

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO
DELL'ARBITRATO INTERNO ED INTERNAZIONALE**

XXIV CICLO

Coordinatore Chiar.mo Prof. Romano Vaccarella

*Sistemi specializzati di risoluzione stragiudiziale delle controversie bancarie e finanziarie
(Ombudsman Giurì Bancario - Camera di Conciliazione e di Arbitrato presso la Consob -
Arbitro Bancario Finanziario)*

Tutor

Chiar.mo Prof. Claudio Cecchella

Dottorando

Dott. Alessandro Pierucci

a Giulia, ai miei genitori e a Pierfrancesco

INDICE

SISTEMI SPECIALIZZATI DI RISOLUZIONE STRAGIUDIZIALE DELLE CONTROVERSIE BANCARIE E FINANZIARIE (OMBUDSMAN - GIURÌ BANCARIO - CAMERA DI CONCILIAZIONE E DI ARBITRATO PRESSO LA CONSOB - ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO)

CAPITOLO 1

LA TUTELA DELLA CLIENTELA NELLA REGOLAMENTAZIONE BANCARIA E FINANZIARIA: LE LINEE GUIDA

I.	LA STABILITÀ DEL SISTEMA FINANZIARIO E LA TUTELA DELLA CLIENTELA COME OBIETTIVO DELL'ATTIVITÀ DI VIGILANZA.	1
II.	GLI STRUMENTI PREPOSTI ALLA TUTELA DELLA CLIENTELA BANCARIA E FINANZIARIA E A GARANZIA DELLA STABILITÀ DEL SISTEMA FINANZIARIO.....	3

CAPITOLO 2

I SISTEMI DI ADR DEL SETTORE BANCARIO E FINANZIARIO NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

I.	UNA NECESSARIA PREMessa: CHE COSA S'INTENDE PER SISTEMI DI <i>ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION</i> ?.....	7
II.	L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA COMUNITARIA IN MATERIA DI ADR.	10
III.	I SISTEMI DI ADR NEL SETTORE BANCARIO E FINANZIARIO NEL REGNO UNITO.	23
III.1	<i>Ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione del Financial Ombudsman Service.</i>	23
III.2	<i>Natura giuridica e struttura organizzativa.</i>	25
III.3	<i>Composizione e nomina dell'Ombudsman.</i>	27
III.4	<i>Condizioni di accesso al sistema.</i>	27
III.5	<i>Natura e svolgimento del procedimento.</i>	29
III.6	<i>Caratteristiche e natura della decisione.</i>	30
III.7	<i>I "numeri" del Financial Ombudsman Service.</i>	32
IV.	I SISTEMI DI ADR NEL SETTORE BANCARIO E FINANZIARIO IN GERMANIA.....	33
IV.1	<i>Composizione e nomina dell'organo giudicante.</i>	35
IV.2	<i>Organizzazione.</i>	35
IV.3	<i>Ambito soggettivo e oggettivo di applicazione.</i>	36
IV.4	<i>Caratteristiche del procedimento e natura della decisione.</i>	37
V.	I SISTEMI DI ADR DEL SETTORE BANCARIO E FINANZIARIO IN FRANCIA.....	38
V.1	<i>Organizzazione dei servizi di mediazione.</i>	40
V.2	<i>Funzioni e attività dei mediatori.</i>	42
V.3	<i>Rapporti con l'autorità giudiziaria.</i>	43
V.4	<i>Condizioni di accesso al sistema.</i>	44
V.5	<i>Ambito soggettivo di applicazione.</i>	44
V.6	<i>Ambito oggettivo di applicazione.</i>	45
V.7	<i>Svolgimento del procedimento.</i>	46
V.8	<i>Natura e caratteristiche della pronuncia.</i>	48
VI.	I SISTEMI DI ADR NEL SETTORE BANCARIO E FINANZIARIO IN SPAGNA.....	49
VI.1	<i>Ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione.</i>	51
VI.2	<i>Tipologie di ricorsi esperibili.</i>	52

VI.3	<i>Condizioni di accesso al sistema e rapporti con l'autorità giudiziaria ordinaria e arbitrale.</i>	53
VI.4	<i>Svolgimento del procedimento.</i>	53
VI.5	<i>Natura e caratteristiche della decisione.</i>	55
VII.	OSSERVAZIONI CONCLUSIVE: UNO SGUARDO D'INSIEME.	56

CAPITOLO 3

L'OMBUDSMAN - GIURÌ BANCARIO

I.	NASCITA ED EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO.	59
I.1	<i>L'ombudsman nell' accordo interbancario del 1993.</i>	61
I.2	<i>Le modifiche all'accordo interbancario intervenute nel 1998 e 2001.</i>	64
I.3	<i>L'entrata in vigore del D.Lgs. 17.1.2003, n. 5 e la nascita dell'Ombudsman - Giurì Bancario.</i>	65
I.4	<i>L'ombudsman successivamente all'istituzione dell' Arbitro Bancario Finanziario.</i>	68
II.	PROCEDIMENTO E DECISIONE.	69
II.1	<i>Il reclamo all' intermediario.</i>	69
II.2	<i>Il ricorso all' Ombudsman-Giurì Bancario.</i>	71
III.	NATURA GIURIDICA DELL'ISTITUTO.	76
IV.	RAPPORTI TRA L'OMBUDSMAN - GIURÌ BANCARIO E LE ALTRE PROCEDURE (GIUDIZIALI E STRAGIUDIZIALI) DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE.	78
V.	PROFILI CRITICI E RISULTATI APPLICATIVI.	80

CAPITOLO 4

LA CAMERA DI CONCILIAZIONE E DI ARBITRATO PRESSO LA CONSOB

I.	IL QUADRO NORMATIVO.	83
II.	L'AMBITO DI APPLICAZIONE.	87
II.1	<i>L'ambito soggettivo di applicazione.</i>	88
II.2	<i>L'ambito oggettivo di applicazione.</i>	94
III.	LA CAMERA DI CONCILIAZIONE E ARBITRATO.	101
III.1	<i>Struttura, composizione e funzioni.</i>	101
III.2	<i>Natura e rapporti con la Consob.</i>	105
IV.	IL COMITATO CONSULTIVO.	109
V.	LA PROCEDURA DI CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE.	111
V.1	<i>Le condizioni di ammissibilità.</i>	112
V.2	<i>L'avvio del procedimento.</i>	112
V.3	<i>La nomina del conciliatore.</i>	114
V.4	<i>I principi generali della procedura di conciliazione.</i>	116
V.5	<i>Esiti della conciliazione.</i>	118
V.6	<i>Costi del procedimento.</i>	120
VI.	L'ARBITRATO AMMINISTRATO.	122
VI.1	<i>L'Arbitrato c.d. ordinario.</i>	123
VI.1.1	<i>La convenzione d'arbitrato.</i>	123
VI.1.2	<i>Il procedimento.</i>	126

VI.2 <i>L'Arbitrato c.d. semplificato</i>	132
VII. PRIME APPLICAZIONI E SPUNTI DI RIFORMA.....	138

CAPITOLO 5

L'ARBITRO BANCARIO E FINANZIARIO

I. NASCITA E FUNZIONE DELL'ABF NEL SISTEMA DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE BANCARIE E FINANZIARIE.....	142
II. IL QUADRO NORMATIVO.....	146
III. AMBITO SOGGETTIVO DI APPLICAZIONE.....	148
IV. AMBITO OGGETTIVO DI APPLICAZIONE.....	151
V. RAPPORTI TRA L'ABF E LE ALTRE PROCEDURE (GIUDIZIALI E STRAGIUDIZIALI) DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE BANCARIE.....	155
VI. L'ORGANO DECIDENTE.....	158
VI.1 <i>Struttura</i>	158
VI.2 <i>Requisiti soggettivi</i>	159
VI.3 <i>Funzionamento</i>	161
VI.4 <i>Collegio di Coordinamento</i>	162
VI.5 <i>Segreteria Tecnica</i>	163
VII. PROCEDIMENTO E DECISIONE.....	165
VII.1 <i>Reclamo all'intermediario</i>	165
VII.2 <i>Ricorso all'ABF</i>	167
VII.2.1 <i>Termini e modalità di ricorso</i>	167
VII.2.2 <i>Oggetto del reclamo e oggetto del ricorso</i>	170
VII.3 <i>Decisione sul ricorso</i>	172
VII.4 <i>Segnalazione del prefetto all'ABF</i>	175
VII.5 <i>Sanzione reputazionale per l'intermediario</i>	180
VII.6 <i>Caratteristiche ed efficacia della decisione</i>	181
VII.7 <i>Rimedi dell'intermediario contro la decisione</i>	183
VIII. LA NATURA GIURIDICA DELL'ISTITUTO.....	186
VIII.1 <i>ABF e conciliazione</i>	188
VIII.2 <i>ABF e arbitrato</i>	190
VIII.3 <i>ABF e arbitraggio</i>	194
VIII.4 <i>ABF e accertamento tecnico strumentale all'azione di vigilanza</i>	195
VIII.5 <i>Considerazioni conclusive</i>	197
IX. ADESIONE DELL'ABF ALLA RETE FIN.NET.....	198
X. QUALCHE "NUMERO" SULL'ABF.....	199
BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE	201

CAPITOLO 1
LA TUTELA DELLA CLIENTELA NELLA REGOLAMENTAZIONE
BANCARIA E FINANZIARIA: LE LINEE GUIDA

SOMMARIO: I. La stabilità del sistema finanziario e la tutela della clientela come obiettivo dell'attività di vigilanza. - II. Gli strumenti preposti alla tutela della clientela bancaria e finanziaria e a garanzia della stabilità del sistema finanziario.

I. LA STABILITÀ DEL SISTEMA FINANZIARIO E LA TUTELA DELLA CLIENTELA COME OBIETTIVO DELL'ATTIVITÀ DI VIGILANZA.

Nel corso degli ultimi anni, complice anche la profonda crisi che ha colpito l'intero sistema economico e finanziario internazionale, le autorità politiche e di vigilanza, sia a livello nazionale, sia - soprattutto - a livello comunitario e internazionale hanno posto una crescente attenzione sulla necessità di predisporre **efficaci strumenti di tutela e protezione dei clienti** degli intermediari bancari e finanziari.

La ragione di fondo di questa tendenza va ricercata soprattutto nell'esigenza di preservare e migliorare il **rapporto di fiducia** tra il sistema bancario e finanziario e la sua clientela, poiché - si è osservato - maggior fiducia della clientela nel sistema, significa anche maggiore stabilità del sistema ⁽¹⁾.

La fiducia incoraggia il risparmio, il risparmio consente di acquisire risorse da immettere nel ciclo produttivo, maggiori risorse disponibili significa possibilità di alimentare il sistema produttivo e la crescita economica. Insomma, la fiducia contribuisce in modo determinante a preservare la stabilità del sistema finanziario, perché è solo mantenendo relazioni stabili e positive con la clientela che gli intermediari possono contare su un flusso continuo di liquidità ossia un fattore essenziale per superare situazioni d'incertezza e tensione sui mercati finanziari ⁽²⁾.

Infatti, la decisione di conferire il risparmio nel sistema bancario trova fondamento proprio nella fiducia del pubblico nella capacità delle banche di impiegare il risparmio raccolto in modo sicuro e redditizio e, più in generale, nel buon funzionamento del sistema finanziario.

Insomma, esiste una stretta **connessione** tra la correttezza delle relazioni tra

⁽¹⁾ BANCA D'ITALIA, *Considerazioni finali*, 31.5.2008, p. 17-19, consultabile su http://www.bancaditalia.it/interventi/integov/2008/cf/cf07/cf07_considerazioni_finali.pdf, dove l'allora Governatore Mario Draghi ha evidenziato che *“la correttezza nei confronti del cliente non è solo un obbligo giuridico, è anche presidio di stabilità”*.

⁽²⁾ BANCA D'ITALIA, *Considerazioni finali*, cit., p. 17-19.

clienti e intermediari bancari e finanziari e le finalità proprie della vigilanza prudenziale: comportamenti corretti e trasparenti con i clienti sono cruciali per assicurare il perseguimento della sana e prudente gestione, in quanto prevengono l'insorgere di rischi legali e di reputazione che possono inficiare la fiducia della clientela e con essa la stabilità degli intermediari e del sistema nel suo complesso ⁽³⁾.

A motivo di quanto precede, la più recente evoluzione della regolamentazione finanziaria considera la **tutela della clientela** come un obiettivo **diretto e primario** dell'attività di vigilanza e non semplicemente un corollario dell'obiettivo della sana e prudente gestione degli intermediari e della stabilità complessiva del sistema bancario e finanziario ⁽⁴⁾: la tutela della clientela è divenuta una **precondizione** della sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, un **presupposto** dell'affidabilità del sistema finanziario, un **requisito** per il radicarsi della fiducia.

Da qui l'esigenza di predisporre efficaci strumenti di tutela della clientela degli intermediari bancari e finanziari, da qui l'esigenza (anche) di strumenti efficaci di risoluzione (stragiudiziale) delle controversie con gli intermediari bancari e finanziari.

* * *

II. GLI STRUMENTI PREPOSTI ALLA TUTELA DELLA CLIENTELA BANCARIA E FINANZIARIA E A GARANZIA DELLA STABILITÀ DEL SISTEMA FINANZIARIO.

Gli strumenti preordinati alla tutela della clientela bancaria e finanziaria, pur essendo ontologicamente diversi gli uni dagli altri, partono dalla comune considerazione

⁽³⁾ La crisi finanziaria tutt'ora in atto ha posto in evidenza come il venire meno della fiducia può provocare effetti destabilizzanti sui mercati e sugli intermediari, con una propagazione di tali effetti tra i vari segmenti di attività e tra paesi, in conseguenza della globalizzazione dei mercati e delle interconnessione tra i sistemi, v. COLOMBINI - CALABRÒ, *Crisi globale e finanza innovativa. Irrazionale creazione, trasferimento e moltiplicazione del rischio di credito*, Utet, Torino, 2009; v. da ultimo, *Rapporto sulla stabilità finanziaria*, n. 3 - Aprile 2012, predisposto da Banca d'Italia e consultabile sul sito web www.bancaditalia.it; DRAGHI, *Come ripristinare la stabilità finanziaria*, Intervento alla Bundesbank Lecture 2008, Berlino, 16.9.2008, consultabile su www.bancaditalia.it/interventi/integov/2008; DRAGHI, *Modernisation of the Global Financial Architecture: Global Financial Stability*, Intervento al parlamento europeo, Committee on Economic and Monetary Affairs, 17.3.2010; MASERA (a cura di), *The Great Financial Crisis. Economics, Regulation and Risk*, Banca Editrice, Roma, 2009; SMITH, *The Age of the Instability: The Global Financial Crisis and What Comes Next*, Profile Books, London 2010.

⁽⁴⁾ Si veda in tal senso l'inserimento della "tutela degli utenti" nell'art. 146 del D.lgs. 1.9.1993, n. 385 (i.e. Testo Unico Bancario, di seguito, per brevità, "TUB") con il D.lgs. 27.1.2010, n. 11 in attuazione della Direttiva 2007/64/CE relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno. Inoltre, si veda l'introduzione nell'art. 127 TUB con D.lgs. 13.8.2010, n. 141, in attuazione della Direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito al consumo, della "trasparenza delle condizioni contrattuali" e la "correttezza dei rapporti con la clientela" tra le finalità che le autorità creditizie (Banca d'Italia e CICR) devono perseguire nell'esercizio dei poteri di previsti dal Titolo VI del TUB.

che il cliente nel rapporto contrattuale con la banca o l'intermediario finanziario rappresenta il **contraente debole**.

Partendo da tale assunto, gli strumenti di tutela si prefiggono di **riequilibrare** il rapporto contrattuale, riducendo - per quanto possibile e secondo logiche e forme diverse - la posizione di naturale forza e superiorità dell'intermediario, riportando così il rapporto su un piano di parità.

Precisamente:

➤ *da un lato*, troviamo prescrizioni di **trasparenza** nei rapporti contrattuali ossia norme che obbligano le banche a fornire al cliente un'informativa completa, chiara e adeguata sui prezzi, le condizioni, i rischi e i diritti connessi ai prodotti e servizi offerti, affinché quest'ultimo possa compiere le proprie scelte con maggiore autonomia e consapevolezza.

Gravano così sugli intermediari obblighi in materia di pubblicità (documentazione obbligatoria da predisporre e mettere a disposizione della clientela, obbligo di conformità tra condizioni pubblicizzate e oneri effettivamente applicati, comunicazioni periodiche da inviare alla clientela), nonché specifici presidi relativi alla forma (i.e. forma scritta a pena di nullità, salvo alcuni casi espressamente esclusi) e al contenuto dei contratti bancari (es. indicazione delle condizioni economiche e delle clausole indicate nel foglio informativo, nonché previsione di nullità relative invocabili dal solo cliente) ⁽⁵⁾.

Tuttavia, la trasparenza da sola si è rilevata essere insufficiente per garantire un'**adeguata ed effettiva** tutela al cliente (l'eccesso d'informazioni fornite alla clientela, il numero elevato di documenti cartacei, la previsione di requisiti formali che non entrano nel merito dell'equilibrio contrattuale e della sua equità sostanziale hanno rappresentato il presupposto di un lavoro di analisi e di revisione delle regole sulla trasparenza) così sono state introdotte disposizioni che, accanto alla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, introducono specifiche previsioni volte ad assicurare la **correttezza** sostanziale delle relazioni tra intermediari e clienti ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ In Italia la disciplina di trasparenza è stata introdotta nel 2003 (v. BANCA D'ITALIA, *Istruzioni di vigilanza per le banche*, Circolare n. 229, Titolo X, Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari, Aggiornamento n. 9 del 25.7.2003 e s.m.i.) con indubbi effetti positivi sulla chiarezza delle relazioni tra intermediari e i clienti.

⁽⁶⁾ Cfr. BANCA D'ITALIA, Provvedimento del 29.7.2009 (integrato da ultimo con

In questo senso devono essere letti gli obblighi di natura organizzativa e procedurale riguardanti i rapporti con la clientela al dettaglio che impongono agli intermediari bancari e finanziari di adottare “*accorgimenti di carattere organizzativo idonei ad assicurare che in ogni fase dell’attività di intermediazione sia prestata costante e specifica attenzione a tali profili*” ⁽⁷⁾.

In forza di tali previsioni gli intermediari vigilati sono tenuti a disporre procedure interne preposte a valutare che la struttura, le caratteristiche ed i rischi dei prodotti offerti siano effettivamente comprensibili alla clientela bancaria. In particolare, laddove debbano essere adottate formule per la remunerazione degli affidamenti o degli sconfinamenti particolarmente complesse, gli intermediari devono prevedere procedure volte all’assistenza della clientela per agevolarne la comprensione. Nella commercializzazione dei contratti di finanziamento, le suddette procedure devono prevedere che la documentazione di trasparenza sia completa, chiara ed accessibile da parte della clientela, evitando modalità oggettivamente idonee ad indirizzare il cliente verso prodotti manifestamente inadatti alle proprie esigenze finanziarie. A tal fine, gli addetti alla rete di vendita devono essere formati ed informati sulle disposizioni di trasparenza che sul contenuto dei prodotti offerti e devono essere retribuiti con modalità tali per cui non deve rappresentare incentivo la commercializzazione di prodotti inadeguati rispetto alle esigenze finanziarie dei clienti. Infine, le procedure devono essere adeguatamente formalizzate e informate a principi di proporzionalità, avendo riguardo alla complessità dei prodotti, alle tecniche di commercializzazione impiegate e alle diverse tipologie di clienti ⁽⁸⁾;

- *dall’altro lato*, troviamo iniziative volte a **educare** i fruitori dei servizi bancari e finanziari, poiché la tutela della clientela passa necessariamente anche attraverso un accrescimento generalizzato del livello di cultura finanziaria e una maggiore

provvedimento del 20.6.2012) recante disposizioni su “*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*” consultabile sul sito web www.bancaditalia.it.

