumentino il costo dei comportamenti opportunistici della clientela e riducano, al contempo, l'incidenza di dispute inutili o faziose che ostacolo la capacità delle ADR di comporre conflitti e generare valore relazionale.

<sup>9</sup> Per una valutazione della risposta alla crisi attuata da Germania e Francia, cfr. GUTMANN, *The French Reaction to the Crisis*, in AA.Vv., *Financial Crisis and Single Market*, Roma, 2012, p. 91 ss., ove si mette in evidenza che la crisi del 2008 ha avuto molteplici sviluppi, trasformandosi gradualmente in «*a budgetary crisis, an investment crisis ad a moral crisis*»; cfr. LAMPERT, *The German Reaction to the Crisis*, op. cit., p. 95 ss., ove si sottolinea come «*the German reaction to the crisis included measures to stabilize the banking sector as well as measures to stimulate the depressed economy*».

<sup>10</sup> Per una autorevole riflessione sulle grandi crisi finanziarie dei mercati occidentali, cfr. CAPRIGLIONE, *Crisi a confronto (1929 e 2009): il caso italiano*, Torino, 2009.

re riferimento all'offerta di nuovi servizi finanziari, la regolamentazione nazionale ed europea ha negli anni individuato molteplici strumenti informativi in grado di migliorare la conoscenza dei prodotti da parte della clientela inesperta, tra i quali rilevano le cd. guide pratiche, i fogli informativi e i documenti di sintesi<sup>11</sup>. Tali indicazioni normative potrebbero, tuttavia, non risultare completamente adeguate al contesto operativo di una parte della soggettività creditizia (si pensi, ad esempio, alle *startup* finanziarie che basano la loro attività su tecnologie innovative e alle varie tipologie di piattaforme di investimento *online*), per la quale gli obblighi informativi imposti dalle Autorità di settore potrebbero non coprire l'intera compagine di comunicazioni necessarie al risparmiatore inesperto per comprendere non solo i rischi finanziari e patrimoniali legati al singolo investimento, ma anche le tecnologie e le strategie dalle quali muove l'offerta presentata dall'intermediario sul mercato.

Di fondo vi è anche il graduale cambiamento nelle politiche operative messe in atto dagli intermediari, i quali si stanno sempre più orientando verso criteri di selezione quantitativi, trascurando talvolta la dimensione personalistica del rapporto ed incrementandone la standardizzazione delle attività, anche nella misurazione del merito creditizio. Il processo valutativo potrebbe dimostrarsi, infatti, non esaustivo, nella misura in cui lo stesso si basi su un set prestabilito di informazioni (riguardanti essenzialmente la situazione patrimoniale e finanziaria dei singoli individui) privo di un sistema di monitoraggio strutturato in grado di produrre un *rating*, esperto ed aggiornato che tenga conto delle variabili di natura qualitativa connesse al progresso tecnologico digitale.

Tale constatazione assume ancor più rilevanza se si considera l'attuale andamento del sistema bancario nazionale, il quale - in un'ottica di armonizzazione con le realtà degli altri Stati membri - tende verso fenomeni aggregativi finalizzati ad accrescere gli assetti dimensionali degli intermediari creditizi, donde un miglioramento del ruolo strategico di questi ultimi in un contesto concorrenziale internazionale.

Ne costituisce un esempio significativo la recente trasformazione del sistema bancario cooperativo italiano che mira ad accrescere i livelli di stabilità sistemica complessiva, nonché a consentire agli appartenenti al settore una migliore capacità di assorbimento degli *shock* di mercato. Il decreto-legge 14 febbraio 2016, n. 18, convertito con legge 8 aprile 2016, n. 49, introducendo gli artt. 37 *bis* e 37

---

**11** Cfr. URBANI, *La «trasparenza» nello svolgimento dell'attività*, in AA.Vv., *Manuale di diritto bancario e finanziario*, a cura di Capriglione, Padova, 2019, p. 525 ss., ove si mette in evidenza che le norme di trasparenza nei mercati europei hanno assunto negli ultimi anni particolare rilevanza, vuoi in termini di maggiore tutela del contraente debole, vuoi con riferimento al mantenimento di adeguati livelli di concorrenza tra gli operatori del settore.