⁽⁷⁾ Cfr. BANCA D’ITALIA, Provvedimento del 29.7.2009 (integrato da ultimo con provvedimento del 20.6.2012) recante disposizioni su “*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*”, sez. XI, consultabile sul sito web www.bancaditalia.it.

⁽⁸⁾ Cfr. LA TORRE, *Intermediari finanziari e soggetti operanti nel settore finanziario*, in *Trattato di diritto dell’economia*, diretto da Picozza-Gabrielli, VIII, Padova, 2010, p. 252-253.

diffusione dei principi di base della finanza ⁽⁹⁾. L'educazione finanziaria costituisce infatti “*il processo attraverso il quale i consumatori/investitori finanziari migliorano la propria comprensione di prodotti e nozioni finanziarie e, attraverso l'informazione, l'istruzione e un supporto oggettivo, sviluppano le capacità e la fiducia necessarie per diventare **maggiormente consapevoli dei rischi e delle opportunità finanziarie, per effettuare scelte informate, comprendere a chi chiedere supporto e mettere in atto altre azioni efficaci per migliorare il loro benessere finanziario***” ⁽¹⁰⁾;

- *infine*, il quadro degli strumenti di tutela è stato completato dall'introduzione - su impulso della normativa comunitaria (v. *infra* sub Cap. 2) - di **systemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie** (c.d. *Alternative Dispute Resolution*) i cui tratti distintivi sono costituiti dalla **facilità di accesso, rapidità, economicità ed efficacia**.

I sistemi di ADR costituiscono importanti strumenti di tutela della clientela *non solo* in quanto permettono di comporre con rapidità ed efficacia le controversie insorte con l'intermediario, *ma anche* perché, proprio in virtù delle loro caratteristiche, contribuiscono a rafforzare la correttezza nei rapporti giuridici tra intermediari e loro clienti e ad accrescere la fiducia di quest'ultimi nel sistema finanziario: *da un lato*, i clienti consapevoli che l'eventuale “torto” subito dall'intermediario sarà sanzionato ed il pregiudizio sofferto potrà essere rapidamente ed efficacemente ristorato, sono naturalmente portati ad avere maggior fiducia nel sistema finanziario e nelle sue istituzioni mentre, *dall'altro lato*, gli intermediari sono incentivati al rispetto delle regole tenuto conto che i loro comportamenti possono essere valutati (ed eventualmente sanzionati) dalle

⁽⁹⁾ In Italia questa tendenza educativa è sfociata in un “*Protocollo d'intesa in materia di educazione finanziaria*” sottoscritto il 9.6.2010 dall'AGCM, Banca d'Italia, CONSOB, COVIP e ISVAP con lo scopo di promuovere e realizzare iniziative congiunte, rafforzare gli strumenti di cooperazione reciproca già esistenti e coordinare le attività future. L'intesa tra le predette Autorità muove dalla consapevolezza dell'importanza dell'educazione finanziaria nel realizzare le esigenze di tutela dei cittadini che utilizzano servizi bancari, finanziari, previdenziali e assicurativi, e dal convincimento che un diffuso livello di conoscenza sui temi finanziari sia in grado di apportare benefici alla stabilità finanziaria e alla società nel suo complesso (il testo del protocollo è consultabile sui siti web dell'AGCM, Banca d'Italia, CONSOB, COVIP e ISVAP).

⁽¹⁰⁾ Questa è la definizione di “educazione finanziaria” fornita dall'OCSE, in *Improving Financial Literacy. Analysis of Issues and Policies*, OECD, 2005.

autorità preposte alla vigilanza dei settori bancari e finanziari ⁽¹¹⁾, con tutte le conseguenze, anche di immagine e di natura reputazionale, che da tali sanzioni discendono.

Tanto doverosamente premesso, nel presente lavoro di tesi l'attenzione sarà focalizzata su quest'ultima tipologia di strumenti predisposti dal legislatore italiano a tutela della clientela degli intermediari bancari e finanziari e, a tal fine, - prima di procedere all'esame puntuale e specifico dei principali sistemi "specializzati" di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria e finanziari presenti in Italia (v. *infra* sub Cap. 3, 4 e 5) - si ritiene necessario dare conto dei principi comunitari da cui anche i sistemi di ADR italiani traggono ispirazione, passando in rassegna - seppur succintamente - come tali principi siano stati recepiti anche nei principali paesi comunitari (v. *infra* sub Cap. 2).

La descrizione degli elementi caratterizzanti i sistemi di ADR presenti nei principali Stati dell'Unione europea consentirà così di prendere consapevolezza di nozioni e prassi che, al momento di esaminare i sistemi di ADR italiani, potranno consentire lo svolgimento di alcune considerazioni di natura comparatistica.

Ma procediamo con ordine.

⁽¹¹⁾ In questo senso v. COMMISSIONE EUROPEA, *L'Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia*, COM (2011) 206, del 13.4.2011, e COMMISSIONE EUROPEA - DG SANCO, *Documento di consultazione: il ricorso a forma alternative di risoluzione delle controversie come strumento per risolvere le controversie relative alle transazioni e alle prassi commerciali internazionali*, consultabile su http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/dgs_consultations afferma testualmente che "l'accesso a strumenti efficienti di risoluzione delle controversie e a meccanismi che facilitino l'ottenimento di risarcimenti da parte dei consumatori quando i loro diritti sono violati dagli operatori economici promuove la fiducia dei consumatori nel mercato e migliora il suo funzionamento".

CAPITOLO 2

I SISTEMI DI ADR DEL SETTORE BANCARIO E FINANZIARIO NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: I. Una necessaria premessa: che cosa s'intende per sistemi di *Alternative dispute resolution*? - II. L'evoluzione della normativa comunitaria in materia di ADR. - III. I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario nel Regno Unito. - III.1 *Ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione del Financial Ombudsman Service*. - III.2 *Natura giuridica e struttura organizzativa*. - III.3 *Composizione e nomina dell'Ombudsman*. - III.4 *Condizioni di accesso al sistema*. - III.5 *Natura e svolgimento del procedimento*. - III.6 *Caratteristiche e natura della decisione*. - III.7 *I "numeri" del Financial Ombudsman Service*. - IV. I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario in Germania. - IV.1 *Composizione e nomina dell'organo decidente*. - IV.2 *Struttura organizzativa*. - IV.3 *Ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione*. - IV.4 *Caratteristiche del procedimento e natura della decisione*. - V. I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario in Francia. - V.1 *Organizzazione dei servizi di mediazione*. - V.2 *Funzione e attività dei mediatori*. - V.3 *Rapporti con l'autorità giudiziaria*. - V.4 *Condizioni di accesso al sistema*. - V.5 *Ambito soggettivo di applicazione*. - V.6 *Ambito oggettivo di applicazione*. - V.7 *Svolgimento del procedimento*. - V.8 *Natura e caratteristiche della pronuncia*. - VI. I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario in Spagna. - VI.1 *Ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione del Servicio de Reclamaciones*. - VI.2 *Tipologie di ricorsi esperibili*. - VI.3 *Condizioni di accesso al sistema e rapporti con l'autorità giudiziaria e arbitrale*. - VI.4 *Svolgimento del procedimento*. - VI.5 *Caratteristiche e natura della decisione*. - VII. Osservazioni conclusive: uno sguardo d'insieme.

I. UNA NECESSARIA PREMESSA: CHE COSA S'INTENDE PER SISTEMI DI *ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION*?

L'espressione di origine anglosassone *Alternative Dispute Resolution* (c.d. ADR) ⁽¹⁾

⁽¹⁾ Convenzionalmente, la nascita del movimento a favore della diffusione dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie viene fatta coincidere con la conferenza del 1976 organizzata per celebrare il settantesimo anniversario del discorso tenuto da Roscoe Pound, uno dei padri fondatori del diritto americano, dinanzi all'*American Bar Association* sul tema «*The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*» (cfr. 57 *American Bar Association Journal*, 1971, p. 248 ss). Nel constatare che più di mezzo secolo di riforme intervenute sia nella struttura dell'ordinamento giudiziario, sia nella disciplina del processo non aveva influito minimamente sul bassissimo indice di gradimento manifestato dai cittadini nei confronti dell'amministrazione della giustizia, le varie relazioni presentate alla Conferenza formulavano una serie di proposte tendenti a sottrarre alle Corti alcune categorie di controversie da dirottare verso organi di decisione estranei all'apparato giurisdizionale, di natura privata ed operanti secondo regole tali da configurare un procedimento flessibile ed informale. Vi era insomma l'esigenza di diversificare le procedure in ragione dell'oggetto della controversia in modo da ridurre il sovraccarico delle Corti e da consentire che le scarse risorse a loro disposizione potessero essere destinate alla definizione di pochi casi, per i quali il processo non costituisse la soluzione più antieconomica tra quelle astrattamente ipotizzabili (cfr. gli atti della conferenza in LEVIN-WHEELER (eds.), *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the future*, St. Paul, MN, 1979); per un quadro riassuntivo dei modelli di ADR sviluppatasi negli USA successivamente alla

è un «ombrello» ⁽²⁾ sotto il quale trovano riparo “**fenomeni eterogenei con cui si promuovono iniziative dirette a risolvere i conflitti senza pervenire alla pronuncia della decisione da parte del giudice (ordinario) competente. Vi si possono quindi comprendere sia i procedimenti - intesi in senso lato - rivolti a prevenire la lite in via conciliativa, sia quelli rivolti a “mediare” tra le parti contendenti per prevenire la lite, sia quelli rivolti a concludere una transazione tra le parti, sia quelli diretti ad ottenere questi risultati una volta che la lite sia già stata instaurata**” ⁽³⁾.

I sistemi di ADR sono quindi procedimenti, dalle più varie tipologie e forme più o meno destrutturate, che rappresentano un’**alternativa** alla *jurisdictio* statale ⁽⁴⁾, con la quale condividono la finalità, ossia quella di risolvere una controversia insorta tra le parti ⁽⁵⁾.

conferenza v. GREEN, *A comprehensive approach to the theory and practice of Dispute Resolution*, in 34 Journal Legal Education, 1984, p. 245 e ss.).

⁽²⁾ Così CASSANO, *ADR (Alternative Dispute Resolution)*, in *Transazione, arbitrato e risoluzione alternative delle controversie*, coordinato da Cassano, Torino, 2006, p. 475.

⁽³⁾ Così ALPA, *ADR*, in Alpa-Graziadei-Guarnieri-Mattei-Monasteri-Sacco, *Il diritto soggettivo, 2, La parte generale del diritto civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2001, p. 179. GUIZZI, *L’Arbitro Bancario e Finanziario nell’ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell’ABF*, in *Le Società*, 10, 2011, p. 1216-1217, segnala l’opportunità all’interno della categoria dei sistemi di ADR di **distinguer frequenter** (il riferimento è a TARUFFO, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti d’interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, I, p. 779) dato che se è vero che i sistemi di ADR “*obbediscono alla medesima esigenza di vertice, appunto quella di risolvere un conflitto tra i privati in relazione all’attuazione di un determinato rapporto giuridico*” è comunque necessario “*operare una distinzione tra gli strumenti che hanno per obiettivo la mera soluzione del conflitto e quelli che, viceversa, mirano a tutelare un diritto*”. Mentre, rispetto ai primi “*quello che conta è principalmente il risultato - ossia che il conflitto venga superato - potendo anche restare irrilevanti i metodi con cui tale obiettivo si consegue, gli strumenti preordinati a realizzare la tutela di diritti non sono mai indifferenti né al metodo, né al risultato*”: il **metodo** deve essere “**regolato e controllabile**”, mentre la **soluzione** deve essere auspicabilmente “**giusta, vale a dire una soluzione che statuisca sui torti e le ragioni dei contendenti**”. Sul problema di individuare una definizione di ADR v. NAZZINI, *Modelli conciliativi interni al processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 845-855, ove l’a. giunge ad elaborare una definizione molto “tecnica” secondo cui i “*metodi di risoluzione alternativa delle controversie saranno quegli strumenti che, in presenza di una controversia giuridicamente rilevante e idonea a dar vita ad una domanda giudiziale, escludono la decisione da parte del giudice statale mediante provvedimento giurisdizionale sulla domanda avente ad oggetto la tutela della situazione giuridicamente controversa, consentendo, tuttavia, di pervenire alla definizione di un assetto di interessi il cui effetto consiste nell’impedire che la stessa controversia possa validamente formare in sé e per sé oggetto di valida domanda giudiziale*”.

⁽⁴⁾ La COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*, COM (2002) 196 del 19.4.2002, parla invece di relazione di “complementarietà” rispetto all’azione giurisdizionale.

⁽⁵⁾ Così PETRELLA, in *Disegno sistematico dell’arbitrato*, a cura di Punzi, III, Padova, 2012, pag. 296. Per una definizione di ADR più “ampia” idonea a comprendere anche lo strumento della *class action* è CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Processes within Framework of the*

Le ragioni del successo delle procedure di ADR sono molteplici e vanno ricercate (i) nella varietà delle forme che possono essere seguite; (ii) nelle loro caratteristiche (tutte le ADR promettono di esser *faster, cheaper and less formal than litigation*); (iii) nella creatività *in resolution* (le soluzioni delle controversie possono essere le più diverse non essendoci normalmente modelli cui occorre conformarsi); (iv) nella capacità di assicurare la massima riservatezza e flessibilità al procedimento; (v) nella loro capacità di preservare i rapporti commerciali o professionali tra le parti in conflitto (rapporti che invece sono distrutti dalla *litigation*, anche per la necessaria pubblicità dei processi) ⁽⁶⁾.

I sistemi di ADR possono essere raggruppati e classificati secondo differenti parametri ⁽⁷⁾, tuttavia - per ciò che si dirà nel proseguo della trattazione (v. *infra* sub par. II) - preme ricordare la distinzione tra i sistemi di tipo **aggiudicativo-decisorio** (c.d. *determinative* o *evaluative*) e quelli di tipo **consensuale-facilitativo** (c.d. *facilitative*) ⁽⁸⁾.

World-Wide Acces-to-Justice Movement, in *The Modern Law Review*, 1993, p. 282 e ss ove gli Alternative Dispute Resolution Processes sono “*those devices - wheter judicial or not - that have emerged as alternatives to the ordinary or traditional type procedures?*”. Cfr. anche COMOGLIO, *Metodi alternative di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 318 e ss ove l’a. conduce un’analisi dei separata dei sistemi di ADR nei paesi di *common law* e in quelli di *civil law*.

⁽⁶⁾ Così DANOVÌ, *Le ADR (Alternative Dispute Resolutions) e le iniziative dell’Unione Europea*, in *Giur. it.*, 1997. IV, p. 327-328. Interessanti osservazioni sull’utilità dei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie per il settore finanziario sono contenute nello studio inglese NATIONAL CONSUMER COUNCIL, *Banking services and the consumer*, 1983, p. 108 (riportato da RAMSAY, *Consumer law and policy*, Hart, Oxford, 2007, p. 240) dove si osserva che “*the advantages do not lie only with the consumers. The banks have much to gain as well. Such a scheme would be an effective means of improving and maintaining public confidence...and it could reduce the risks of the bad publicity for a bank which sorrounds the occasional case which does get to court*”. Per una critica ai sistemi ADR v. SILVESTRI, *Osservazioni in tema di strumenti alternative per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, p. 321 e ss. ove l’a. si propone l’intento di rilevare il *dark side* dei sistemi di ADR.

⁽⁷⁾ A titolo esemplificativo, si ricorda la distinzione tra ADR Privata (*Private ADR*, ossia procedure ADR intraprese volontariamente dalle parti o in base ad una clausola contrattuale, in assenza di un ordine o di una decisione del tribunale) e ADR Pubblica o Endoprocessuale (*Court-Connected ADR* ossia qualsiasi programma o procedura ADR usata dietro l’ordine o in collegamento con un tribunale al fine di risolvere una vertenza sottoposta a giudizio ordinario o in luogo di una prosecuzione della causa).

⁽⁸⁾ Una importante distinzione è tra le procedure di ADR “**primarie**” e quelle “**ibride**” e “**multifase**”. Nel primo gruppo rientrano le procedure costituite dalle tre principali forme di risoluzione delle controversie vale a dire la negoziazione (le parti interagiscono, direttamente o con l’assistenza di consulenti, senza l’ausilio di un terzo neutrale), la conciliazione (le parti interagiscono, normalmente assistite da consulenti, con l’ausilio di un terzo neutrale privo del potere di emettere una decisione vincolante) e l’arbitrato (le parti interagiscono, quasi sempre assistite da consulenti, con l’ausilio di un terzo neutrale dotato del potere di emettere una decisione vincolante). Nel secondo gruppo rientrano procedure

Mentre nei sistemi *determinative* il terzo risolve la controversia assumendo una decisione imparziale rispetto alle differenti posizioni assunte dalle parti ⁽⁹⁾, nei sistemi *facilitative* il terzo tenta invece più semplicemente di facilitare il raggiungimento di un accordo tra le parti senza poter imporre alcuna decisione ⁽¹⁰⁾.

Tanto premesso, si può adesso passare ad una breve disamina dei principali atti normativi comunitari che - predisposti con l'obiettivo di assicurare un elevato livello di protezione dei consumatori (questa è infatti la categoria di soggetti cui si sono anzitutto rivolte le iniziative legislative adottate dagli organismi comunitari) - hanno incentivato lo sviluppo e la diffusione dei sistemi di ADR all'interno dello spazio economico europeo, fissando principi cui le diverse legislazioni nazionali sono gradualmente conformate seppur attraverso l'impiego forme e soluzioni assai diverse tra di loro.

* * *

II. L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA COMUNITARIA IN MATERIA DI ADR.

L'impulso dell'Unione Europea nello sviluppo e diffusione di strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie, soprattutto in materia bancaria e finanziaria, è stato determinante. Il legislatore comunitario, pur lasciando agli Stati membri la libertà di adottare i sistemi ritenuti più opportuni ⁽¹¹⁾, ha difatti progressivamente identificato i

che combinano le caratteristiche delle procedure primarie, al fine di fornire agli utenti di un sistema di ADR lo strumento più confacente alle esigenze del caso di specie, in particolare si parla di procedure "ibride" con riferimento ai tavoli negoziali paritetici, agli istituti di autoregolamentazione, all'*early neutral evaluation*, al *mini-trial*, all'*adjudication*, all'arbitrato legato, all'arbitrato *baseball* e *baseball* notturno, si parla di procedure multifase con riferimento alla *med-arb* e all'*arb-med* (una sorta di combinazione tra *arbitration* e *mediation*). Per una panoramica sulle procedure "primarie", "ibride" e "multifase" cfr. DE PALO, in *Arbitrato, ADR, conciliazione*, a cura di Rubino-Sammartano, Torino, 2009, p. 1189 e ss.

⁽⁹⁾ THE AUSTRALIAN COMMERCIAL DISPUTES CENTRE (ACDC), chiarisce che "*in determinative processes an ADR practitioner evaluates the dispute (which may include the hearing of formal evidence from the parties) and makes a determination. Examples of determinative ADR processes are arbitration, expert determination and private judging*" (v. <https://www.acdcltd.com.au>).

⁽¹⁰⁾ THE AUSTRALIAN COMMERCIAL DISPUTES CENTRE (ACDC), chiarisce che "*in facilitative processes an ADR practitioner assists the parties to a dispute to identify the disputed issues, develop options, consider alternatives and endeavour to reach an agreement about some issues or the whole dispute. Examples of facilitative processes are mediation, facilitation and facilitated negotiation*" (v. ancora <https://www.acdcltd.com.au>).

⁽¹¹⁾ KATHOLIEKE UNIVERSITEIT LEUVEN, CENTRE FOR EUROPEAN ECONOMIC LAW, *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings*, 2007, ha rilevato che "*there is a multitude of ADR methods used in twenty eight jurisdictions. States effectively put in place a "cocktail" of various possible ADR processes and techniques. Every State has its unique mix. Such a mix is moreover directly intertwined with civil procedure laws, court systems, rules of evidence and bar regulations. The resulting divergence indicates that it is far from self-*

principi irrinunciabili e **indefettibili** cui ciascun sistema è stato chiamato a conformarsi.

Di seguito verrà dato sinteticamente conto dei principali atti comunitari che hanno costituito la base per l'introduzione anche in Italia dei sistemi di ADR improntati alla tutela (in primo luogo, anche se non esclusivamente) del consumatore (e, in particolare, del consumatore di prodotti bancari e finanziari), ciò al fine di evidenziare sia le linee guida tracciate dal legislatore comunitario, sia le soluzioni applicative adottate nei principali Stati dell'Unione Europea (Regno Unito, Germania, Francia e Spagna, v. *infra* sub par. III-IV-V-VI) ⁽¹²⁾.

Anzitutto, occorre ricordare il Libro Verde, predisposto dalla Commissione Europea nel 1993 ⁽¹³⁾ e relativo all'accesso dei consumatori alla giustizia e alla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico ⁽¹⁴⁾.

Tale atto normativo costituisce il primo studio comparato delle procedure giudiziali e stragiudiziali previste nei singoli ordinamenti nazionali a tutela dei diritti dei consumatori. In particolare, la Commissione si è preoccupata di analizzare le difficoltà connesse alle controversie transfrontaliere di modesto valore (c.d. *small claims*), auspicando la creazione di un dispositivo di gestione di tali controversie, nonché lo sviluppo di procedure extragiudiziali che permettessero di ridurre lo squilibrio tra il

evident to come up with one "ideal ADR"-system. In addition, the relationships, overlaps and gaps among the different kinds of procedures within the ADR continuum, reflect a complex tangled web that also varies from jurisdiction to jurisdiction?

⁽¹²⁾ Il testo integrale di tutti gli atti comunitari richiamati nel presente scritto è consultabile sul sito web <http://eur-lex.europa.eu>.

⁽¹³⁾ COMMISSIONE EUROPEA, Libro Verde, *L'accesso dei consumatori alla giustizia e alla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del Mercato unico*, COM 93-576, del 16.11.1993. Fra gli studi dedicati al Libro Verde si segnalano CAPPONI, *Il libro verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia*, in Doc. giust., 1994, p. 362 e ss; MARTINELLO, *Libro verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia: appunti per un'analisi critica*, in Doc. giust., p. 338 e ss; GASPARNETTI, *Consumatori, utenti e giustizia civile nel Mercato unico. Un dibattito aperto*, in Doc. giust., p. 30 e ss.

⁽¹⁴⁾ In realtà l'inaugurazione della politica comunitaria di protezione del consumatore viene sancita nel 1975 dal primo "Programma preliminare per una politica di protezione e informazione del consumatore" (cfr. Risoluzione del Consiglio del 14.4.1975, C 92/1) con cui è stata tracciata la trama delle cinque categorie di diritti fondamentali riconosciuti al consumatore: il diritto alla protezione della salute e della sicurezza, alla tutela degli interessi economici, al risarcimento dei danni, all'informazione, all'educazione ed alla rappresentanza. Per una cronologia essenziale delle iniziative dell'Unione Europea in tema di tutela dei consumatori e risoluzione stragiudiziale delle controversie transfrontaliere v. AMBROSI, *Sistemi di soluzione delle controversie: creazione di una rete giudiziaria europea per la tutela dei consumatori e la risoluzione delle controversie transfrontaliere*, in *Giur. it.*, 2005, p. 208 e ss.

costo della procedura giudiziaria transfrontaliera e il valore della controversia. La pubblicazione del Libro Verde ha così costituito lo strumento propulsore della partecipazione degli Stati membri e degli enti interessati alla politica comunitaria di tutela dei consumatori.

Alla base del Libro Verde, sta difatti l'avvio di politiche di armonizzazione dell'accesso dei consumatori alla giustizia in quanto *“l'ordinamento giuridico comunitario è costituito da un sistema di norme la cui applicazione è in massima parte affidata non già ad un proprio ordinamento giudiziario, bensì alle giurisdizioni istituite nell'ambito degli ordinamenti giuridici nazionali”* e, quindi, *“se l'accesso all'autorità giudiziaria nazionale è ostacolato, viene a subire pregiudizio l'efficacia stessa del diritto comunitario e in particolare il principio di non discriminazione”*⁽¹⁵⁾.

A distanza di qualche anno dalla pubblicazione del Libro Verde, la Commissione ha emanato la Raccomandazione 98/257/CE del 30.3.1998 in tema di *“principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo”*⁽¹⁶⁾.

La Raccomandazione prevede in capo a tutti i sistemi ADR (esistenti o di futura creazione) c.d. *determinative* (non anche ai sistemi c.d. *facilitative*), competenti per la risoluzione stragiudiziale delle controversie di consumo, di rispettare sette fondamentali principi: (i) **indipendenza** (dell'organo chiamato a decidere della controversia); (ii) **trasparenza** (della procedura seguita per addivenire alla decisione); (iii) **contraddittorio** (tra le parti interessate, cosicchè ciascuna possa far conoscere il proprio punto di vista all'organo competente e, al contempo, prendere conoscenza della posizione espressa dalla controparte); (iv) **efficacia** (della procedura mediante termini brevi per la decisione e la possibilità per l'organo decidente di assumere tutte le informazioni rilevanti, nonché gratuità ovvero moderazione dei costi di procedura e, infine, assenza dell'obbligo di assistenza tecnica da parte di un legale); (v) **legalità** (della decisione che

⁽¹⁵⁾ I contributi propositivi e critici provenienti dagli Stati Membri e dagli stessi consumatori hanno così portato all'istituzione nel 1995 presso la Commissione Europea di un Comitato di Consumatori (ossia un organo consultivo per tutte le problematiche connesse alla tutela dei diritti dei consumatori) e nel 1996 alla predisposizione da parte della stessa Commissione Europea del *“Piano d'azione sull'accesso dei consumatori e sulla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato interno”*, COM (96) 13, del 14.2.1996.

⁽¹⁶⁾ EUROPEAN COMMISSION, *Recommendation of 30 march 1998 on the principles, applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes*, 98/257/EC, 30.3.1998.

deve essere motivata e pronunciata secondo diritto e non può mai derogare a danno del consumatore alle previsioni di maggior tutela previste dal diritto interno o comunitario); (vi) **libertà** (l'effetto vincolante della decisione può discendere solo da una libera accettazione delle parti e, nel caso del consumatore, non può derivare da un impegno che preceda l'origine della vertenza); e (vii) **rappresentanza** (le parti restano pienamente libere di farsi rappresentare o accompagnare da un terzo in qualunque fase della procedura) ⁽¹⁷⁾. L'obiettivo della Raccomandazione è stato duplice: *da un lato*, accrescere la fiducia dei consumatori offrendo un livello accettabile di qualità per le procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie e, *dall'altro lato*, incoraggiare la reciproca fiducia degli organismi responsabili, in modo tale che essi possano efficacemente collaborare al miglioramento del trattamento delle controversie transfrontaliere in materia di consumo ⁽¹⁸⁾.

A distanza di due anni dalla predetta Raccomandazione il Consiglio, con la Risoluzione 2000/C155/01 del 25.5.2000 relativa ⁽¹⁹⁾ ad una “*rete comunitaria di organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo*”, ha osservato che anche i sistemi ADR c.d. *facilitative* avevano dato una buona prova di sé nella risoluzione delle controversie dei consumatori ed ha quindi invitato la Commissione ad estendere i suddetti principi anche ai sistemi estranei al campo di applicazione della Raccomandazione 98/257/CE del 30.3.2007.

La Commissione, recependo l'invito del Consiglio, ha così emanato nel 2001 la Raccomandazione 2001/310/CE ⁽²⁰⁾ che, *da un lato*, ha esteso il campo di applicazione a tutti i sistemi di ADR siano essi di tipo aggiudicativo/decisorio, siano essi di tipo facilitativo/consensuale e, *dall'altro lato*, ha rielaborato e semplificato (riducendoli a quattro) i principi cui i sistemi di ADR nazionali devono conformarsi, vale a dire (i)

⁽¹⁷⁾ Per un primo commento alla Raccomandazione 98/257/EC del 30.3.1998 - che, in qualche misura, rappresenta altresì un'interpretazione “autentica”- si segnala NIKOLAKOPOULOU, *Accès à la justice. De nouveaux instruments*, in *Consumer Voice*, 1998, n. 1, p. 12 e ss e, ivi, 1999, n. 1, p. 6 e ss.

⁽¹⁸⁾ Così COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo sui reclami dei consumatori in materia di vendite a distanza e di pubblicità comparative*, COM (2000) 127, 10.3.2000.

⁽¹⁹⁾ COUNCIL, *Resolution on a Community-wide network of national bodies for the extra-judicial settlement of consumer disputes*, 2000/C 155/01, 25.5.2000.

⁽²⁰⁾ EUROPEAN COMMISSION, *Recommendation of 4 april 2001 on the principles for out-of-court bodies involved in the consensual resolution of consumer disputes*, 2001/310/EC, 4.4.2001.

imparzialità; (ii) trasparenza; (iii) efficacia e (iv) equità ⁽²¹⁾.

Sostanzialmente i “nuovi” principi hanno riproposto i medesimi contenuti dei “vecchi”, con un’unica importante **differenza**: il principio di legalità, in base al quale - come visto - la decisione deve essere secondo diritto e non può derogare alle tutele offerte dalle legge, viene sostituito dal principio di **equità**, secondo cui la soluzione proposta dal sistema conciliativo può essere meno favorevole del risultato in astratto ottenibile con l’applicazione di norme giuridiche, purché il consumatore - informato in linguaggio chiaro e comprensibile - resti **in ogni caso libero di accettare o meno la soluzione proposta**. Ciò non deve stupire dato che l’accordo di conciliazione, per sua natura, implica una parziale rinuncia di diritti disponibili da parte del legittimo titolare al fine di vedere assicurata, con rapidità ed effettività, un parziale riconoscimento delle proprie pretese ⁽²²⁾.

L’attività della Commissione è proseguita nel 2002 con la predisposizione di un Libro Verde relativo “*ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*” ⁽²³⁾ con il quale la Commissione, dopo aver raccolto informazioni sulla situazione esistente all’interno degli Stati Membri per quanto riguarda i modi alternativi di risoluzione delle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale, è stata chiamata a fare il punto della situazione, dando al contempo avvio ad un’ampia consultazione sugli aspetti maggiormente problematici delle procedure di ADR.

La sempre maggior attenzione delle istituzioni comunitarie per le procedure di ADR è culminata con la Direttiva 2008/52/CE del 21.5.2008 sulla mediazione ⁽²⁴⁾ in

⁽²¹⁾ Per uno studio approfondito della Raccomandazione 98/257/EC del 30.3.1998 e della Raccomandazione 2001/310/EC, 4.4.2001 v. CASPANI, *I consumatori e la giustizia. Conciliazione e arbitrato: l’evoluzione europea e l’esperienza nazionale*, Piacenza, 2002, rispettivamente p. 180 e ss e p. 196 e ss.; v. anche CONCA, *Le iniziative dell’Unione Europea in tema di tutela dei consumatori*, in *Composizione delle controversie commerciali con le procedure ADR. Opportunità per le imprese*, a cura di Benigni - Franzini, Milano, 2004, p. 85 e ss.

⁽²²⁾ Per una esaustiva analisi dei principi comunitari cfr. STICCHI DAMIANI, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica - Le iniziative del Consiglio d’Europa*, in *Riv. it. pubbl. comunitario*, 2003, p. 756 e ss.

⁽²³⁾ COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*, COM (2002) 196, 19.4.2002.

⁽²⁴⁾ La Direttiva definisce la mediazione come “*un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l’assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di*

materia civile e commerciale, il cui dichiarato scopo è quello di facilitare l'accesso alla giustizia, *da un lato*, attraverso la promozione del ricorso delle parti agli strumenti di mediazione e, *dall'altro lato*, assicurando un'armonica relazione tra questa tecnica di risoluzione stragiudiziale delle controversie e le procedure giurisdizionali ⁽²⁵⁾.

Insomma, tale provvedimento s'inserisce a pieno titolo nel filone d'interventi comunitari volti a promuovere strade alternative ai procedimenti giurisdizionali per una risoluzione più rapida ed efficace delle controversie, favorendo la diffusione della «cultura del compromesso», la quale si affianca ma non si sostituisce alla «cultura della decisione» ⁽²⁶⁾.

L'importanza “comunitaria” dei sistemi di ADR è stata poi definitivamente consacrata attraverso l'introduzione nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea della disposizione di cui all'art. 81, c. 2, lettera g) ove si prevede espressamente che il Parlamento Europeo ed il Consiglio adottano “*misure volte a garantire: (...) lo sviluppo di metodi alternativi di risoluzione delle controversie*” ⁽²⁷⁾.

Gli atti e le iniziative delle istituzioni comunitarie sin d'ora richiamate - come visto - si sono rivolte indistintamente a tutti i tipi di ADR, prescindendo dunque dall'oggetto specifico della controversia. Gli organi dell'Unione Europea hanno poi emanato atti e disposizioni che riguardano esclusivamente i **sistemi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario**.

A tale riguardo è possibile operare una classificazione in tre diversi gruppi. Precisamente:

- disposizioni che impongono agli Stati Membri l'obbligo di istituire sistemi di ADR e prevedere in capo agli intermediari un obbligo informativo in merito all'

uno Stato membro” (v. art. 3, Direttiva 2008/52/CE del 21.5.2008).

⁽²⁵⁾ La Direttiva ha, infatti, “*l'obiettivo di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario*” (v. art. 1, Direttiva 2008/52/CE del 21.5.2008). Sulla Direttiva v. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 357 e ss; MICELI, *La mediazione in materia civile e commerciale nella Direttiva 2008/52/CE*, in *Eur. dir. proc.*, 2009, p. 855 e ss; MINERVINI, *La Direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contr. impr./Eur.*, 2009, p. 41 e ss; VACCÀ, *La direttiva sulla conciliazione: un'occasione mancata?*, in *Contratti*, 2008, p. 857 e ss.

⁽²⁶⁾ Così SILVESTRI, *op. cit.*, p. 327.

⁽²⁷⁾ La disposizione è stata introdotta con il “Trattato di Lisbona” firmato dagli stati Membri il 13.12.2007.

- esistenza degli stessi e all'attivazione della procedura di ricorso ⁽²⁸⁾;
- disposizioni che impongono agli Stati Membri il solo obbligo di istituire sistemi di ADR ⁽²⁹⁾;
 - disposizioni che impongono agli Stati Membri l'obbligo di prevedere in capo agli intermediari il solo obbligo d'informativa in merito ai sistemi di ADR eventualmente esistenti e all'attivazione della procedura di ricorso ⁽³⁰⁾.

Si tratta quindi di una normativa “a macchia di leopardo”, con specifici settori regolati con un alto grado di dettaglio, ma priva di una sua organicità e sistematicità, ossia di norme generali valide a prescindere dalla singola tipologia di settore regolato. Tale frammentazione e la correlativa necessità di una direttiva quadro sono già stati segnalati nel Libro Verde del 1997, tanto che anche di recente ha formato oggetto di discussione attraverso un documento di consultazione predisposto dalla Commissione Europea - DG Sanco in tema di “*ricorso a forme alternative di risoluzione delle controversie come strumento per risolvere le controversie relative alle transazioni e alle prassi commerciali nell'Unione europea*” ⁽³¹⁾.

In ogni caso, i continui interventi (seppur settoriali) testimoniano la **costante attenzione delle istituzioni comunitarie verso i sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario**, specie tenuto conto della valenza che tali strumenti hanno nel garantire la tutela dei diritti dei consumatori di prodotti finanziari e, al contempo, preservare la fiducia negli intermediari e, a valle di ciò, la stabilità del sistema finanziario complessivamente considerato.

Proseguendo l'*excursus* dell'attività svolta dalle istituzioni comunitarie, nello specifico settore delle controversie transfrontaliere nel settore bancario e finanziario,

⁽²⁸⁾ Cfr. Direttiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13.11.2007 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno; Direttiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23.9.2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori; Direttiva 1997/5/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27.1.1997 sui bonifici transfrontalieri.

⁽²⁹⁾ Cfr. Regolamento (CE) n. 2560/2001 del Parlamento e del Consiglio del 19.12.2001 relativo ai pagamenti transfrontalieri in euro; Regolamento (CE) n. 924/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16.9.2009 relativo ai pagamenti transfrontalieri nella Comunità e che abroga il Regolamento (CE) n. 2560/2001.

⁽³⁰⁾ Cfr. Direttiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23.4.2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori.

⁽³¹⁾ Cfr. nota 11 sub Cap. 1.

deve essere segnalata un'ulteriore iniziativa della Commissione volta a favorire lo sviluppo e la cooperazione dei sistemi di ADR nell'ambito dello spazio economico europeo.

Si tratta di **Fin.Net.** (*Financial Dispute Resolution Network*) ossia una rete composta da organismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie operanti nei settori bancario, finanziario e assicurativo insediati nei diversi Stati membri dell'Unione Europea, oltreché l'Islanda, il Liechtenstein e la Norvegia (c.d. *European Economic Area - EEA*)⁽³²⁾.

Fin-net trae origine da un'iniziativa della Commissione del 2001⁽³³⁾ e trova il suo testo fondamentale in un *Memorandum of Understanding*⁽³⁴⁾ ai cui principi ciascun ADR si conforma⁽³⁵⁾.

Lo scopo della rete è aiutare i consumatori a risolvere controversie transfrontaliere in materia bancaria e finanziaria mediante lo svolgimento di un'attività di supporto informativo ed operativo che consente al consumatore di entrare in contatto con il sistema di soluzione stragiudiziale presente nel suo Stato di abituale

⁽³²⁾ Sulla genesi ed evoluzione di Fin-Net si rimanda a STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2004, pag. 143 e ss.

⁽³³⁾ Cfr. Fin-Net rappresenta un completamento della rete EEJ-Net (*European Extra-Judicial Network*) lanciata dalla Commissione Europea nel Maggio del 2000 (v. IP/00/445), rete costituita con l'obiettivo di agevolare il consumatore nell'individuazione del competente ADR nelle controversie transfrontaliere, senza specifico riferimento al settore bancario e finanziario (dal 2005 la rete si è unificata con i c.d. Eurosportelli e ha preso la denominazione di ECC - *European Consumer Center*). Al riguardo si vedano, tra gli altri documenti, la Decisione 283/1999 CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25.1.1999 che “*stabilisce un quadro generale per le attività comunitarie a favore dei consumatori*”, nonché la Risoluzione 2000/C 155/01 del Consiglio del 25.5.2000 “*relativa ad una rete comunitaria di organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo*”. Maggiori informazioni sull'attività ed i servizi offerti dalla rete ECC-Net sono disponibili sul sito web http://ec.europa.eu/consumers/ecc/index_en.htm.

⁽³⁴⁾ Il *Memorandum of Understanding on a Cross-Border-Out-of-Court Complaints Network for Financial Services in the European Economic Area* è consultabile sul sopramenzionato sito web <http://eur-lex.europa.eu>.

⁽³⁵⁾ Dal punto di vista organizzativo la rete Fin-Net si compone di tre organismi: (i) la rete degli ADR che sono membri di Fin-Net; (ii) una segreteria presso la Commissione Europea (Direzione Generale *Internal Market and Services*), la quale fornisce mezzi e personale per la gestione del sito internet e per le iniziative di collegamento tra i diversi ADR; (iii) un comitato guida (*steering committee*) composto da nove ADR membri nominati con un mandato biennale per elaborare le scelte di policy.