ter del Testo unico bancario, ha radicalmente modificato il contesto operativo delle tradizionali BCC, obbligando queste ultime a mutare la loro storica identità strategica mediante l'adesione ad un nuovo gruppo bancario unico<sup>12</sup>; la Banca d'Italia ha provveduto, per tal via, ad emanare puntuali disposizioni attuative (contenute nella Circolare n. 285 in materia di "Disposizioni di Vigilanza per le banche") che disciplinano il procedimento di costituzione e i requisiti minimi organizzativi della capogruppo, il contenuto del contratto di coesione, le caratteristiche della garanzia in solido, nonché i requisiti di specifici gruppi provinciali.

In tale quadro, la dottrina ha prontamente evidenziato i rischi legati a tale mutamento ordinamentale, nella misura in cui le nuove configurazioni societarie rischiano di mettere a repentaglio significativi aspetti fondanti della cooperazione del credito. Tra questi, rileva certamente la capacità delle BCC di operare a stretto contatto con il territorio (e la clientela) di riferimento, minimizzando l'effetto delle asimmetrie informative nel rapporto banca-cliente (mediante l'identificazione di uno stretto legame di fiducia e affidamento prolungato nel tempo)<sup>13</sup>, con conseguenze positive – dunque – sulla sfera del contenzioso bancario, nonché nell'ambito dei costi di acquisizione e mantenimento della clientela.

L'applicazione delle logiche del gruppo bancario alla cooperazione del credito segna anche una svolta nelle politiche di gestione del rapporto banca-cliente che, nel contesto originario della "banca del territorio", miravano ad evitare la realizzazione di lunghi e complicati contenziosi, diversamente da quanto accade – invece – nelle realtà imprenditoriali di grandi dimensioni, nell'ambito delle quali eventuali problematiche creditizie vengono, il più delle volte, esternalizzate nelle mani di un soggetto terzo – tipicamente una società di recupero credito – che distrugge *oborto collo* l'originario rapporto fiduciario intercorrente tra il prenditore di fondi e l'intermediario, allontanando gli interessi delle parti e sostituendosi alla banca nell'individuazione di efficienti misure di risoluzione della problematica finanziaria<sup>14</sup>.

**12** Cfr. CAPRIGLIONE, *L'autoriforma delle banche di credito cooperativo. Una svolta decisiva nella morfologia del sistema bancario italiano*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, supplemento n. 4, p. 3 ss.

**13** Cfr. CAPRIGLIONE, *La riforma delle BCC al vaglio del nuovo Governo*, in *Diritto bancario*, giugno 2018; SEPE, *Il tramonto delle banche di credito cooperativo*, in *Giustizia civile.com*, 2016, pp. 1-8; PELLEGRINI, *La funzione delle bcc in un mercato in trasformazione. Ipotesi di riforma e specificità operativa*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, Supplemento n. 4, p. 62 ss.; LEMMA, *Ancora sulla riforma delle BCC*, in *Riv. dir. banc.*, aprile 2018; ROSANO, *L'applicabilità della nuova disciplina sulle crisi bancarie alle banche di credito cooperativo*, in *federalismi.it*, n. 6, 2017.

**14** Per approfondimenti sulla strumentazione procedurale, cfr. BASSO, *Brevi cenni ad alcuni principi processuali del contenzioso bancario*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2014, 9, p. 30 ss.