Maggiori informazioni sulla rete Fin-Net, ivi compresa una guida per il consumatore e *report* periodici sulle attività svolte dagli organismi nazionali aderenti alla rete, sono consultabili sul sito web http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/finnet/index_en.htm.

residenza (c.d. punto di contatto) anche quando la controversia deve essere istaurata contro un intermediario che ha sede in un diverso Stato, rendendo così più semplice avviare i procedimenti volti a comporre controversie transfrontaliere (c.d. *cross-border disputes*)⁽³⁶⁾.

Possono aderirvi solo gli organismi che siano stati notificati da ciascuno Stato membro alla Commissione europea e che assicurino i principi definiti nelle sopraricordate Raccomandazioni. Il *Memorandum of Understanding* fornisce le definizioni di lite transfrontaliera (i.e. controversia fra un consumatore che risiede in uno Stato membro e intermediario finanziario che ha sede in un diverso Stato membro), sistema competente (i.e. organo di risoluzione di controversie competente per i servizi finanziari nel Paese in cui è stabilito l'intermediario finanziario) e sistema più vicino (i.e. organo di risoluzione delle controversie per il pertinente settore dei servizi finanziari nel Paese di residenza del consumatore)⁽³⁷⁾.

In forza del *Memorandum of Understanding* il sistema più vicino (*the nearest scheme*) ha l'obbligo di (i) fornire al consumatore le informazioni necessarie ed opportune sulla rete e sul sistema competente (ossia indicare le scadenze temporali per l'inoltro del ricorso, la necessità (o meno) del preventivo reclamo all'intermediario finanziario, i limiti di valore dell'indennizzo che può essere richiesto, la natura e le caratteristiche della decisione); (ii) trasmettere il ricorso o indirizzare direttamente il consumatore al sistema competente; e (iii) indicare le disposizioni cogenti in materia di tutela del consumatore vigenti nello Stato membro di residenza di quest'ultimo. Il sistema competente (*the competente scheme*), invece, deve pronunciarsi nei tempi e secondo le modalità notificate alla Commissione europea e, con riferimento alle informazioni trasmesse dal sistema più vicino al consumatore, assicurare l'osservanza del livello di

(36) EUROPEAN COMMISSION - DG INTERNAL MARKET AND SERVICE, Evaluation of Fin-Net, Final Report, June 2009, indica chiaramente che la rete ha lo scopo di: (i) “provide consumers with easy and informed access to out-of-court redresses in cross-border disputes”; (ii) “ensure efficient exchange of information between European out-of-court complaint schemes so that cross-border complaints can be handled as quickly, efficiently and professionally as possible”; (iii) “ensure that out-of-court dispute settlement schemes from different EEA countries operate under a common set of principles”. Inoltre, si prevede che nel lungo termine l'attività di Fin-Net possa contribuire a: (iv) “improve the quality of dispute settlement in out-of-court complaint schemes throughout the EEA”; (v) “raise consumer confidence in buying financial services from other Member States”.

(37) Cfr. Art. 2, *Memorandum of Understanding on a Cross-Border-Out-of-Court Complaints Network for Financial Services in the European Economic Area*.

riservatezza previsto dalla normativa comunitaria ⁽³⁸⁾.

Infine, si rileva che la Commissione ha assunto nel tempo ulteriori iniziative in materia di ADR e, in particolare, ha curato un amplissimo e articolato studio nel 2009 dedicato agli ADR nell'Unione Europea il quale oltre ad offrire una valutazione complessiva dei sistemi adottati nei diversi ordinamenti nazionali, individua talune *best practices* ⁽³⁹⁾ con riferimento ai principi formulati nelle più sopra ricordate Raccomandazioni ⁽⁴⁰⁾. Precisamente:

- quanto ai principi di **imparzialità** e **indipendenza** ⁽⁴¹⁾, si individua, tra l'altro, quale migliore prassi, che (i) il *funding* dei sistemi di ADR sia pubblico (“*an ideal world public funding is the best guarantee of independence*”), ovvero se privato, che la gestione dei medesimi sia affidata a una *third neutral party* ovvero assoggettata a *good governance and oversight systems*; (ii) i criteri di nomina dei membri dell'ADR (insieme ai loro *curricula* e alle loro eventuali dichiarazioni di conflitti di interesse) siano resi pubblici; (iii) la composizione dell'organo decidente sia tale da garantire una bilanciata rappresentanza delle parti e assicurare requisiti di professionalità; (iv) l'organo decidente e lo staff di supporto sia costantemente aggiornato;
- quanto al principio di **trasparenza** ⁽⁴²⁾, si suggerisce che (i) gli intermediari

⁽³⁸⁾ Il riferimento è alla Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 95/46/Ce del 24.10.1995 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

⁽³⁹⁾ EUROPEAN COMMISSION - DG INTERNAL MARKET AND SERVICE, *Evaluation of Fin-Net, Final Report*, June 2009, p. 118, definisce le *best practice* “*as a practice that is efficient (cost wise and time wise), effective (reach the goal) and/ or convenient for consumer?*”.

⁽⁴⁰⁾ EUROPEAN COMMISSION - DG SANCO, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union. Final Report Submitted by Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium (CPEC)*, 16.10.2009.

⁽⁴¹⁾ EUROPEAN COMMISSION - DG SANCO, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union. Final Report Submitted by Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium (CPEC)*, 16.10.2009, p. 126, rileva che i principi di imparzialità e indipendenza “*can be achieved by ensuring that those who make the decisions have no conflict of interest, have the right skills and qualifications, are appointed for an appropriate period, and, if the decision is made by a panel, there must be equal representation of stakeholders?*”.

⁽⁴²⁾ EUROPEAN COMMISSION - DG SANCO, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union. Final Report Submitted by Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium (CPEC)*, 16.10.2009, p. 131, afferma che il principio di trasparenza viene garantito attraverso “*the provision of information about the procedure to any person requesting it, and the regular publication of information about the performance of the procedure?*”.

siano obbligati a informare la propria clientela in merito all'esistenza e alle modalità con le quali è possibile rivolgersi all'ADR, in particolare nelle lettere con le quali respingono i reclami dei clienti insoddisfatti (ciò in quanto “consumers are not always aware of its existence, as they are of the existence of the court system”); (ii) vengano predisposti meccanismi volti ad “incentivare” il rispetto delle decisioni dell'ADR, tramite l'attribuzione di efficacia giuridicamente vincolante alle decisioni oppure la pubblicazione dei nomi degli intermediari che non si sono adeguati alle decisioni (c.d. *naming and shaming*); (iii) venga utilizzato un linguaggio semplice nei confronti del pubblico anche attraverso l'impiego di una pluralità di forme (in primis *internet*) ciò al fine di favorire la diffusione delle informazioni; (iv) sia creata una *hotline*, insieme alla possibilità di un contatto nella fase iniziale della presentazione del ricorso, al fine di accertare in via informale la competenza dell'ADR;

- quanto al principio del **contraddittorio** ⁽⁴³⁾, sono richiamate le seguenti *best practices*: (i) flessibilità nell'acquisizione dei mezzi di prova (“there are no formal rules how the evidence must be obtained”); (ii) possibilità di audizione dei consumatori che ne facciano richiesta; (iii) possibilità per l'organo decidente di servirsi di esperti per i casi caratterizzati da un livello elevato di tecnicismo, senza costi aggiuntivi per i clienti ⁽⁴⁴⁾;
- quanto al principio di **efficacia** ⁽⁴⁵⁾, si raccomanda di (i) evitare una eccessiva

⁽⁴³⁾ EUROPEAN COMMISSION - DG SANCO, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union. Final Report Submitted by Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium (CPEC)*, 16.10.2009, p. 139, afferma che il rispetto del principio del contraddittorio presuppone che “all parties should be allowed to present their viewpoint before the competent body and to hear the arguments and the facts put forward by the other party and any experts statements”.

⁽⁴⁴⁾ EUROPEAN COMMISSION - DG SANCO, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union. Final Report Submitted by Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium (CPEC)*, 16.10.2009, p. 140, rileva che se una controversia si dimostra eccessivamente complicata quanto all'accertamento dei fatti “an ADR scheme may decide that the case is not suitable for ADR, and decline to decide the case on the merits”, ciò in quanto “ADR scheme are not under an obligation, as courts are, to come to a decision in each and every case”.

⁽⁴⁵⁾ EUROPEAN COMMISSION - DG SANCO, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union. Final Report Submitted by Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium (CPEC)*, 16.10.2009, p. 141, rileva che il principio di effettività comprende “requirements as to the accessibility, cost and duration of the procedure”. Ma non solo, “any effective ADR system should maintain essential rights and freedoms of consumers to be heard in a court law, while

frammentazione dei sistemi, favorendo al contrario un unico punto di raccolta dei ricorsi (“*a single entry point or referral system for consumers*”), successivamente inoltrati all’ADR competente; (ii) la predisposizione di processi interni di gestione dei ricorsi efficienti, con una programmazione dei carichi di lavoro, insieme, al confronto costante con altri sistemi di risoluzione stragiudiziale; (iii) l’intero procedimento che porta alla decisione non duri oltre 90 giorni e che per taluni casi, sia prevista una trattazione semplificata (c.d. *fast track*); (iv) offrire la possibilità di presentare il ricorso anche tramite email o online e che i documenti dell’ADR siano tradotti almeno in tutte le lingue ufficiali dello Stato in cui esso opera; (v) prevede la *binding nature of ADR decisions* come presupposto per ottenere una *high compliance rate*;

- quanto al principio di **libertà** ⁽⁴⁶⁾, si raccomanda che l’esecuzione della decisione assunta dall’ADR costituisca requisito per l’adesione all’associazione di categoria e, dove è prescritta dalla legge, garantisca un equo trattamento delle parti;
- quanto al principio di **legalità** ⁽⁴⁷⁾, si suggerisce che: (i) la struttura dei sistemi di ADR sia disciplinata dalla legislazione nazionale ; (ii) i termini e le condizioni che regolano il procedimento decisionale siano negoziate con le organizzazioni rappresentative dei consumatori; (iii) “*codes of practice, guidelines or term and conditions*” che stanno alla base del processo decisionale siano pubblicate in linguaggio chiaro e semplice (“*plain*”) e messe a disposizione dei consumatori prima di avviare un procedimento davanti all’ADR; (iv) siano fissati termini per comunicare le decisioni alle parti; (v) le motivazioni delle decisioni siano esaustive e comunicate in linguaggio semplice e comprensibile ai consumatori.

ensuring that ADR decisions are not only fair but are also meaningfully enforced and implemented?.”

(46) EUROPEAN COMMISSION - DG SANCO, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union. Final Report Submitted by Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium (CPEC)*, 16.10.2009, p. 152, libertà va intesa come “fairness” ossia “*the willingness of the parties to refuse to participate or to withdraw from the procedure and to the choice of the consumer as to whether to agree or not to the suggested solution*”.

(47) EUROPEAN COMMISSION - DG SANCO, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union. Final Report Submitted by Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium (CPEC)*, 16.10.2009, p. 152, legalità “*require that the decision taken by the ADR body may not result in the consumer being deprived of the protection afforded by the mandatory provisions of the law of the State where this body is established*” e, in ogni caso, “*based on the law, but may take into account considerations of reasonableness and fairness, as well as established sectoral codes of best practice*”.

- quanto al principio di **rappresentanza**, si raccomanda di indicare chiaramente che durante il procedimento il consumatore può essere assistito e rappresentato da una “*competent third party*”, normalmente un legale.

In conclusione, si può affermare che nel campo dei servizi bancari e finanziari l’azione d’impulso dell’Unione Europea è stata determinante e - come visto - si è sviluppata essenzialmente lungo tre direttrici:

- (i) introduzione di obblighi per gli Stati Membri di istituire procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie in alcune materie (bonifici transfrontalieri, servizi finanziari a distanza, servizi di pagamento, credito al consumatore);
- (ii) emanazione di raccomandazioni contenenti alcuni principi fondamentali ai quali i sistemi di ADR dei differenti Paesi sono chiamati ad uniformarsi;
- (iii) definizione di *best practices* di organizzazione e funzionamento dei sistemi.

Le scelte compiute dai singoli ordinamenti sono variegate, le configurazioni concretamente adottate differiscono sul piano istituzionale, organizzativo e operativo, tuttavia l’aspetto qualificante comune a tutti i sistemi è l’**effettività** della tutela offerta ai consumatori, specie per quanto riguarda i tempi di risposta, che costituiscono - indipendentemente dagli esiti dei procedimenti per la clientela - un elemento fondamentale ai fini della certezza e fluidità dei rapporti giuridici.

Prima di passare all’esame dei principali sistemi di ADR istituiti in Italia per la risoluzione delle controversie in materia bancaria e finanziaria, anche al fine di poter svolgere alcune considerazioni di tipo comparatistico nel proseguo del presente lavoro di tesi, si ritiene opportuno dare sinteticamente conto dei sistemi di ADR presenti in nei principali Paesi dell’Unione Europea (Regno Unito, Germania, Francia e Spagna), evidenziando le più significative analogie e differenze.

* * *

III. I SISTEMI DI ADR NEL SETTORE BANCARIO E FINANZIARIO NEL REGNO UNITO.

Nel Regno Unito il sistema di ADR in materia bancaria e finanziaria è oggi costituito dal *Financial Ombudsman Service* (FOS) ⁽⁴⁸⁾, organismo disciplinato dal *Financial*

⁽⁴⁸⁾ Il sito web dell’FSO (<http://www.financial-ombudsman.org.uk>) riporta numerose informazioni relative sia alle modalità di avvio del procedimento, sia alla struttura e al funzionamento dell’*Ombudsman scheme*, sia ai dati relativi all’attività annualmente svolta. Per

Service and Market Act 2000 (FSMA) ⁽⁴⁹⁾ - legge che regola l'attività bancaria finanziaria e di investimento - e dal *Consumer Credit Act 2006* ⁽⁵⁰⁾. La regolamentazione del FOS è completata dalle norme di dettaglio dell'*Handbook* ⁽⁵¹⁾ predisposto dalla *Financial Service Authority* (ossia l'autorità preposta alla protezione del consumatore nel comparto bancario e finanziario) ⁽⁵²⁾ oltreché dalle disposizioni interne redatte dallo stesso FOS e sottoposte all'approvazione dell'FSA ⁽⁵³⁾.

III.1 AMBITO SOGGETTIVO ED OGGETTIVO DI APPLICAZIONE DEL FINANCIAL OMBUDSMAN SERVICE.

Dal punto di vista **soggettivo**, la competenza del FOS è suddivisa in tre aree che coprono pressoché tutti i servizi bancari, finanziari e assicurativi.

Precisamente:

- (i) la *compulsory jurisdiction*: vi rientrano le controversie che coinvolgono tutti gli intermediari autorizzati e registrati presso la FSA (e dunque tutti gli intermediari che esercitano l'attività bancaria, finanziaria, assicurativa e di investimento, oltre gli emittenti di moneta elettronica e i prestatori di servizi di pagamento) i quali sono sottoposti *ex lege* alla competenza del FOS ⁽⁵⁴⁾;
- (ii) la *consumer credit jurisdiction*: vi rientrano le controversie che coinvolgono i

un'analisi dell'istituto in prospettiva comparatistica GUIDA, in *Sistemi alternative di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, a cura di Bocuzzi, Quaderni di ricerca giuridica - Banca D'Italia, Roma, 2010, allegato n. 3.

⁽⁴⁹⁾ V. *Financial Service and Market Act 2000*, Chapter 8, Part. XVI and Schedule 17, consultabile su <http://www.legislation.gov.uk>. L'FSMA è stato da ultimo integrato integrato dal *Financial Service Act 2010* consultabile sempre su consultabile su <http://www.legislation.gov.uk>.

⁽⁵⁰⁾ *Consumer Credit Act 2006*, Chapter 14, Section 59, consultabile su <http://www.legislation.gov.uk>.

⁽⁵¹⁾ FSA, *Handbook, Redress, Dispute Resolutions: Complaints*, consultabile su <http://fsahandbook.info/FSA>.

⁽⁵²⁾ L'FMSA, come integrato dal *Financial Services Act 2010*, ha attribuito all'FSA competenze in materia di *consumer protection*, nonché in ordine alla stabilità del sistema finanziario. L'FSA, in particolare, vigila su: banche, *building societies*, assicurazioni, intermediari non bancari e associazioni di categoria con poteri di regolazione, oltre che sui c.d. *mortgage lenders* e alcune imprese professionali con una significativa attività d'investimento.

⁽⁵³⁾ La versione consolidata delle norme elaborate in corso di tempo dal FOS e dall'FSA è pubblicata sul sito <http://fsahandbook.info/FSA/html/handbook/DISP>.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. *FSMA*, Chapter 8, Part XVI, Section 226 e *Handbook, Redress, Dispute Resolutions, Complaints*, DSP 2.6.

soggetti titolari di licenza rilasciata dall'*Office of fair trading* (OFT) - ossia l'autorità preposta alla tutela del consumatore - al fine di esercitare l'attività di credito al consumo (sia in via principale, sia in funzione della contestuale vendita di beni o servizi), purché non siano autorizzati dalla FSA. Se l'intermediario oltre ad avere la licenza dell'OFT, è anche titolare di autorizzazione della FSA, le controversie ricadono nella *compulsory jurisdiction* ⁽⁵⁵⁾;

(iii) la *voluntary jurisdiction*: vi rientrano le controversie che vedono coinvolti gli intermediari che aderiscono su base volontaria al FOS e che non sono sottoposti *ex lege* ad alcuna delle due precedenti *jurisdictions* (es. intermediari comunitari legittimati a operare nel Regno Unito pur in assenza di autorizzazione della FSA, ovvero altri soggetti esercenti attività strumentali o connesse a quelle finanziarie che non necessitano di autorizzazione) ⁽⁵⁶⁾.

Sempre dal punto di vista soggettivo, si osserva che la legittimazione ricorrere al FOS è riconosciuta ai **consumatori** e le **micro-imprese** ovvero agli **enti senza fine di lucro**, purché con un reddito annuo inferiore a un milione di sterline, nonché i **trustee** e i **trust** con un patrimonio netto inferiore a un milione di sterline ⁽⁵⁷⁾.

Dal punto di vista **oggettivo**, invece, il FOS è competente su ricorsi che riguardano azioni od omissioni relative a *regulated activities* ⁽⁵⁸⁾, cioè alle attività del settore bancario, finanziario, di investimento e assicurativo soggette a regolamentazione e supervisione pubblica e ricomprende sia la fase contrattuale (*customers*), sia quella precontrattuale (*potential consumers*) ⁽⁵⁹⁾.

III.2 NATURA GIURIDICA E STRUTTURA ORGANIZZATIVA.

Il FOS giuridicamente riveste la forma di una “*company limited by guarantee and not having a share capital*” (i.e. ente pubblico indipendente) chiamata **Financial Ombudsman Service Limited** la cui struttura e regole di funzionamento sono

⁽⁵⁵⁾ Cfr. *FSMA*, Chapter 8, Part XVI, Section 226A e *Handbook, Redress, Dispute Resolutions, Complaints*, DSP 2.6.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. *FSMA*, Chapter 8, Part XVI, Section 227 e *Handbook, Redress, Dispute Resolutions, Complaints*, DSP 2.6.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. *FSA, Handbook, Redress, Dispute Resolutions, Complaints*, DSP 2.7.3.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. *FSA, Handbook, Redress, Dispute Resolutions, Complaints*, DSP 2.3.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. *FSA, Handbook, Redress, Dispute Resolutions, Complaints*, DSP 2.7.9.

contenute nel relativo “*memorandum of association*”⁽⁶⁰⁾ (i.e. l’atto costitutivo) e nell’ “*article of association*”⁽⁶¹⁾ (i.e. lo statuto).

Il FOS è amministrato da un *board* composto da nove membri indipendenti (*directors*) compreso il *Chairman*⁽⁶²⁾. Il FMSA rimette alla FSA il potere di nomina e di rimozione dei *directors* e del *Chairman* (quest’ultima possibile solo con l’approvazione del Ministero del Tesoro) secondo modalità che devono comunque essere idonee a garantirne l’indipendenza dalla stessa FSA⁽⁶³⁾.

I *directors* non lavorano direttamente “sul campo”, non partecipano al procedimento decisionale delle singole controversie, ma la loro funzione è piuttosto quella di garantire che il FOS abbia risorse sufficienti per poter svolgere in modo efficace, imparziale e indipendente il proprio scopo⁽⁶⁴⁾.

Ai *directors* spetta la nomina degli *ombudsmen*⁽⁶⁵⁾ e la pubblicazione di un *report* annuale sull’attività del FOS⁽⁶⁶⁾, nonché dei verbali delle singole riunioni del *board*⁽⁶⁷⁾.

Gli uffici del FOS hanno sede a Londra, tuttavia esiste una rete di uffici informativi in quasi tutte le città dell’Inghilterra (c.d. *Citizens Advice Bureaux* o CAB) per far conoscere ai cittadini i propri diritti e le possibilità di utilizzare gratuitamente i servizi offerti dal FOS⁽⁶⁸⁾.

Sempre nell’ottica di svolgere le proprie funzioni in modo sempre più efficace, il FOS ha stipulato in corso di tempo “*memorandum of understanding*” con altri organismi (tra cui l’FSA e l’OFT) con cui vengono essenzialmente regolati gli scambi d’informazioni⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁰⁾ Il *memorandum of association* della Financial Ombudsman Service Limited è consultabile su http://www.financial-ombudsman.org.uk/faq/pdf/memorandum_of_association.pdf.

⁽⁶¹⁾ L’*article of association* della Financial Ombudsman Service Limited è consultabile su http://www.financial-ombudsman.org.uk/faq/pdf/articles_of_association.pdf.

⁽⁶²⁾ Cfr. Financial Ombudsman Limited *memorandum of association*, art. 4.

⁽⁶³⁾ Cfr. *FSMA*, Chapter 8, Schedules 17, Section 3.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. Financial Ombudsman Limited *article of association*, art. 8.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. Financial Ombudsman Limited *article of association*, art. 15.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. Financial Ombudsman Limited *article of association*, art. 59.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. Financial Ombudsman Limited *article of association*, art. 42.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. <http://www.citizensadvice.org.uk/index/getadvice.htm>.

⁽⁶⁹⁾ Il *memorandum of understanding* siglato tra l’FSA ed il FOS (aggiornato da ultimo 6.4.2007) è

A tale riguardo occorre ricordare, in particolare, il *memorandum of understanding* sottoscritto con l'FSA allo scopo di coordinare le rispettive attività. Infatti, come è stato correttamente osservato ⁽⁷⁰⁾, *da un lato*, il FOS potrebbe irrompere nel campo della regolamentazione del settore bancario e finanziario riservata alla FSA ⁽⁷¹⁾, mentre, *dall'altro lato*, il flusso informativo derivante dalle controversie trattate dall'*ombudsman* potrebbe essere di interesse per l'attività di vigilanza svolta dalla FSA.

In entrambe i fronti il *memorandum of understanding* fa leva sulla collaborazione, l'aggiornamento periodico reciproco e il rispetto delle relative competenze. Sul profilo della trasmissione delle informazioni, tuttavia, va considerato come possa sussistere un *trade off* tra riservatezza e collaborazione con l'autorità di vigilanza che il *memorandum of understanding* cerca di risolvere con due diversi regimi asimmetrici. Il primo, più restrittivo, per le informazioni detenute dalla FSA. Il secondo, più ampio, relativo alle informazioni detenute dal FOS, con la previsione di (i) un obbligo di comunicazione delle informazioni confidenziali che possono riguardare gravi deficienze dell'operatore, la mancanza dei requisiti di onorabilità o che comunque comportino la necessità di un'azione correttiva da parte della FSA; e (ii) un dovere di *disclosure* delle decisioni richieste dalla FSA per l'esercizio delle proprie funzioni.

III.3 COMPOSIZIONE E NOMINA DELL'OMBUDSMAN.

L'*Ombudsman* opera come organo giudicante in composizione monocratica (mai collegiale). Non esiste un "unico" *Ombudsman* ma un *panel* di *Ombudsmen* che vengono nominati dal *board* con mandato triennale in base a requisiti di professionalità (nei settori bancario, finanziario e assicurativo) e di onorabilità indicati dalla legge ⁽⁷²⁾, ciò al fine di garantire la maggior imparzialità possibile al sistema. In questa direzione (garanzia dell'imparzialità del sistema) è prevista una generale esenzione (salvo il caso di

consultabile su <http://www.fsa.gov.uk/pubs/mou/fsafos.pdf>, mentre quello intercorso tra l'OFT ed il FOS è reperibile su http://www.financial-ombudsman.org.uk/about/fos-OFT_MoU.pdf.

⁽⁷⁰⁾ CAMILLI, *Sistemi di risoluzione alternative delle controversie e sistemi di vigilanza: un'analisi comparative*, in *Giur. comm.*, 2009, volume 36, fascicolo 2, parte 1, p. 260.

⁽⁷¹⁾ Il FOS non ha competenze normative, né può comminare sanzioni in caso d'inosservanza delle regole poste dalla FSA o di mancata ottemperanza alle proprie decisioni da parte dei prestatori di servizi finanziari, così FAVA, *ADR procedures presso le Authorities*, in *Transazione, arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*, op. cit., pag. 643.

⁽⁷²⁾ FSMA, Chapter 8, Schedule 17, 4.

dolo) dell'eventuale responsabilità civile nell'esercizio delle funzioni di risoluzione delle controversie da parte sia dell'Ombudsman sia dello staff del FOS ⁽⁷³⁾.

III.4 CONDIZIONI DI ACCESSO AL SISTEMA.

Diversamente da quanto accade (*rectius* accadeva) nel nostro ordinamento per i sistemi di ADR in materia bancaria e finanziaria, il FOS **non** costituisce una **condizione di procedibilità** per la domanda giudiziale, bensì un'alternativa al giudice statale al quale il consumatore che lamenta di aver subito un danno da parte dell'intermediario può sempre rivolgersi ⁽⁷⁴⁾.

L'accesso al FOS è, invece, subordinato al **preventivo** esperimento di una fase di **reclamo** davanti all'intermediario che costituisce una vera e propria condizione di procedibilità del ricorso. L'intermediario fornitore del servizio oggetto di contestazione è così messo in grado di risolvere direttamente le controversie con la propria clientela preservando il rapporto di fiducia sul quale le relazioni commerciali di natura finanziaria sono per loro natura innestate ⁽⁷⁵⁾.

L'*ombudsman* interviene (eventualmente) solo se il consumatore non è soddisfatto della risposta fornita dall'intermediario o nei casi in cui siano trascorse più di otto settimane dalla presentazione del reclamo senza avere ottenuto risposta. Se invece la risposta dell'intermediario arriva, il cliente può presentare ricorso al FOS entro il termine di sei mesi, diversamente il ricorso è irricevibile ⁽⁷⁶⁾.

Il reclamo al FOS può essere presentato anche in presenza di un “*consumer redress scheme*” disposto dall'FSA - definito o in corso di definizione - ogniqualvolta i clienti non si ritengano insoddisfatti dell'entità del ristoro o, comunque, quando l'intermediario non vi sia adeguato (si parla in questi casi di *relevant complaints*). In questi casi il FOS si pronuncia in base a criteri individuati o da individuare (nel caso di

⁽⁷³⁾ FSMA, Chapter 8, Schedule 17, 10.

⁽⁷⁴⁾ GUIDA, op. cit., pag. 135. La Corte Costituzionale con sentenza del 6.12.2012, n. 272 ha dichiarato costituzionalmente illegittima per eccesso di delega l'art. 5, Dlgs 4.3.2010, n. 28 relativo alla c.d. mediazione obbligatoria.

⁽⁷⁵⁾ L'*Handbook* predisposto dalla FSA prevede una puntuale e penetrante regolamentazione della fase di gestione dei reclami cui gli intermediari devono conformarsi (v. *FSA, Handbook, Redress, Dispute Resolutions, Complaints*, DSP 1).

⁽⁷⁶⁾ Cfr. *FSA, Handbook, Redress, Dispute Resolutions, Complaints*, DSP 2.8.

procedura ancora in corso) nel *consumer redress scheme*, restando inteso che l'importo del risarcimento assegnato non potrà eccedere i limiti di valore stabiliti per il FOS.

E' importante sottolineare che la procedura di ricorso è completamente **gratuita** per il ricorrente e ciò rappresenta un ulteriore elemento che contribuisce a rendere il sistema efficace dato che il cliente, a fronte di una controversia di modesto valore, sarebbe naturalmente portato a rinunciare ad intraprendere un'azione contro l'intermediario se la prospettiva fosse quella di sopportare i costi e gli oneri del procedimento. Infatti, il *funding* del FOS è **completamente a carico degli intermediari** i quali sono tenuti a contribuirvi in forza di una disposizione di legge ⁽⁷⁷⁾. L'importo è variabile e suddiviso in una quota fissa annuale (che per i soggetti vigilati dalla FSA - banche, assicurazioni, società finanziarie o di investimento - è variabile in proporzione al tipo e alla dimensione degli intermediari ⁽⁷⁸⁾, mentre per i soggetti registrati presso l'OFT - cioè la società che erogano credito al consumatore - è forfettaria ⁽⁷⁹⁾) e una quota variabile (c.d. *case fees*) in funzione del numero di ricorsi esaminati dal FOS a prescindere dall'esito degli stessi ⁽⁸⁰⁾, il **meccanismo** svolge dunque anche una funzione di **stimolo** e **incentivo** verso l'intermediario a tenere comportamenti virtuosi che prevengano il sorgere di contenziosi con la clientela dato che maggiore è il numero di ricorsi presentati al FOS contro l'intermediario, maggiore è l'esborso che quest'ultimo sarà tenuto a sopportare.

III.5 NATURA E SVOLGIMENTO DEL PROCEDIMENTO.

Il procedimento avanti il FOS è caratterizzato dalla compresenza di una prima fase (necessaria) di natura prettamente **conciliativa** e di una seconda fase (meramente eventuale) di natura prettamente **decisoria** ⁽⁸¹⁾. La coesistenza della funzione

⁽⁷⁷⁾ FSMA, Chapter 8, Part XVI, Sections 234 e 234A.

⁽⁷⁸⁾ La quota fissa annuale attualmente è compresa tra 100 e 300.000 sterline http://www.financial-ombudsman.org.uk/publications/technical_notes/QG1.pdf.

⁽⁷⁹⁾ La quota forfettaria attualmente è 150 sterline ogni cinque anni (http://www.financial-ombudsman.org.uk/publications/technical_notes/QG1.pdf).

⁽⁸⁰⁾ In particolare, è gratuita la trattazione da parte del FOS dei primi tre ricorsi su base annuale, mentre per ogni ulteriore ricorso esaminato è dovuto un contributo attualmente pari a circa 500 sterline (cfr. http://www.financial-ombudsman.org.uk/publications/technical_notes/QG1.pdf).

⁽⁸¹⁾ CAMILLI, *op. cit.*, pp. 240-275.

conciliativa e di quella decisoria all'interno del medesimo procedimento consente di utilizzare il termine di *med-arb* (*mediation-arbitration*) ⁽⁸²⁾.

La **bifasicità del procedimento** risponde all'esigenza normativa l'*Ombudsman* di tentare di risolvere i ricorsi al più presto possibile e fin dalla fase iniziale (*at the earliest possible stage*) ricorrendo ai mezzi che appaiono più indicati ⁽⁸³⁾, ivi inclusa la delega di funzioni allo staff ⁽⁸⁴⁾.

Accade così che, in un primo momento, il reclamo viene gestito dai funzionari del FOS che tentano una composizione bonaria della controversia tra il consumatore e l'intermediario (in questa prima fase i contatti sono per lo più telefonici, ma possono esserci anche audizioni chiamate "udienze"). Solo se la composizione amichevole è impossibile, si attiva l'*adjudicator* ossia un soggetto incaricato di svolgere attività istruttoria (richiesta di chiarimenti alle parti e acquisizione di documenti) e stimolare la risoluzione consensuale della controversia sottoponendo alle parti un parere (c.d. *adjudication view*) elaborato sulla base degli indirizzi generalmente maturati dagli *Ombudsmen* ⁽⁸⁵⁾ e privo di efficacia vincolante fintanto che le parti non decidano di accettarlo.

In caso di mancata accettazione, si passa alla vera e propria fase decisionale davanti all'*Ombudsman*. Durante questa fase l'organo decidente svolge un'analisi di secondo grado sulle risultanze e sul parere formulato dall'*adjudicator*, nonché un'ulteriore attività istruttoria che può sostanziarsi anche nell'esercizio di poteri ispettivi nei confronti dell'intermediario. Una volta conclusa l'istruttoria, l'*Ombudsman* emette una decisione (*determination*) il cui contenuto può estendersi anche ad atti o omissioni non specificati dal soggetto istante in relazione alla controversia denunciata, purché relativi alle attività sottoposte alla giurisdizione obbligatoria (*compulsory jurisdiction* e *consumer credit jurisdiction*). Insomma, non trova qui applicazione il principio (italiano) di corrispondenza tra il "chiesto" e il "pronunciato" e ciò trova spiegazione considerando

⁽⁸²⁾ Sulla nozione di *med-arb* v. COMOGLIO, *op. cit.*, p. 229 e la bibliografia ivi richiamata. Per un'analisi del modello di *med-arb* e del suo inverso *arb-med*, v. MARCHESIELLO, *Una nuova Giustizia per l'impresa: i metodi ADR*, Forlì, 2009, p. 162- 165

⁽⁸³⁾ Cfr. *FSA, Handbook, Redress, Dispute Resolutions, Complaints*, DSP 3.5.1.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. *FSA, Handbook, Redress, Dispute Resolutions, Complaints*, DSP 3.9.

⁽⁸⁵⁾ VALSECCHI, *I sistemi di ADR nel settore finanziario: l'esperienza dei maggiori ordinamenti europei*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2011, p. 104 e ss.

che il FOS costituisce un pilastro del sistema di vigilanza e, quindi, la tutela delle situazioni giuridiche dei consumatori rappresenta l'esigenza e lo scopo dell'attività del FOS.

Il servizio offerto dal FOS è connotato da **riservatezza** con riferimento ai nomi delle società o dei consumatori che presentano reclami, ma al contempo è caratterizzato per un elevato grado di *disclosure* dato che i ricorrenti possono conoscere nel dettaglio, anche per mezzo di internet, lo stato di avanzamento del proprio ricorso e, più in generale, è offerta una piena **trasparenza** nei confronti del pubblico: delle regole che governano il procedimento, dei processi organizzativi interni e di lavoro, del bilancio, nonché degli esiti dei ricorsi su base aggregata (sia come dato complessivo, sia riferito ai singoli intermediari)

III.6 CARATTERISTICHE E NATURA DELLA DECISIONE.

L'atto tipico che definisce il ricorso al FOS - come sopra visto - è la decisione (*determination*) ⁽⁸⁶⁾ con cui l'*Ombudsman* in composizione monocratica è chiamato a stabilire ciò che è **giusto e ragionevole** considerate tutte le circostanze del caso concreto (*fair and reasonable in all the circumstances of the case*) ⁽⁸⁷⁾. A tal fine l'*Ombudsman* tiene conto delle regolamentazione primaria e secondaria, degli *standards* in essere, delle *guidance* emanate dalle autorità del settore, dei codici di condotta (come il Banking code) e della “*good industry practice*” ⁽⁸⁸⁾, si tratta dunque di un **giudizio secondo diritto**.

La *determination* assunta dall'*Ombudsman* può condannare l'intermediario: (i) al pagamento di una somma a titolo di danno patrimoniale (*financial loss, including consequential or prospective loss*) e non patrimoniale (*pain and suffering, damage to reputation, distress or inconvenience*) ⁽⁸⁹⁾, oltre interessi e spese (limitate a quanto ragionevolmente necessario in relazione al caso, a motivo di ciò il rimborso delle spese di assistenza tecnica è una *fattispecie unlike to be common*) ⁽⁹⁰⁾; nonché (ii) all'adozione delle misure “*just*

⁽⁸⁶⁾ Cfr. *FSA, Handbook, Redress, Dispute Resolutions, Complaints*, DSP 3.6.1.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. *FSA, Handbook, Redress, Dispute Resolutions, Complaints*, DSP 3.6.1. e *FSMA*, Chapter 8, Part XVI, Section 228.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. *FSA, Handbook, Redress, Dispute Resolutions, Complaints*, DSP 3.6.4.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. *FSA, Handbook, Redress, Dispute Resolutions, Complaints*, DSP 3.7.2.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. *FSA, Handbook, Redress, Dispute Resolutions, Complaints*, DSP 3.7.10.

and appropriate” indicate nella pronuncia medesima ⁽⁹¹⁾.

Il FOS rappresenta dunque un sistema di **natura aggiudicativa** e la decisione è resa in forma scritta, è definitiva e **vincolante per l’intermediario** ed anche per il consumatore solo se quest’ultimo dichiara di accettarla ⁽⁹²⁾, diversamente, in caso di mancata accettazione, il consumatore resta libero di rivolgersi all’autorità giudiziaria.

La decisione del FOS ha forza di **titolo esecutivo** nei confronti dell’intermediario e, in caso di inottemperanza, può essere accompagnata da una sanzione amministrativa pecuniaria irrogata dalla FSA. La decisione dell’Ombudsman è (tendenzialmente) **definitiva**, essa infatti è passibile di una **judicial review** da parte della High Court che tuttavia si sostanzia in un giudizio di legittimità sulla corretta applicazione delle norme di diritto, assimilabile a quello svolto dalla Corte di Cassazione, senza una piena cognizione dei fatti di causa. L’*High Court* ha infatti l’ultima parola sull’interpretazione della legge e valuta quindi il modo in cui il FOS ha assunto la decisione, ma il suo giudizio non investe i singoli fatti, né il merito della controversia ⁽⁹³⁾.

III.7 I “NUMERI” DEL FINANCIAL OMBUDSMAN SERVICE.

I dati relativi al FOS ⁽⁹⁴⁾ dimostrano come il sistema sia uno strumento conosciuto ⁽⁹⁵⁾ ed **efficace** per la risoluzione delle controversie in materia bancaria e finanziaria nel Regno Unito.

Basti pensare che nel corso del 2011 il FOS ha gestito oltre 1,2 milioni di richieste da parte dei consumatori (oltre 5.000 per ogni giorno lavorativo) e circa un quinto di queste sono sfociate in un procedimento formale che ha visto l’intervento

⁽⁹¹⁾ Cfr. *FSA, Handbook, Redress, Dispute Resolutions, Complaints*, DSP 3.7.11.

⁽⁹²⁾ Cfr. *FSA, Handbook, Redress, Dispute Resolutions, Complaints*, DSP 3.8.3.

⁽⁹³⁾ Il primo caso oggetto di *judicial review* davanti alla High Court è *Norwich and Peterborough Building Society v the Financial Ombudsman Service*, in [2002], EWHC 2379, commentato da NOBLES, *Rules, Principles and Ombudsman: Norwich and Peterborough Building Society v the Financial Ombudsman Service*, in *Modern Law Rev.*, 2003, p. 781 e ss.

⁽⁹⁴⁾ I dati riportati nel testo sono stati tratti dal FOS, *Annual Review*, 2011/2012., consultabile su <http://www.financial-ombudsman.org.uk/publications/annual-reviews.htm>.

⁽⁹⁵⁾ Il 75% degli adulti nel Regno Unito ha dichiarato di conoscere il FOS, v. *Annual Review*, 2011/2012.

degli *adjudicators* e degli *ombudsmen* ⁽⁹⁶⁾.