### 3 Le fattispecie di contenzioso bancario nell'era della tecnologia digitale

L'innovazione tecnologica pone sicuramente nuove sfide al regolatore bancario e ai connessi criteri ordinatori della contrattualistica di settore. Il rapporto tra erogatori del credito e prenditori dei fondi si fonda, infatti, su nuove tipologie di interazione digitale che hanno indotto il legislatore alla definizione di assetti normativi *ad hoc* (come nel caso dell'*equity crowdfunding*<sup>15</sup>) al fine di supportare lo sviluppo di tale nuove forme di *business*, ma al contempo garantire una efficace e costante tutela delle controparti deboli<sup>16</sup>. Tali considerazioni - in prospettiva - si estenderanno a ricomprendere anche le fattispecie del contenzioso bancario, per le quali la materia del contendere tocca già sempre più spesso aspetti legati al *fintech* e all'utilizzo di canali finanziari digitali<sup>17</sup>.

Come si è anticipato, l'uso del digitale nell'intermediazione creditizia sta generando effetti sulla sfera degli interessi protetti nella fase precontrattuale dalla disciplina sulla "trasparenza", fino a ricomprendere anche la fase contrattuale, nella quale è necessario prendere in considerazione vuoi la funzione della forma scritta volta ad assicurare l'effettività della tutela del cliente disposta dalla normativa speciale, vuoi l'ipotesi normativa di modificazione unilaterale delle condizioni contrattuali (il cd. *ius variandi*).

Con particolare riferimento alla fase contrattuale, risulta interessante l'indagine riguardante l'interazione tra le nuove formule tecnologiche e l'assetto normativo che consente di derogare alla regola della forma scritta, anche con riferimento alle linee di credito cd. *revolving* per le quali le somme prelevate dal cliente devono essere restituite (in base ai piani di rientro) per essere utilizzate successivamente dall'ente creditizio al fine di alimentare la riserva disponibile dell'affidato. A ciò si aggiunga, inoltre, il fenomeno del *marketlending place*, quale strumento innovativo di *peer to peer lending* che sfrutta la tecnologia delle piattaforme finanziarie *online* e consente, in alcuni

<sup>15</sup> Cfr. TROISI, *Crowdfunding e mercato creditizio: profili regolamentari*, in *Contratto e Impresa*, 2014, n. 2, p. 519 ss.; CARATOZZOLO, *La disciplina italiana dell'Equity Crowdfunding: tra incentivazione degli emittenti e tutela degli investitori*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2013, n. 4, p. 256 ss.

<sup>16</sup> Cfr. LEMMA, *Fintech Regulation. Exploring New Challenges of the Capital Markets Union*, in corso di stampa, Springer, Switzerland.

<sup>17</sup> Si vedano, in particolare, le decisioni dell'Arbitro Bancario e Finanziario riguardanti l'utilizzo dei sistemi di autenticazione e di utilizzo dei conti correnti (mediante carte di debito e similari) che mostrano come la tecnologia (e i suoi ultimi sviluppi) assumano sempre più un ruolo centrale nell'interazione tra il cliente e la banca.



casi, la realizzazione di rapporti creditizi simili al credito rotatorio<sup>18</sup>.

Dal punto di vista normativo, la necessaria tutela della clientela bancaria e finanziaria – quale principio a fondamento del contenzioso bancario – si esplica mediante il riferimento all'art. 117 TUB, disposizione incentrata sull'ammissibilità della deroga alla forma scritta (e relativa consegna al cliente) nei casi in cui essa sia riconducibile alle previsioni del contratto di conto corrente stipulato per iscritto (al quale il contratto accessorio deve essere funzionalmente collegato); soluzione questa che segna l'arresto dei delicati problemi che, in passato, hanno dato contenuto al dibattito con riguardo alle attività successive alle stipulazioni originarie<sup>19</sup>. Ed invero, la "prospettiva atomistica" sottolineata dalla dottrina con riferimento ai singoli atti di utilizzazione del credito, riscontrabili proprio nei citati contratti *revolving*, conferma la non applicabilità del requisito della forma scritta alle singole interazioni banca-cliente volte a ripristinare la disponibilità finanziaria originaria<sup>20</sup>.

In altri termini, si versa in presenza di fattispecie riconducibili al secondo comma del citato art. 117 TUB, in virtù del quale «il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma», in vista di una semplificazione del cd. «formalismo negoziale»<sup>21</sup> per privilegiare – invece – «le esigenze di celerità e di snellezza del traffico giuridico»<sup>22</sup> che si fonda sull'utilizzo di sistemi digitali e tecnologie in continuo cambiamento.