I numero di ricorsi gestito dal FOS nel 2011 è stato infatti di 264.375 con una crescita di oltre il 28% rispetto al 2010 (il quale aveva a sua volta segnato una crescita del 46% rispetto al 2009). Nonostante questa enorme mole di lavoro, nell'ultimo anno il 28% dei ricorsi è stato deciso entro 3 mesi, il 38% in 3-6 mesi, il 16% in 6-9 mesi, il 4% in 9-12 mesi e il 12% oltre l'anno. Insomma, si tratta di risultati molto soddisfacenti che testimoniano l'impegno del FOS a garantire **tempestività** ed **efficacia** alla propria azione di tutela e protezione dei ricorrenti.

Infine, un dato economico particolarmente significativo, il FOS nel 2011 ha raccolto risorse per 125,5 milioni di sterline mentre, per il proprio funzionamento, ha supportato costi pari 107,5 milioni di sterline. Il FOS ha quindi chiuso il proprio bilancio con un avanzo di ben 18 milioni di sterline. Si tratta un dato che vale la pena di sottolineare in quanto dimostra come il FOS costituisce non soltanto un modello di efficienza come strumento di risoluzione delle controversie (e di completamento dell'attività di regolamentazione e controllo prudenziale), ma anche sotto il profilo economico, il che in tempi di crisi costituisce un valore aggiunto trattandosi di un ente pubblico.

* * *

IV. I SISTEMI DI ADR NEL SETTORE BANCARIO E FINANZIARIO IN GERMANIA.

La Germania costituisce il Paese europeo con il maggior numero di sistemi stragiudiziali di risoluzione delle controversie ⁽⁹⁷⁾, tanto che anche con riferimento al settore bancario e finanziario si contano ben sette sistemi di ADR ⁽⁹⁸⁾.

Esiste un **unico sistema di natura pubblicistica** che fa capo alla Banca

⁽⁹⁶⁾ Le statistiche dicono che il 90% dei ricorsi viene risolto nella prima fase davanti agli *adjudicators*, mentre solo per un 10% dei casi la soluzione arriva con l'intervento dell'*ombudsman* vero e proprio.

⁽⁹⁷⁾ EUROPEAN COMMISSION - DG SANCO, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union. Final Report Submitted by Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium (CPEC)*, 16.10.2009, p. 74, ha censito ben 223 sistemi di ADR in Germania, contro i 4 sistemi in allora censiti in Italia.

⁽⁹⁸⁾ Per un'analisi comparatistica dei sistemi di ADR tedeschi v. VALSECCHI, in *Sistemi alternative di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, a cura di Boccuzzi, Quaderni di ricerca giuridica - Banca D'Italia, Roma, 2010, allegato n. 2.

Centrale (*Deutsche Bundesbank*), mentre i **restanti sistemi sono frutto di iniziative di autoregolamentazione** delle associazioni degli intermediari, la cui disciplina è prevista da regolamenti autonomi (*Verfahrensordnung*) e l'adesione agli stessi avviene su base volontaria. Da tale impostazione consegue un netto distacco tra l'assetto istituzionale dei sistemi di risoluzione stragiudiziale e la funzione di vigilanza sul settore bancario: in Germania **non** è prevista infatti alcuna forma di comunicazione all'Autorità di vigilanza degli esiti dei ricorsi, né di utilizzo dei dati rinvenuti dai sistemi di ADR ai fini di supervisione.

I sistemi di ADR di matrice **privatistica** sono costituiti da:

- l'*Ombudsman* delle banche private (*Ombudsmann der privaten Banken*);
- l'*Ombudsman* delle banche pubbliche (*Ombudsmann der öffentlichen Banken*);
- l'*Ombudsman* delle banche cooperative (*Ombudsman der genossenschaftlichen Bankegruppe*);
- le Camere arbitrali delle casse di risparmio (*Schlichtungestelle der Deutschen Sparkassen - und Giroverbandes*);
- l'*Ombudsman* delle casse di risparmio fondiario private (*Ombudsleute der privaten Bausparkassen*);
- la Camera arbitrale delle casse di risparmio fondiario dei *lander* (*Schlichtungsstelle der Landersbausparkassen*).

A questi sistemi di matrice privatistica si affianca la Camera arbitrale presso la Banca Centrale (*Schlichtungsstelle bei der Deutschen Bundesbank*) ossia l'unico ADR di natura **publicistica** la cui competenza è limitata a determinate materie e nei confronti dei soli intermediari che non aderiscano già ad un sistema privato. Infatti, il sistema istituito presso la Banca Centrale ha **carattere meramente residuale** (e ciò è confermato anche dall'esiguo numero di ricorsi trattati ogni anno) ⁽⁹⁹⁾ e la sua istituzione è dovuta unicamente alla necessità di recepire nell'ordinamento tedesco le normative comunitarie che hanno imposto agli stati membri di dotarsi in materia di servizi finanziari a distanza, credito al consumo, servizi di pagamento di sistemi stragiudiziali di risoluzione delle controversie ⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. *Report* annuale pubblicato dalla *Deutschen Bundesbank*.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. Direttive di cui alle note n. 28, 29 e 30.

In particolare, la Camera arbitrale presso la Banca Centrale è stata istituita dalla *Unterlassungsklagengesetz - Uklag* (legge sui provvedimenti inibitori) ⁽¹⁰¹⁾, che ha autorizzato il Ministero della Giustizia a delegare le funzioni dell'ADR pubblico a “uno o più ADR privati” ⁽¹⁰²⁾.

Tale facoltà è stata esercitata dal Ministero della Giustizia e con un proprio regolamento ⁽¹⁰³⁾ ha delegato le funzioni dell'ADR pubblico agli ADR privati già esistenti nel settore bancario e finanziario, lasciando così in capo all'ADR pubblico una competenza meramente residuale.

Tuttavia, la pluralità dei sistemi di ADR non “copre” tutte le possibili controversie del settore bancario e assicurativo, tanto che oggi **non** esiste ancora un **sistema di riferimento competente in via generale** per le controversie con gli **intermediari finanziari non bancari**. Infatti, *per un verso*, i sistemi privati hanno riguardo ai soli intermediari bancari e, *per altro verso*, il sistema pubblico - pur essendo competente in via residuale per tutti gli altri intermediari - da un punto di vista oggettivo ha competenza limitata a talune specifiche materie.

Ciò premesso, nei paragrafi seguenti si darà brevemente conto delle principali caratteristiche dei sistemi di ADR tedeschi, procedendo ad una loro analisi congiunta, non essendo possibile in questa sede effettuare una compiuta analisi di dettaglio.

IV.1 COMPOSIZIONE E NOMINA DELL'ORGANO GIUDICANTE.

All'interno dei sistemi di ADR tedeschi le decisioni sono assunte da un organo monocratico denominato (a seconda dei casi) *Ombudsmann* o *Schlichter*.

Nei sistemi di natura **privatistica** la designazione viene effettuata dalle associazioni di categoria degli intermediari e l'*Ombudsmann* o *Schlichter* ha solitamente un mandato triennale rinnovabile. Prima di procedere alla nomina, i nomi dei candidati sono comunicati alle associazioni dei consumatori (*Verbraucherzentrale Bundesverband*) le

⁽¹⁰¹⁾ Il testo integrale della legge è consultabile su <http://www.gesetze-im-internet.de/uklag/BJNR317300001.html#BJNR317300001BJNG000101377>.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. Art. 14. *Unterlassungsklagengesetz - Uklag* ove si prevede espressamente che: “Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, im Einvernehmen mit den Bundesministerien der Finanzen und für Wirtschaft und Technologie durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Streitschlichtungsaufgaben nach Absatz 1 auf eine oder mehrere geeignete private Stellen zu übertragen, wenn die Aufgaben dort zweckmäßiger erledigt werden können”.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. Art. 7, c. 1, *Schlichtungsstellenverordnung - SchlichtVerfV*.

quali possono sollevare - entro due mesi e in forma scritta - eventuali situazioni d'incompatibilità. In un sistema dove la nomina dell' *Ombudsmann* o *Schlichter* è rimessa agli stessi intermediari, l'**indipendenza** dell'organo viene garantita prevedendo che le nomine ricadano su soggetti che, da un lato, siano in possesso dell'abilitazione alla professione di giudice e, dall'altro lato, non abbiano avuto rapporti con gli intermediari nel triennio anteriore alla nomina.

Nel sistema di natura **publicistica** lo *Schlichter* è invece nominato direttamente dalla *Bundesbank* tra i propri dipendenti seguendo comunque una procedura analoga a quella prevista per gli ADR privati.

IV.2 ORGANIZZAZIONE.

L'*Ombudsman* decide sempre in composizione monocratica, benché generalmente all'interno di ogni sistema sono nominati due *Ombudsman* (ovvero un *Ombudsman* e un sostituto), salvo il caso del servizio di *Ombudsman* delle banche private che ha nominato cinque componenti per far fronte al numero crescente di ricorsi pervenuti.

Tendenzialmente vi è un'unica struttura competente per tutto il territorio nazionale, fanno eccezione la Camera arbitrale presso le casse di risparmio fondiario dei *lander* e l'*Ombudsman* delle casse di risparmio che dispongono di un'organizzazione su base regionale e di una rete di coordinamento a livello nazionale.

All'interno di ogni sistema di ADR è presente una **struttura di coordinamento** - istituita presso la relativa Associazione degli intermediari - che svolge le funzioni di punto di contatto unificato tra l'organo decidente e le parti. Ad essa compete una prima importante valutazione di ricevibilità dei ricorsi ed eventuale indirizzamento del cliente avanti il sistema di ADR competente. Si tratta di una funzione da salutare con particolare favore considerata la frammentarietà dei sistemi di ADR tedeschi che non di rado confonde il cliente nell'individuazione della struttura cui deve rivolgersi.

La maggior parte dei sistemi di ADR prevedono inoltre la predisposizione di una **relazione annuale** sull'attività svolta ⁽¹⁰⁴⁾, tuttavia solo tre sistemi ⁽¹⁰⁵⁾ consentono

⁽¹⁰⁴⁾ La Camera arbitrale presso le casse di risparmio fondiarie regionali e l'*Ombudsman* presso la

la visualizzazione *online* dei report pubblicati, mentre in nessun sistema è prevista la possibilità di consultare le decisioni assunte.

IV.3 *AMBITO SOGGETTIVO E OGGETTIVO DI APPLICAZIONE.*

Da un punto **soggettivo**, possono ricorrere agli *Ombudsmann* (o *Schlichter*) i soli consumatori, con l'importante eccezione della materia dei servizi di pagamento, dove la legittimazione a ricorrere è riconosciuta anche ai clienti non consumatori, ciò in quanto in siffatta materia si è posta l'esigenza di recepire le previsioni normative comunitarie (106).

Da punto di vista **oggettivo**, il ricorso può contenere domande di risarcimento danni e/o accertamento di diritti relativi a contratti stipulati con l'intermediario. Si tratta dunque sempre di controversie di natura contrattuale con l'unica eccezione rappresentata dei ricorsi relativi alla mancata apertura di una specifica tipologia di conto corrente (i.e. *Girokonto für jedermann*, conto corrente per tutti) ove è invece configurabile una responsabilità precontrattuale dell'intermediario.

IV.4 *CARATTERISTICHE DEL PROCEDIMENTO E NATURA DELLA DECISIONE.*

Nell'ordinamento federale tedesco la previsione del ricorso all'ADR come condizione di procedibilità di un processo avanti il il Giudice ordinario è rimessa all'autonomia dei singoli Lander, purché si tratti di controversie di modesto valore (max € 750,00) (107).

Tendenzialmente è possibile rivolgersi ai differenti sistemi di ADR anche **senza aver esperito un reclamo preventivo** nei confronti dell'intermediario (con l'unica eccezione rappresentata dalla Camera arbitrale delle casse di risparmio fondiario dei

Cassa di risparmio fondiarie private non prevedono nei rispettivi ordinamenti la pubblicazione di un report annuale.

(105) L'*Ombudsman* delle banche private, l'*Ombudsman* delle banche pubbliche e l'*Ombudsman* delle banche cooperative, mentre la Camera arbitrale presso la Banca Centrale consente la visualizzazione solamente dei report sino all'anno 2007.

(106) In questo contesto, l'*Ombudsman* delle banche cooperative e la Camera arbitrale delle Casse di risparmio si differenziano dagli altri sistemi di ADR in quanto prevedono una legittimazione estesa a tutti i clienti, indipendentemente dalla condizioni di consumatori.

(107) Cfr. Art. 15, Legge di attuazione del codice di procedura civile (*Gesetz betreffend die Einföhrung der Zivilprozessordnung*).

lander)⁽¹⁰⁸⁾.

Ogni sistema di ADR è dotato di un proprio regolamento di procedura che disciplina analiticamente le diverse fasi della trattazione e decisione del ricorso.

Da un punto di vista generale, si può comunque osservare che il ricorso all'*Ombudsman* si configura come una breve rappresentazione in forma scritta dell'oggetto del reclamo, unitamente ai documenti giustificativi delle pretese (solitamente i moduli da utilizzare sono scaricabili via internet dal sito web del sistema di ADR).

Il ricorso viene esaminato dalla struttura presso l'associazione degli intermediari che verifica l'adesione dell'intermediario al sistema e compie una sommaria valutazione in merito alla ricevibilità. La struttura di coordinamento può chiedere integrazioni al ricorrente, fissando il termine di un mese per la regolarizzazione del ricorso, in assenza della quale il procedimento viene estinto, restando però libero il cliente di proporre un nuovo ricorso.

Nel caso venga rilevata l'incompetenza dell'*Ombudsman* adito la struttura di coordinamento provvede a trasmettere il ricorso all'*Ombudsman* competente, se esistente, in caso contrario viene dichiarata l'irricevibilità e viene notiziato il ricorrente.

Conclusa in modo positivo la fase preliminare di sommaria ricevibilità del ricorso, la struttura di coordinamento lo trasmette all'intermediario che dispone di un mese (salvo proroghe in casi particolari) per far pervenire le proprie controdeduzioni. Quest'ultime vengono trasmesse al ricorrente il quale dispone, a propria volta, di un mese per far pervenire le proprie repliche. Decorso anche questo termine, il ricorso viene sottoposto all'*Ombudsman* il quale, nell'esercizio dei suoi poteri istruttori, può chiedere alle parti le integrazioni ritenute necessarie. L'organo giudicante non può invece disporre l'effettuazione di perizie o considerare prove che non risultino dagli atti.

Il procedimento ha natura prettamente **documentale**, nondimeno le parti possono chiedere di essere sentite personalmente.

Pur nella diversità delle forme e dei procedimenti gli ADR del settore bancario e finanziario hanno tutti **natura aggiudicativa - decisoria** (c.d. *determinative*).

⁽¹⁰⁸⁾ Prima di attivare il procedimento avanti la Camera arbitrale delle casse di risparmio fondiario dei *lander* i clienti devono indirizzare i loro reclami anzitutto all'intermediario e solo se non viene raggiunta una soluzione consensuale è possibile rivolgersi alla Camera per la soluzione delle controversie.

Il procedimento si conclude infatti con una decisione dell'Ombudsmann (o dello Schlichter) che definisce l'oggetto del giudizio accogliendo (o meno) le domande formulate dal cliente (sempre che non vi siano motivi per un pronuncia di rito). Insomma, l'*Ombudsman* o lo *Schlichter* non si limitano a facilitare il raggiungimento di un accordo tra le parti, ma risolvono la controversia emettendo una decisione il cui valore **vincolante** è **variabile** a seconda che si prenda in considerazione la posizione del cliente o quella dell'intermediario. Infatti, il cliente insoddisfatto **non è mai vincolato** alla pronuncia dell'*Ombudsman* e resta libero di attivare gli ulteriori sistemi di tutela previsti dall'ordinamento e, in particolare, di rivolgersi al giudice. L'intermediario, invece, in alcuni sistemi ⁽¹⁰⁹⁾ resta libero di conformarsi al *decisum*, mentre in altri ⁽¹¹⁰⁾ è vincolato qualora il valore della controversia non ecceda la competenza dell'*Amtsgericht* (attualmente pari a € 5.000,00).

* * *

V. I SISTEMI DI ADR DEL SETTORE BANCARIO E FINANZIARIO IN FRANCIA.

In Francia il *Code monétaire et financier* (Cmf) ⁽¹¹¹⁾ - legge fondamentale in materia finanziaria e monetaria - prevede alcune specifiche disposizioni relative alla risoluzione stragiudiziale delle controversie sia nel settore bancario-finanziario, sia in quello di investimento mobiliare.

In entrambe i settori, lo strumento di ADR impiegato è costituito dalla **mediazione**, intesa come modo di risoluzione delle controversie in base al quale un soggetto neutrale, valutati i punti di vista delle parti, suggerisce una soluzione (priva di efficacia vincolante) che metta fine al contrasto tra di esse insorto.

In particolare, in materia **bancaria e finanziaria** il fondamento normativo della mediazione è costituito dall'art. L315-1 del Cmf ⁽¹¹²⁾ ove è disposto che tutte le banche

⁽¹⁰⁹⁾ L'*Ombudsman* delle banche pubbliche, l'*Ombudsman* delle banche cooperative, le Camere arbitrali delle casse di risparmio e la Camera arbitrale presso la Banca Centrale.

⁽¹¹⁰⁾ L'*Ombudsman* delle banche private, l'*Ombudsman* delle casse di risparmio fondiario private, l'*Ombudsman* delle banche cooperative, la Camera arbitrale delle casse di risparmio fondiario dei *lander*.

⁽¹¹¹⁾ Il *Code monétaire et financier* è consultabile per esteso su <http://www.legifrance.gouv.fr>.

⁽¹¹²⁾ La disposizione modificata dall'art. 6 dell'*Ordinannace* n. 2009-866 del 15.7.2009 prevede che "Tout établissement de crédit ou de paiement désigne un ou plusieurs médiateurs chargés de recommander des solutions aux litiges avec des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels, relatifs aux services fournis et à l'exécution de contrats conclus dans le cadre du présent titre et du titre II du présent

(*établissement de crédit*) ⁽¹¹³⁾ e gli istituti di pagamento (*établissement de paiement*) ⁽¹¹⁴⁾ designano uno o più mediatori incaricati di “raccomandare” le soluzioni più opportune alla definizione delle controversie con i consumatori, con riguardo ai servizi forniti e all’esecuzione di contratti conclusi.

Esiste dunque un sistema di **mediazione obbligatoria ex lege** la cui regolamentazione di dettaglio è in larga misura rimessa all’autonomia privata ⁽¹¹⁵⁾. Il legislatore si è difatti limitato ad enunciare i principi irrinunciabili a quali l’istituto deve essere informato, vale a dire: (i) l’obbligo di designazione di un mediatore da parte delle banche; (ii) l’ambito di competenza; (iii) le modalità di esercizio dell’attività di mediazione (imparzialità e indipendenza), nonché le caratteristiche essenziali della procedura (termine, gratuità per il cliente, modalità d’informazione, riservatezza, interruzione della prescrizione, relazione); infine (iv) l’istituzione di un’Autorità di controllo (il *Comité de la médiation bancaire*) ⁽¹¹⁶⁾. Spetta agli organismi privati scegliere le forme attraverso cui dare attuazione ai suddetti principi.