L'evoluzione operativa in atto ha avuto gradualmente riflessi anche nel settore del contenzioso bancario, nell'ambito del quale – come si è anticipato – le questioni oggetto di controversia hanno inglobato problematiche direttamente legate all'uso da parte degli intermediari creditizi di tecnologie di ultima generazione. Con riferimento ai contratti di credito rotativo, significativa è la posizione assunta dall'ABF nel ritenere nullo il contratto di finanziamento *revolving* allorché la concessione del nuovo prestito sia avvenuta in condizioni diverse da

<sup>18</sup> Ad oggi si contano diverse piattaforme online che funzionano come *marketlending place*, a cui si affidano non solo privati cittadini, ma anche società online in cerca di prodotti di finanziamento da offrire alla propria clientela.

<sup>19</sup> Cfr. DE ANGELIS, *Commento sub art. 117*, in AA.Vv., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova, 2018, p. 1871 ss., ove l'A. evidenzia «la natura aperta della disciplina in esame, atta a ricomprendere non soltanto i tradizionali contratti nominati agli artt. 1834 ss. c.c., ma anche tutte le fattispecie frutto dell'incessante produzione contrattuale, soprattutto atipica, dell'industria finanziaria».

<sup>20</sup> Cfr. DI BRINA, PICARDI, *Il contenzioso bancario*, Milano, 2019, p. 25 ss., ove si sottolineano gli aspetti principali riguardanti le formule di credito rotativo attualmente disponibili nel settore bancario.

<sup>21</sup> Cfr. LENER, *Dalla formazione alla forma dei contratti sui valori mobiliari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, n. I, p. 780.

<sup>22</sup> Cfr. DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 1874.

quelle stabilità dal contratto iniziale, versandosi in presenza di un'operazione economica del tutto nuova sul piano sostanziale<sup>23</sup>.

L'effettivo disallineamento tra gli interessi del cliente e quelli dell'intermediario finanziatore emerge ancor più se si considerano i casi di "frode tecnologica", fondata sull'utilizzo del credito rotativo come strumento per l'acquisto telematico, periodico ed inconsapevole, di servizi e beni d'uso comune. In tale contesto, lo strumento tecnologico (alla base di molteplici formule d'acquisto online) può contribuire ad incrementare l'opacità di taluni rapporti contrattuali, specie se sottoscritti da risparmiatori dotati di una scarsa conoscenza finanziaria e digitale<sup>24</sup>.

Analogamente, la tematica dello *ius variandi*, che incide sul dogma della immutabilità del contratto, pone nell'ambito del contenzioso bancario la problematica riguardante la modificabilità dei contratti bancari nel corso della durata dell'erogazione del servizio. Di fondo vi è l'affermazione da parte del regolatore (ex art. 118 t.u.b.) del legame tra il nominato potere di cambiare taluni aspetti del contratto e la riferibilità alle condizioni economiche esistenti al momento della stipula negoziale e, dunque, la necessità di adeguare il contratto alle mutate esigenze del mercato<sup>25</sup>.

Non deve trascurarsi, peraltro, di evidenziare il carattere vessatorio di una clausola siffatta, all'uopo sottolineandosi che dette modifiche non possono essere introdotte *ad nutum*, con ciò volendo ribadire che la modifica unilaterale del contratto necessita di un giustificato motivo da intendere - secondo la specificazione contenuta in una nota Circolare del Ministero dello sviluppo economico del 2007 - come comprensivo degli "eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario"<sup>26</sup>.

Tale affermazione sottende, peraltro, un equilibrato bilanciamento del rapporto tra diritto comune e speciale; ed invero, a fronte di una stretta coerenza con i criteri che contraddistinguono i contratti di durata disciplinati in sede civilistica, la dottrina è al contempo protesa a non sottovalutare, nella definizione del sinallagma funzio-

---

**23** Si veda, a titolo esemplificativo, la decisione ABF Collegio di Napoli, n. 9474/2015 (nell'ambito della quale il credito *revolving* era stato offerto da un soggetto non rientrante nella categoria di agente in attività finanziaria), nonché le decisioni ABF Collegio di Coordinamento n. 3257/2012, ABF Collegio di Milano n. 650/2012, ABF Collegio di Roma n. 6183/2013. Inoltre, cfr. ABF, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario e Finanziario*, 2012, p. 35.

**24** Cfr. CRISCIONE, *Carta di credito con «frode» oltre il plafond: l'importo va restituito*, editoriale pubblicato da *Il Sole 24 Ore*, 12 gennaio 2019.

**25** Cfr. SARTORI, *Commento sub art. 118*, in *Commentario alle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 1897, ove l'A. specifica che «la modifica delle condizioni contrattuali deve, infatti, rispettare l'esigenza di adeguamento del rapporto ai cambiamenti economici non prevedibili *ex ante*».

**26** Cfr. OLIVIERI, *Usi e abusi dello «ius variandi» nei contratti bancari*, in *An. giur. econ.*, n. 1, 2011.

nale del negozio, gli elementi tipicamente proprio di una caratterizzazione in chiave bancaria dei rapporti di cui trattasi<sup>27</sup>.

Ciò chiarisce la ragione per cui il “giustificato motivo” non può essere individuato in termini generici; donde la prospettiva di un’interpretazione, che si potrebbe definire restrittiva della congruità della modifica, circoscritta in un ristretto ambito, del resto condivisa anche dalle nominate decisioni dell’ABF<sup>28</sup>. Anche in tale contesto, ci si attende una crescente incidenza della tecnologia digitale e delle nuove forme di *business* creditizio nelle motivazioni (legittime o meno) che muovono gli intermediari a modificare unilateralmente le condizioni contrattuali che li legano alla clientela di riferimento; ciò anche in considerazione del fatto che il fattore tecnologico e digitale rappresenta oggi un’essenziale variabile di costo per il settore bancario e finanziario, soggetto – peraltro – a continue valutazioni in termini di efficacia ed efficienza<sup>29</sup>.

Nell’ambito del contenzioso bancario specifici interrogativi si pongono, inoltre, anche con riferimento alle problematiche relative all’anatocismo bancario<sup>30</sup> e all’usura, vale a dire il calcolo degli interessi nei contratti di conto corrente (dove la subordinazione dell’anatocismo alla parità delle condizioni contrattuali delle parti) e la caratterizzazione in chiave oggettiva dell’usura, disposta con la nota legge n. 108 del 1996<sup>31</sup>, volta a superare l’originaria quantificazione del compenso, determinato in sede di negoziazione “in modo flessibile, essendo legato all’andamento dei tassi di mercato”. Vengono in considerazione variabili di natura etica, volte ad evidenziare le specifiche responsabilità di quelle banche che, mosse da intenti spregiudicati, pongono in essere comportamenti distorti al mero fine di conseguire una crescente profittabilità, spesso approfittando della posizione di debolezza, dovuta a fattori diversi, della propria clientela.

**27** Cfr. DI BRINA, PICARDI, *op. cit.*, p. 43 ss.

**28** Particolarmente interessante risulta, al riguardo, la decisione dell’ABF, Collegio di Coordinamento, n. 26498 del 12 dicembre 2018, nell’ambito della quale il Collegio tratta la materia dello *jus variandi* negando, nella fattispecie in discussione, la possibilità in capo all’intermediario di modificare unilateralmente il contratto di conto corrente (aumentandone i costi di gestione) adducendo come giustificato motivo l’introduzione di nuovi e più pressanti obblighi finanziari derivanti dalla regolamentazione dell’Unione bancaria europea e, in particolare, dall’istituzione del Fondo Unico di Risoluzione.