Nel **settore della finanza mobiliare**, la mediazione ruota invece attorno all’art. L621-19 del Cmf ⁽¹¹⁷⁾, benchè la presenza in questo settore di un sistema di mediazione era già esistente nel 1997 ossia prima della creazione della *Autorité des Marché Financiers*

livre et relatifs aux produits mentionnés aux titres Ier et II du livre II. Les médiateurs sont choisis en raison de leur compétence et de leur impartialité. Le médiateur est tenu de statuer dans un délai de deux mois à compter de sa saisine. Celle-ci suspend la prescription conformément aux conditions de l'article 2238 du code civil. Les constatations et les déclarations que le médiateur recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties. Cette procédure de médiation est gratuite. L'existence de la médiation et ses modalités d'accès doivent faire l'objet d'une mention portée sur la convention de compte de dépôt mentionnée au I de l'article L. 312-1-1, sur le contrat-cadre de services de paiement prévu à l'article L. 314-12 ainsi que, le cas échéant, sur les relevés de compte. Le compte rendu annuel d'activité établi par chaque médiateur est transmis au gouverneur de la Banque de France et au président du comité consultatif institué à l'article L. 614-1”.

⁽¹¹³⁾ Gli *établissements de crédit* sono definiti dall’art. L511-1 del Cmf come “*des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque au sens de l'article L. 311-1. Ils peuvent aussi effectuer des opérations connexes à leurs activités, au sens de l'article L. 311-2”.*

⁽¹¹⁴⁾ Gli *établissements de paiement* sono definiti dall’art. L522-1 del Cmf come “*des personnes morales, autres que les établissements de crédit et autres que les personnes mentionnées au II de l'article L. 521-1, qui fournissent à titre de profession habituelle les services de paiement mentionnés à l'article L. 314-1”.*

⁽¹¹⁵⁾ L’obbligo legale d’istituire un procedimento di mediazione è stato introdotto in Francia per la prima volta con la legge n. 2001-1168 dell’11.12.2001 recante “*Mesures Urgentes de Réformes à Caractère Economique et Financier (Murcef)”.*

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. l’Art. L615-2 del Cmf.

⁽¹¹⁷⁾ Inizialmente il fondamento normativo andava ricercato nella *Loi sur la sécurité financier* del 1.8.2003.

(AMF)⁽¹¹⁸⁾, tanto nel settore di competenza della *Commission des opérations de bourse* (COB), quanto in quello del *Conseil des marchés financiers* (CMF).

V.1 ORGANIZZAZIONE DEI SERVIZI DI MEDIAZIONE.

Il procedimento di mediazione in **materia bancaria** ha essenzialmente natura **privatistica** e viene concretamente assolto dagli operatori attraverso una duplice modalità, vale a dire tramite (i) **sistemi accentrati** di mediazione, ossia mediatori messi a disposizione dalle associazioni di riferimento (c.d. mediazione *pour compte commun*) e, in particolare, dall'associazione bancaria (*Médiateur de la Fédération bancaire française*⁽¹¹⁹⁾) e dall'associazione delle società finanziarie (*Médiateur de l'Association française des sociétés financières*⁽¹²⁰⁾); oppure (ii) **sistemi propri** di mediazione ossia sistemi istituiti all'interno della stessa banca oppure all'interno del gruppo bancario di appartenenza (c.d. mediazione *pour compte propre*)⁽¹²¹⁾.

La legge non detta disposizioni in tema di strutture deputate allo svolgimento della funzione di mediazione bancaria, talché il sistema di ADR che si è venuto a creare

⁽¹¹⁸⁾ L'AMF è stata creata nel 2003 ed è un'*Autorité publique indépendante* dotata di personalità giuridica, provvista di autonomia finanziaria, che ha compiti di vigilanza in materia di correttezza dei rapporti tra intermediari e clienti nella prestazione dei servizi di investimento, informazione degli investitori e regolare funzionamento dei mercati e degli strumenti finanziari (v. art. L621-1 Cmf). L'AMT ha propri poteri regolamentari ed apporta il proprio contributo alla regolamentazione a livello europeo ed internazionale; ha inoltre importanti responsabilità in materia autorizzativa, informativa e di irrogazione di sanzioni. Unitamente all'*Autorité de contrôle prudentiel* (ACP) - autorità di vigilanza sulle banche, imprese assicurative e istituti di pagamento - ha il compito di "*promouvoir une élaboration commune de la politique de contrôle, un veille sur l'évolution des produits et une surveillance conjointe de la publicité*" (così l'*Ordonnance* n. 2010-76 del 21.1.2010).

⁽¹¹⁹⁾ Il *Médiateur de la Fédération bancaire française* è attivo dal dicembre 2002 e soddisfa le necessità di quegli intermediari (attualmente circa 125), specie di piccola dimensione o presenti solo su internet, che desiderano ricorrere ad un servizio "esternalizzato" di mediazione sulle controversie aventi una banca come controparte.

⁽¹²⁰⁾ Il *Médiateur de l'Association française des sociétés financières* istituito nel 1995 svolge la propria attività in relazione alle sole controversie relative alla concessione di crediti e di mutui fondiari e alla prestazione di taluni servizi d'investimento effettuati dagli *établissements de crédit spécialisés* che hanno aderito all'Associazione e che hanno riconosciuto la competenza del mediatore (circa 90).

⁽¹²¹⁾ I c.d. "mediatori di prossimità" si occupano di controversie relative a profili di diritto bancario, creditizio e del sistema dei pagamenti (sono circa 250 gli intermediari che sino ad oggi hanno designato un mediatore "per conto proprio").

risulta nella pratica **frammentario e disomogeneo** ⁽¹²²⁾.

Benché la mediazione bancaria abbia natura privatistica, l'art. L615-2 del Cmf ⁽¹²³⁾ ha istituito un organo di controllo denominato **Comitato della mediazione bancaria** (*Comité de la médiation bancaire*), presieduto dal Governatore della *Banque de France*, o da un suo rappresentante, di cui fanno parte anche un rappresentante dei consumatori (nominato dal *Collège de consommateurs et usagers du Conseil national de la consommation*), un rappresentante dell'industria (proposto dalla *Association Française des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'investissement*), oltre a due personalità scelte per la loro competenza (*Personnalités qualifiées*), tutti nominati con decreto del Ministro dell'Economia. L'attività di segreteria tecnica del Comitato (*Secrétariat*) è assicurata dalla *Banque de France* ⁽¹²⁴⁾.

Il Comitato non svolge alcuna funzione decisionale, né di mediatore di seconda istanza. Il suo ruolo è anzitutto di controllo e di supervisione sullo svolgimento del servizio di mediazione da parte degli altri operatori. È invero previsto che il Comitato esamini le relazioni annuali dei mediatori *pour compte commun e pour compte propre* e predisponga e pubblichi a sua volta un bilancio annuale da trasmettere al *Comité consultatif du secteur financier* ⁽¹²⁵⁾.

Il Comitato è inoltre incaricato di definire le modalità d'esercizio dell'attività dei mediatori, assicurando, in particolare, la loro effettiva indipendenza e imparzialità, tramite l'invio di raccomandazioni non vincolanti alle banche, agli istituti di pagamento e ai mediatori ⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²²⁾ Nel settore assicurativo, invece, dove l'attività di mediazione fa capo a due sistemi gestiti uno a livello dell'associazione rappresentativa di categoria di tutte le imprese assicuratrici (*Fédération française des sociétés d'assurance - FFSA*) e l'altro dalle mutue assicuratrici (*Groupement des entreprises mutuelles d'assurance - GEMA*). I due sistemi hanno peraltro caratteristiche e competenze diverse in quanto l'FFSA è maggiormente incentrato nello svolgere una funzione conciliatrice, mentre il GEMA una funzione più prettamente decisionale.

⁽¹²³⁾ Introdotto dall'*Ordonnance* n. 2009-866 del 15.7.2009.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. R312-9 del Cmf.

⁽¹²⁵⁾ Il *Comité consultatif du secteur financier* è stato creato dall'art. 22, legge n. 2003-706 del 1.8.2003 (*Loi de sécurité financière*) è incaricato di: (i) approfondire le questioni relative ai rapporti tra, da un lato, le banche, le imprese d'investimento, le imprese di assicurazione e gli istituti di pagamento e, dall'altro lato, la loro rispettiva clientela; (ii) proporre pareri e raccomandazioni di ordine generale.

⁽¹²⁶⁾ Alcune raccomandazioni hanno riguardato l'indipendenza delle persone chiamate a svolgere il ruolo di mediatore, che non devono essere subordinate alla banca che ha effettuato la

Nel settore dei **servizi di investimento** il Cmf ha previsto un unico sistema di natura **pubblicistica** accentrato presso l'autorità di vigilanza sui valori mobiliari (*Autorité des Marchés Financiers - AMF* ⁽¹²⁷⁾). Annualmente l'AMF redige ed invia una relazione al Presidente della Repubblica e al Parlamento sull'attività svolta e fornisce un aggiornamento sulla normativa comunitaria concernente i mercati finanziari, nonché sullo stato della cooperazione con autorità di vigilanza comunitarie e quelle degli altri Paesi Membri ⁽¹²⁸⁾.

V.2 FUNZIONI E ATTIVITÀ DEI MEDIATORI.

In Francia l'attività dei mediatori non è limitata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, ma si traduce in una vera e propria **formulazione di una proposta** per la risoluzione della stessa (c.d. *avis, proposition de règlement amiable o recommandation*) che, tuttavia, qualora non venga accettata, **non** riveste in alcuna sua parte natura **vincolante**.

I mediatori accanto ad una **funzione** prettamente **conciliativa** e di collaborazione con gli omologhi sistemi esteri per la definizione stragiudiziale delle controversie transfrontaliere, possono svolgere anche **funzioni informative** (mediatore presso ASF) e di **consulenza** generalizzata nei confronti delle parti (mediatore presso l'AMF) ⁽¹²⁹⁾.

Occorre infine ricordare che il Cmf attribuisce al mediatore dell'AMF anche il

designazione, né avervi lavorato durante gli ultimi tre anni che precedono l'entrata in servizio. Altre raccomandazioni hanno inteso correggere la pratica, diffusa presso talune grandi banche, di imporre alla clientela che desidera ricorrere al mediatore di farlo in modo indiretto, tramite il servizio "clientela" o "qualità": il cliente deve infatti poter accedere alla procedura di mediazione e le banche non devono prestare assistenza alla clientela nella formulazione e nella presentazione dei ricorsi al mediatore. Altre raccomandazioni ancora hanno riguardato la pubblicità del servizio di mediazione che deve essere tale da rendere il cliente edotto dell'esistenza della mediazione e delle modalità per ricorrere al mediatore.

⁽¹²⁷⁾ L'art. L621-19 del Cmf prevede, infatti, tra l'altro che "*L'Autorité est habilitée à recevoir de tout intéressé les réclamations qui entrent par leur objet dans sa compétence et à leur donner la suite qu'elles appellent. Elle propose, lorsque les conditions sont réunies, la résolution amiable des différends portés à sa connaissance par voie de conciliation ou de médiation. La saisine de l'Autorité des marchés financiers, dans le cadre du règlement extrajudiciaire des différends, suspend la prescription de l'action civile et administrative. Celle-ci court à nouveau lorsque l'Autorité des marchés financiers déclare la médiation terminée. L'Autorité des marchés financiers coopère avec ses homologues étrangers en vue du règlement extrajudiciaire des litiges transfrontaliers?*".

⁽¹²⁸⁾ Cfr. art. L621-19 del Cmf.

⁽¹²⁹⁾ Cfr. Art. L621-19 del Cmf.

potere di avanzare **proposte normative** in materia di trasparenza, strumenti di investimento, mercati e statuto degli intermediari che prestano servizi di investimento. Nel caso del mediatore presso l'AMF esiste dunque una esplicita forma di collegamento tra la funzione di mediazione e conciliazione e quella di regolamentazione, rafforzata dalla sottoposizione delle fattispecie più interessanti all'attenzione dell'autorità⁽¹³⁰⁾.

V.3 RAPPORTI CON L'AUTORITÀ GIUDIZIARIA.

La presentazione di un ricorso al mediatore per la definizione stragiudiziale della controversia insorta con l'intermediario è **incompatibile** sia con il contestuale avvio (o pendenza) di un'azione innanzi l'Autorità Giudiziaria Ordinaria, sia, a maggior ragione, con l'esistenza di un giudicato "*in idem*". In Francia la mediazione sui contratti assicurativi, bancari e finanziari non ha però carattere obbligatorio e **non costituisce condizione di procedibilità** della domanda giudiziale.

Se, per un verso, non si pongono dunque questioni di interferenza tra Autorità Giudiziaria e mediatori, per altro verso, conflitti di competenza di sono verificati tra organi diversi di ADR, in considerazione della circostanza che mentre i mediatori bancari e creditizi sono competenti per "soggetto", il mediatore presso l'AMF è competente per "materia" ed esistono effettivamente controversie che potrebbero essere alternativamente portate all'attenzione degli uni avverso dell'altri. Per superare l'*impasse* è così invalsa la prassi che il mediatore dell'AMF dia la precedenza a quello bancario laddove ravvisi un contestuale doppio ricorso. Tuttavia, non applicandosi il principio del "*ne bis in idem*", è dunque possibile che un reclamo già esaminato dal mediatore bancario venga in un secondo momento portato all'attenzione del mediatore dell'AMF, il quale ben potrà pronunciarsi, anche in virtù di una eventuale parziale discrepanza tra le informazioni in suo possesso e quelle esaminate in precedenza.

Resta comunque fermo che il ricorso al mediatore (qualunque esso sia) **sospende** il termine di **prescrizione** sino a quando il procedimento di mediazione non

⁽¹³⁰⁾ Nel settore della finanza mobiliare, il mediatore presso l'AMF offre risposte ai quesiti interpretative pervenuti sia per iscritto sia per via telematica in materiale di funzionamento dei mercati borsistici, informazione finanziaria da parte di società quotate, servizi d'investimento, distribuzione di prodotti finanziari, tenuta dei conti e conservazione dei titoli.

si sia concluso ⁽¹³¹⁾.

V.4 CONDIZIONI DI ACCESSO AL SISTEMA.

La procedura di mediazione, quale che sia l'organo investito della controversia, può essere attivata solo se **entrambe le parti accettano** di ricorrervi.

La stessa trattazione del ricorso è inoltre sottoposta alle seguenti **condizioni di procedibilità**: (i) il preventivo esperimento di un tentativo di soluzione bonaria della controversia presso l'ufficio reclami dell'intermediario ovvero l'assenza di risposta alla domanda scritta di reclamo entro due mesi; (ii) il mancato avvio di alcuna procedura giudiziaria sull'oggetto della controversia (ovvero, in caso di specifico accordo tra la banca ed il cliente, il mancato epilogo della stessa). Diversamente, il mediatore è tenuto a restituire il ricorso al mittente spiegando le ragioni della sua improcedibilità. Infine, (iii) il ricorso al mediatore dell'AMF è precluso quando è in corso una indagine dell'AMF in merito agli stessi fatti oggetto di controversia.

V.5 AMBITO SOGGETTIVO DI APPLICAZIONE.

Nel comparto **bancario e creditizio**, legittimati all'avvio del procedimento di mediazione risultano essere i soli **consumatori** (*personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels*) ⁽¹³²⁾.

Nel comparto della **finanza mobiliare**, invece, il servizio di mediazione dell'AMF è liberamente accessibile ad **ogni persona fisica e giuridica interessata**, sia essa investitore, società quotata o lo stesso intermediario (benché quest'ultimo preferisca risolvere la controversia tramite il proprio ufficio reclami o il servizio di mediazione interno).

Per contro, il **servizio di consulenza** prestato dal mediatore dell'AMF è offerto ai soli consumatori che intendano ottenere precisazioni di carattere normativo.

V.6 AMBITO OGGETTIVO DI APPLICAZIONE.

Volgendo ora l'attenzione all'ambito oggettivo di applicazione della mediazione

⁽¹³¹⁾ Per la mediazione bancaria v. art. L315-1 del Cmf, mentre per la mediazione nel settore della finanza mobiliare v. art. L619-19 del Cmf.

⁽¹³²⁾ Così l'art. 315-1 del Cmf.

bancaria, quest'ultimo era inizialmente assai limitato e riguardava solo le controversie relative a (i) conti di deposito privati e convenzioni di conto (*convention de compte dépôt*); (ii) vendite cumulative (*ventes groupées o ventes liées*)⁽¹³³⁾ e, infine, (iii) le vendite a premi (*ventes avec primes*)⁽¹³⁴⁾, ossia a pratiche che sarebbero state in seguito proibite dal codice francese del consumo⁽¹³⁵⁾.

Con l'art. 23 della Legge *Chatel* del 2008 l'ambito di applicazione della **mediazione bancaria** è stato ampliato estendendolo, in particolare, alle controversie relative ai servizi forniti e ai contratti conclusi in materia di operazioni di banca, prodotti del risparmio, servizi di investimento, servizi connessi e strumenti finanziari. Insomma, il mediatore bancario è sostanzialmente competente a conoscere pressoché tutte le controversie tra la banca e la sua clientela non professionale (salvo le questioni relative alla concessione o meno del credito e in materia di politica tariffaria). Nel 2009 le competenze del mediatore bancario hanno subito un ulteriore ampliamento, andando a coprire le controversie relative ai servizi di pagamento, purché offerti dalla banca.

Nell'ambito di tale ampio novero di materie i clienti possono rivolgersi al mediatore bancario per ottenere l'accertamento dei propri diritti sorti in forza dalla normativa generale e speciale, dalle disposizioni del contratto, ovvero dalle buone prassi commerciali. I loro diritti possono sostanziarsi in una richiesta di risarcimento danni ovvero nella richiesta di un comportamento attivo od omissivo dell'intermediario volto alla regolarizzazione o all'annullamento di una operazione, alla retrocessione di commissioni, ovvero alla sospensione di una condotta lesiva.

Nel comparto del **credito specializzato**, oggetto del procedimento di mediazione potranno essere tutte le questioni relative ai contratti di finanziamento (stipulate per necessità personali e non professionali), nel quadro delle disposizioni relative alle operazioni di banca, ai servizi d'investimento ed ai servizi connessi agli strumenti finanziari ed ai prodotti di risparmio offerto.

Nel comparto della **finanza mobiliare**, infine, possono formare oggetto di

⁽¹³³⁾ Così l'art. 315-1 del Cmf.

⁽¹³⁴⁾ Così l'art. 315-1 del Cmf.

⁽¹³⁵⁾ Solo una parte residuale degli intermediari optò per una copertura più estesa del servizio di mediazione, capace di abbracciare il complesso delle relazioni intrattenute dalla banca con la clientela.

mediazione solo le questioni, di qualsiasi valore, che rientrano nell'ambito di applicazione dell'AMF (attività e servizi d'investimento e servizi di gestione collettiva del risparmio). Il ristoro del cliente può consistere - anche in questo caso - nel risarcimento dei danni, nella regolarizzazione di un'operazione o, infine, nella retrocessione di una commissione.

V.7 SVOLGIMENTO DEL PROCEDIMENTO.

La disciplina del procedimento di mediazione è rimessa al singolo sistema, tuttavia - in via generale - si può osservare quanto segue.

Il ricorso al mediatore si presenta sotto forma di **reclamo**, accompagnato da eventuali documenti giustificativi (es. scambi epistolari, resoconti di gestione, estratti conto periodici). A seguito della valutazione di questi elementi, il mediatore può interrogare l'intermediario finanziario o l'emittente per raccogliere le sue osservazioni e la sua disponibilità ad un accordo transattivo. E' inoltre possibile una eventuale escussione separata del cliente o una fase di contraddittorio tra le parti.

Il reclamo deve avere forma scritta, deve essere redatto in **lingua francese** e la sua presentazione può avvenire anche per fax e posta elettronica o anche *online* attraverso la compilazione di un formulario elettronico (come nel caso dell'AMF).

Il procedimento si caratterizza per la **riservatezza** delle informazioni e documenti scambiati, nonché per la sua **informalità** e **speditezza**.