**29** Cfr. DERMINE, *Digital Disruption and Bank Lending*, in *European Economy*, 2017, n. 2, p. 63 ss.

**30** Con tale termine si fa riferimento al calcolo degli interessi non solo sul capitale, ma anche sugli interessi scaduti; questi ultimi vengono sommati al capitale, producendo a loro volta interessi e, di conseguenza, un debito maggiore per il soggetto prestatore di fondi.

**31** Inoltre, dal maggio 2011 il limite degli interessi usurari è calcolato aumentando il TEGM di un quarto, cui deve aggiungersi un margine di ulteriori quattro punti percentuali. In tale quadro, la differenza tra il limite e il tasso medio non deve essere superiore a otto punti percentuali. Per approfondimenti tecnici, cfr. DI NAPOLI, *L’usura nel contenzioso bancario*, Milano, 2017.

Ed invero, la questione del cd. tasso soglia appare ancora oggi molto dibattuta, laddove la giurisprudenza e la dottrina si interrogano sulla praticabilità delle politiche di misurazione del costo bancario decise dal regolatore e sulla garanzia di tutela degli interessi del risparmiatore<sup>32</sup>. In termini di contenzioso bancario, la questione è altrettanto rilevante e le decisioni in materia coprono da diversi anni una buona parte delle attività stragiudiziali poste in essere dai Collegi dell'Arbitro Bancario e Finanziario<sup>33</sup>.

Infine, ulteriori interrogativi si pongono con riferimento ai contenziosi in materia di "abusiva concessione del credito", specie se quest'ultima incide sulle fasi di ristrutturazione dei crediti delle imprese in crisi. Com'è noto, la responsabilità della banca che abusi del proprio potere di concedere il credito identifica un comportamento improprio che, ad avviso della Cassazione<sup>34</sup>, può concretare nei confronti dei terzi una colpa extracontrattuale a causa dell'affidamento nei medesimi generato da un finanziamento che determina una situazione di apparente solvibilità; in tal modo la banca ritarda la manifestazione di una "irreversibile manifestazione di dissesto" pregiudicando gli interessi dei creditori dell'impresa sovvenzionata, anche (e forse con particolare incidenza) nei settori di produzione di beni e servizi ad alto valore tecnologico.

Sicché si è in presenza di condotte che spesso rendono l'ente finanziatore arbitro delle sorti future delle imprese finanziate; l'intenso potere negoziale della banca si avvale del bisogno di credito del cliente, indotto a rispettare un preciso piano gestionale imposto dall'ente finanziatore per conseguire propri interessi. Ancora una volta si individua un percorso anomalo dell'*agere* bancario che, orientandosi all'eterodirezione del soggetto prenditore del credito, si sostanzia in una posizione dominante attuata in violazione dei principi fondanti della regolazione speciale.

Alla luce di quanto precede, è necessario interrogarsi su quali possano essere le implicazioni sulle tematiche analizzate rivendenti dai cambiamenti recati dalla recente regolazione post-crisi che ha

---

**32** Cfr. PETRELLA, RESTI, *Usura bancaria: i rischi di un'applicazione paradossale e fuorviante della legge*, in *Banca, impr. soc.*, 2017, p. 123 ss.; CIAN, *Costo del credito bancario e usura. Ancora sulle commissioni bancarie, sullo ius variandi e sull'azzeramento del tasso oltre soglia*, in *Obblig. e contr.*, 2012, p. 655 ss.

**33** Per approfondimenti sulle decisioni in tema di usura, cfr. BANCA D'ITALIA, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario e Finanziario*, 2017.

**34** Si veda, nello specifico, la sentenza n. 11695, del 14 maggio 2018, della Cassazione Civile, sez. I, ove si sottolinea che «in materia di concessione abusiva del credito, sussiste la responsabilità della banca, che finanzia un'impresa insolvente e ne ritardi perciò il fallimento, nei confronti dei terzi, che in ragione di ciò abbiano confidato nella sua solvibilità ed abbiano continuato ad intrattenere rapporti contrattuali con essa allorché sia provato che i terzi non fossero a conoscenza dello stato di insolvenza e che tale mancanza di conoscenza non fosse imputabile a colpa».

modificato in maniera significativa la previgente disciplina speciale e, in particolare, la normativa riguardante la gestione delle crisi bancarie. È noto, infatti, che detta regolazione incide sotto molteplici aspetti sulla stessa nozione di “concorrenza”, intesa come fattore d'integrazione del mercato: al riguardo rileva la promozione di impulsi all'incremento dei rapporti negoziali, all'espulsione dal mercato dei soggetti incapaci di operare correttamente in esso, al governo delle innovazioni tecnologiche utilizzate nella ricerca di nuove forme operative finalizzate a superare, in nuove modalità, le asimmetrie informative che impediscono una paritaria gara competitiva.

In tale contesto, è necessario assicurare sempre la responsabilità degli intermediari creditizi e, come già sottolineato, assicurare un *agere* di questi ultimi conforme alla sana e prudente gestione. Le nuove regole di certo incidono sulla costituzione e circolazione di libertà imprenditoriale che, sulla base di un procedimento euristico, si consegue quando le imprese sono autonome nel definire le scelte operative da opporre agli altri agenti economici; donde la sopravvivenza della funzione essenziale dell'accordo e delle sue modalità di conclusione.

#### 4 Conclusioni

Dalle considerazioni che precedono si evince come, nel giro di pochi anni, il livello di tecnologia applicato al *retail banking* sia completamente mutato, orientando il rapporto banca-cliente verso una interazione sempre più efficiente e multifunzione. Ne discende la considerazione in base alla quale l'uso del digitale segna il passaggio da una “clientela condizionata” (dal rapporto diretto con l'intermediario bancario fisico) ad una “clientela autonoma” e supportata dalla tecnologia nel rapporto con la finanza e il mercato bancario. E' evidente che tale trasformazione debba essere necessariamente supportata da un'azione costante da parte delle Autorità di settore volta ad incrementare i livelli di “educazione finanziaria” tra i destinatari delle attività bancarie e finanziarie.

Atteso che il *fintech* e gli ordinari canali bancari sono destinati a convivere in maniera efficiente e duratura sui mercati europei, è necessario - dunque - un graduale adattamento alle nuove *expertise* da parte dell'intero ecosistema degli appartenenti al settore, degli organismi di vigilanza e delle diverse categorie (professionali e *retail*) di risparmiatori e di investitori; questi ultimi dovranno, in altri termini, acquisire maggiore consapevolezza della complessità del mondo finanziario digitale, anche in virtù di un potenziale incremento del ricorso al contenzioso bancario come strumento di gestione di eventuali conflitti connessi ai nuovi modelli operativi.

Dal punto di vista del contenzioso, d'altronde, non è facile prevedere la futura incidenza del settore *fintech* sui livelli di litigiosità or-

dinari; tuttavia, nel caso di una repentina crescita delle fattispecie legate all'attività di intermediari caratterizzati da un alto livello di digitalizzazione, non va sottaciuto il rischio che gli stessi non siano ancora preparati a sostenere costi (organizzativi e gestionali) di portata maggiore rispetto a quanto inizialmente preventivato. Anche in tale occasione, l'operatività degli organismi stragiudiziali, come il più volte nominato ABF, assumerà un ruolo di cruciale rilevanza, in virtù sia delle contenute tempistiche di risoluzione dei conflitti, sia nella loro veste di organi votati all'identificazione di forme di «compensazione sociale»<sup>35</sup> tra le diverse categorie di attori economici coinvolti in controversie di natura finanziaria e bancaria.

---

**35** Cfr. PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, cit., p. 316, ove l'A. evidenzia come «la vessatorietà del sinallagma contrattuale e tutte le altre cause di alterazione del rapporto negoziale [...] si riflettono, comunque, sulla formazione del «giudizio di responsabilità» a carico degli intermediari, ponendosi a fondamento di un indirizzo giurisprudenziale che appare talora preordinato alla realizzazione di forme di «compensazione sociale» più che alla reintegrazione di diritti violati».