Per quanto concerne poi le fasi dell'istruzione, le stesse non trovano nelle disposizioni di legge una disciplina rigida e formale, è dunque talvolta possibile rinvenire una loro parziale regolamentazione all'interno delle *Charte de la médiation* adottate da ciascun intermediario. Nella prassi può accadere che i mediatori, qualora lo giudichino utile o opportuno, diano udienza alle parti (separatamente o congiuntamente) ed esaminino i documenti acquisiti (*pièces*) senza che essi debbano essere trasmessi o resi altrimenti noti all'altra parte, configurando così la mediazione come un procedimento in cui il principio del **contraddittorio non trova piena attuazione**.

La procedura di mediazione si conclude - entro massimo due mesi (art. L315-1 del Cmf) - con la formulazione di una **proposta** (*avis, proposition de règlement amiable o recommandation*) da parte del mediatore che delibera **secondo diritto e/o equità**.

In caso di mancata accettazione entro 15 giorni dalla proposta da parte della banca e/o del cliente, il mediatore prende atto che il tentativo di mediazione è fallito e invia alle parti una *notification de non-conciliation*. La procedura può altresì volgere al termine con il raggiungimento di un accordo transattivo tra le parti che mette fine alla controversia (ex art. 2044 del Code Civile) o con la rinuncia alla controversia da parte del ricorrente o con una esecuzione volontaria che estingua l'oggetto della controversia o, infine, con l'avvio di una procedura giudiziale (le parti conservano infatti il diritto di portare la controversia davanti ai tribunali e possono decidere in qualsiasi momento di interrompere la mediazione, mettendo fine all'intervento del mediatore). La procedura si conclude inoltre quando, in corso di mediazione, il mediatore ritiene non sussistano le condizioni perché le parti raggiungano un accordo (insomma è inutile "perdere tempo" svolgendo attività "inutile").

In ogni caso, quando la procedura di mediazione giunge a compimento, il mediatore informa le parti per iscritto della fine della sua attività (*procès-verbal de fin de mission*). Occorre sottolineare che il mediatore **non** può mai essere chiamato ad intervenire in una procedura giudiziaria, arbitrale o di altro tipo avente ad oggetto la medesima controversia esaminata.

Nell'ottica di garantire la massima collaborazione e franchezza delle parti nel corso del procedimento, è previsto che gli elementi raccolti dal sistema di ADR nel corso delle fasi istruttorie della procedura - sotto forma di documentazione, dichiarazioni, confessioni, proposte formulate da una parte nei confronti dell'altra, consenso su determinati aspetti emersi nel corso della procedura, disponibilità o meno ad accettare una proposta per la definizione della controversia - **non** possano essere, senza l'accordo delle parti, né presentate, né richieste come elementi di prova in una eventuale (successiva) altra procedura giudiziale o stragiudiziale.

V.8 NATURA E CARATTERISTICHE DELLA PRONUNCIA.

Le proposte del mediatore bancario **non sono di per sé vincolanti** per le parti in lite, salvo accordo contrario, scritto e motivato ⁽¹³⁶⁾. Tuttavia, alcune banche

⁽¹³⁶⁾ E' appena il caso di rilevare che nel settore assicurativo, il sistema gestito dal GEMA si caratterizza per la vincolatività dell'avviso formalizzato nei confronti dell'intermediario e dalla possibilità di utilizzare le risultanze della mediazione nell'eventuale successivo giudizio

prevedono nelle loro *charte de la médiation* che, in caso positivo, la mediazione si concluda con la formalizzazione di un accordo tra le parti avente il carattere di transazione ex art. 2044 del Codice civile francese, il quale - una volta sottoscritto dalle stesse - assicura la rinuncia a tutte le azioni in giudizio.

A quanto precede si aggiunga che nonostante la proposta del mediatore non abbia carattere vincolante, la maggior parte delle banche vi si conforma integralmente, accrescendo così la credibilità e l'efficacia del sistema. Altre, invece, dichiarano *ex ante* di conformarsi al responso della mediazione qualunque esso sia.

Analogamente, nel comparto della finanza mobiliare gli intermediari si adeguano alla proposta elaborata dal mediatore dell'AMF, ciò anche in ragione dell'autorevolezza del soggetto pubblico che cura il servizio e del fatto che eventuali criticità possano formare oggetto di valutazione da parte delle competenti strutture della medesima Autorità.

Per quanto riguarda la **clientela**, le statistiche evidenziano come tendenzialmente le proposte dei mediatori siano accettate e il ricorso all'Autorità Giudiziaria Ordinaria da parte dei clienti insoddisfatti abbia quindi carattere residuale.

Le raccomandazioni del mediatore in base alla "*charte relative aux conventions de compte de dépôt*" firmata il 9.1.2003, possono essere fondate non solo in diritto, ma anche, all'occorrenza, su una valutazione equitativa. Considerazioni analoghe valgono inoltre per il comparto del credito specializzato e della finanza mobiliare.

Le proposte del mediatore **non possono formare oggetto d'impugnazione**. Salvo i casi di dolo e colpa grave, lo stesso mediatore non assume alcuna responsabilità nei confronti delle parti e, in particolare, non può essere chiamato a rispondere di documenti o lettere utilizzati nello svolgimento del procedimento di mediazione.

Per quanto riguarda infine l'utilizzabilità dell'*avis* del mediatore all'interno di un diverso procedimento giudiziale o stragiudiziale, la legge Murcef non prevede alcunché, limitandosi a rinviare al contenuto delle *charte de la médiation* adottate da ogni banca ⁽¹³⁷⁾.

civile. Tale forma di asimmetria tra intermediario e cliente accentua la funzione "decisoria" del mediatore rispetto a quella puramente conciliativa, in quanto almeno una delle parti avrà interesse all'emanazione di una proposta, mentre l'altra avrà maggiori remore ad effettuare concessioni in sede di negoziazione che potranno ritorcersi contro nell'eventuale processo davanti al giudice.

⁽¹³⁷⁾ Alcune banche proibiscono espressamente di utilizzare le raccomandazioni del mediatore dinanzi al giudice ordinario (es. BNP-Paribas).

VI. I SISTEMI DI ADR NEL SETTORE BANCARIO E FINANZIARIO IN SPAGNA.

In Spagna esiste sin dal 1987 un unico organismo di ADR in materia bancaria gestito dal *Banco de Espana*, avente quindi **natura pubblicistica** e denominato **Servicio de Reclamaciones**. Si tratta di un sistema di ADR tra i più risalenti in Europa la cui creazione è avvenuta non per legge, bensì attraverso una delibera del Consiglio esecutivo della *Banca de Espana*. Il funzionamento del *Servicio de Reclamaciones* si è quindi sviluppato informalmente, sulla base di *soft law* e senza l'intervento di alcun potere autoritativo, basandosi sulla credibilità derivante dalla posizione detenuta dal *Banco de Espana* all'interno del sistema di vigilanza finanziaria.

Il primo riconoscimento normativo del *Servicio de Reclamaciones* è infatti avvenuto solo qualche anno dopo la sua nascita per mezzo del decreto del Ministro dell'Economia del 12.12.1989, ma è solo con la circolare del *Banco de Espana* n. 8 del 7.9.1990 che si è provveduto a regolare compiutamente l'organizzazione ed il funzionamento del *Servicio de Reclamaciones* ⁽¹³⁸⁾.

Su impulso della normativa comunitaria ⁽¹³⁹⁾ la materia delle risoluzione alternativa delle controversie nel settore finanziario ha ricevuto di recente con la *Ley* 22.11.2002, n. 44 ⁽¹⁴⁰⁾ e con il relativo regolamento di attuazione (*Real Decreto* 20.2.2004, n. 303 ⁽¹⁴¹⁾) una più organica regolamentazione atteso che il modello originariamente sviluppatosi in materia bancaria è stato esteso, con alcuni affinamenti, agli altri due settori della vigilanza vale a dire il settore dei mercati mobiliari e dei servizi

⁽¹³⁸⁾ Il testo integrale della Circolare del *Banco de Espana* n. 8 del 7.9.1990 è consultabile su http://www.ucex.org/Legislacion/cir_bde_8_1990.pdf.

⁽¹³⁹⁾ Il riferimento è alla Direttiva 2000/26/CE del 16.5.2000 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli; Direttiva 2000/64/CE del 7.11.2000 concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative in materia di taluni organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari (o.i.c.v.m.); Direttiva 2000/46/CE del 18.9.2000 riguardante l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica; Direttiva 2000/28/CE del 20.3.2000 che modifica la Direttiva 2000/12/CE relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio.

⁽¹⁴⁰⁾ Il testo integrale della *Ley* 22.11.2002, n. 44 è consultabile su <http://legislacion.derecho.com/ley-44-2002-de-medidas-de-reforma-del-sistema-financiero>.

⁽¹⁴¹⁾ Il testo integrale del *Real Decreto* 20.2.2004, n. 303 è consultabile su <http://www.boe.es/boe/dias/2004/03/03/pdfs/A09703-09711.pdf>.

d'investimento e il settore delle assicurazioni e dei fondi pensione.

E' stata così introdotta una disciplina comune dei sistemi di ADR per tutti e tre i settori finanziari, ma con un'articolazione istituzionale legata ai rispettivi organi di vigilanza ⁽¹⁴²⁾. In particolare è stato creato:

- il *Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Bancario* presso il *Banco de Espana* cui è affidata la tutela dei clienti di banche ⁽¹⁴³⁾;
- il *Comisionado para la Defensa del Inversor* presso la *Comisión Nacional del Mercado de Valores* cui è affidata la tutela dei clienti delle società d'investimento ⁽¹⁴⁴⁾;
- il *Comisionado para la Defensa del Asegurado y del Partícipe en Planes de Pensiones* presso la *Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones* cui è affidata la tutela dei clienti di assicurazioni e fondi pensione ⁽¹⁴⁵⁾.

Tuttavia, nonostante siano trascorsi quasi dieci anni dall'approvazione della *Ley* 22.11.2002, n. 44, i *Comisionados* **non** sono ancora operativi perché il Ministro dell'Economia (organo competente per la nomina) non ha ancora provveduto ad individuare i componenti di tali organismi ⁽¹⁴⁶⁾. Ad oggi, quindi, la riforma rimane inattuata e, nelle more della nomina, in materia bancaria continua a funzionare il *Servicio de Reclamaciones* in accordo con la normativa ad esso applicabile ⁽¹⁴⁷⁾ vale a dire con le disposizioni del *Real Decreto* 20.2.2004, n. 303 in quanto compatibili.

Il *Servicio de Reclamaciones* è dunque oggi il solo organismo di ADR in Spagna che aderisce alla rete Fin-Net ⁽¹⁴⁸⁾.

⁽¹⁴²⁾ Cfr. *Ley* 22.11.2002, n. 44, art. 22, c. 2 e *Real Decreto* 20.2.2004, n. 303, art. 2, c. 3.

⁽¹⁴³⁾ Cfr. *Real Decreto* 20.2.2004, n. 303, Art. 1, lett. a).

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. *Real Decreto* 20.2.2004, n. 303, Art. 1, lett. b).

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. *Real Decreto* 20.2.2004, n. 303, Art. 1, lett. c).

⁽¹⁴⁶⁾ In particolare, per quanto rileva in questa sede, la *Ley* 22.11.2002, n. 44, art. 25 prevede che la nomina del *Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Bancario* sia disposta dal Ministro dell'Economia sentito il parere del Governatore del *Banco de Espana* e delle Associazioni dei consumatori; inoltre la nomina deve investire persone di riconosciuto prestigio in ambito economico e finanziario con almeno dieci anni di esperienza professionale e in possesso di determinati requisiti atti a garantirne l'autonomia e l'indipendenza.

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. *Ley* 22.11.2002, n. 44, *disposición transitoria novena*.

⁽¹⁴⁸⁾ Sul punto si rileva che il *Servicio de Reclamaciones* nella propria *memoria anual* (v. *infra* sub par. VI.5) si preoccupa di spiegare in linguaggio semplice e chiari "che cosa" è Fin-Net, "come funziona" e "quali sono gli obiettivi" della rete.

VI.1 *AMBITO SOGGETTIVO ED OGGETTIVO DI APPLICAZIONE.*

Da un punto di vista **soggettivo** possono ricorrere al *Servicio de Reclamaciones* “tutte le persone fisiche o giuridiche con capacità di operare secondo diritto, spagnolo o straniero, debitamente identificate e nella loro condizione di utilizzatori di servizi finanziari”⁽¹⁴⁹⁾.

Mentre, da un punto di vista **oggettivo** con il ricorso al *Servicio de Reclamaciones* gli utenti di servizi bancari e finanziari possono far valere un proprio diritto o interesse derivante da un contratto, dalla normativa di trasparenza o anche dalle buone prassi finanziarie, intendendosi per esse quei comportamenti che non sono imposti per legge o dalla normativa di vigilanza, ma che è ragionevolmente attendersi dagli intermediari che effettuino una gestione responsabile, diligente e rispettosa della clientela (*buena prácticas aquellas que, sin venir impuestas por la normativa concratual o de supervisión ni constituir un uso financiero, son razonablemente exigibles para la gestión responsable, diligente y respetuosa con la clientela de los negocios financieros*)⁽¹⁵⁰⁾.

Il ricorrente, tuttavia, diversamente da quanto accade in altri ordinamenti, **non può far valere problematiche civilistiche relative alla relazione contrattuale** con l'intermediario o ai profili risarcitori derivanti da un comportamento scorretto, per tali questioni è sempre necessario rivolgersi all'autorità giudiziaria o arbitrale⁽¹⁵¹⁾.

VI.2 *TIPOLOGIE DI RICORSI ESPERIBILI.*

Il *Servicio de Reclamaciones* è un organismo è competente a gestire tre diverse tipologie di istanze della clientela bancaria. Precisamente:

- le *reclamaciones* ossia le istanze volte ad ottenere il riconoscimento di un diritto o interesse, in relazione ad azioni od omissioni che hanno comportato un pregiudizio per il reclamante, per violazioni del contratto o della normativa di trasparenza e protezione della clientela o delle buone prassi finanziarie;

⁽¹⁴⁹⁾ Così *Real Decreto* 20.2.2004, n. 303, Art. 6, c. 1.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. *Real Decreto* 20.2.2004, n. 303, Art. 6, c. 4.

⁽¹⁵¹⁾ Il *Real Decreto* 20.2.2004, n. 303, Art. 5, c. 3, stabilisce espressamente che “*no es competencia de los Comisionado para la defense del coiente de servicios financieros decider ni pronunciarse sobre los danos y perjuicios que eventualmente haya podido ocasionar a los usuarios de los servicios financieros la actuación, incluso sancionable, de las entidades sometidas a supervisión, ni facilitar valoración económica alguna*”.

- le *quejas* ossia istanze relative al malfunzionamento di servizi bancari o finanziari in conseguenza di ritardi o disattenzioni nello svolgimento del rapporto tra intermediari e clienti;
- le *consultas* ossia richieste di consulenza o informazione su questioni d'interesse generale relative ai diritti degli utenti dei servizi finanziari in materia di trasparenza e protezione della clientela.

Il *Servicio de Reclamaciones* svolge dunque una duplice funzione: da un lato, una **funzione decisoria** (ma giuridicamente non vincolante, v. *infra* sub par. VI.5) in relazione a controversie già insorte ed oggetto di reclamo interno nei confronti dell'intermediario e, dall'altro lato, una **funzione di consulenza "generalizzata"** offrendo risposte a quesiti e interrogativi posti dalla clientela bancaria. L'attività consultiva svolta dal (*Banco de Espana* tramite il) *Servicio de Reclamaciones* ha, a sua volta, una duplice valenza ed importanza poiché, per un verso, svolge una **funzione "deflattiva"** eliminando in radice dubbi all'utente circa la fondatezza delle proprie pretese e prevenendo così la presentazione di un reclamo vero e proprio (*reclamacione o queja*) e, per altro verso, svolge una **funzione "interpretativa"** delle norme emanate dallo stesso *Banco de Espana* nell'esercizio della vigilanza regolamentare, orientando così i comportamenti degli intermediari ⁽¹⁵²⁾.

VI.3 CONDIZIONI DI ACCESSO AL SISTEMA E RAPPORTI CON L'AUTORITÀ GIUDIZIARIA ORDINARIA E ARBITRALE.

Il *Servicio de Reclamaciones* costituisce per gli utenti di servizi bancari e finanziari uno strumento di tutela di "secondo livello" e "non obbligatorio".

E' uno strumento di tutela di "**secondo livello**" perché l'accesso al *Servicio de Reclamaciones* è necessariamente condizionato al previo esperimento di una procedura di reclamo di "primo livello" al *Departamento* o *Servicio de Atención* al cliente o al *Defensor* del cliente dell'intermediario. Se il reclamo non viene accolto in tutto o in parte o, comunque, sono trascorsi oltre due mesi dal giorno della presentazione, il cliente può rivolgersi al sistema di ADR del *Banco de Espana* riproponendo le proprie istanze (già disattese dall'intermediario) al *Servicio de Reclamaciones* (il quale tuttavia non opera come

⁽¹⁵²⁾ Cfr. CAMILLI, *Sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e sistemi di vigilanza: un'analisi comparata*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 253-254.

“giudice di secondo grado” della risposta eventualmente data al cliente dal *Departamento* o *Servicio de Atención* al cliente o al *Defensor* del cliente) ⁽¹⁵³⁾.

E' uno strumento di tutela di “**non obbligatorio**” poiché l'utente di servizi bancari e finanziari resta sempre libero di sottoporre la controversia al giudice o all'arbitro sia prima di aver fatto ricorso al procedimento gestito dal *Servicio de Reclamaciones*, sia successivamente alla sua conclusione ⁽¹⁵⁴⁾. Anzi, laddove la controversia sia già stata sottoposta all'autorità giudiziaria oppure rimessa al giudizio di un arbitro l'accesso al *Servicio de Reclamaciones* è sempre precluso ⁽¹⁵⁵⁾.

VI.4 SVOLGIMENTO DEL PROCEDIMENTO.

Il procedimento avanti il *Servicio de Reclamaciones* prende avvio con la presentazione del ricorso che può avvenire sia dalla **parte interessata** personalmente ovvero tramite un rappresentante legale ⁽¹⁵⁶⁾, sia dalle **associazioni di categoria** e dagli **investitori istituzionali** quando agiscono in difesa degli interessi dei loro associati e clienti ⁽¹⁵⁷⁾.

L'attivazione del procedimento da parte della clientela bancaria è completamente gratuito e il *funding* è completamente a carico del *Banco de Espana* dato che nemmeno gli intermediari contribuiscono al finanziamento del sistema.

Il deposito del ricorso può essere fatto “fisicamente” presso la sede centrale del *Banco de Espana* e le succursali presenti sul territorio nazionali oppure, nel caso di *reclamations* o *quejas*, “elettronicamente” tramite un servizio online del *Banco de Espana* denominato *Oficina Virtual* ⁽¹⁵⁸⁾.

A seguito della presentazione del ricorso il *Servicio de Reclamaciones* svolge una

⁽¹⁵³⁾ Cfr. *Ley* 22.11.2002, n. 44, Art. 30, c. 1 e *Real Decreto* 20.2.2004, n. 303, Art. 8, c. 1 e 2.

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. *Real Decreto* 20.2.2004, n. 303, Art. 5, c. 1. Al riguardo, si rileva che il giudice e l'arbitro possono valutare autonomamente se e in che misura tener di conto delle risultanze del procedimento svolto presso il *Servicio de Reclamaciones*.

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. *Real Decreto* 20.2.2004, n. 303, Art. 10, c. 3.

⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. *Real Decreto* 20.2.2004, n. 303, Art. 6, c. 1.

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. *Real Decreto* 20.2.2004, n. 303, Art. 5, c. 2 ove si parla espressamente di “*los inversores institucionales cuando actúen en defensa de los intereses particulares de sus clientes, partícipes o inversores, los tomadores de seguros, asegurandos, beneficiaries, terceros perjudicados o derechohabientes de cualquiera de ellos, así como los partícipes y beneficiaries de planes de pensiones*”.

⁽¹⁵⁸⁾ L'*Oficina Virtual* è disponibile al sito web <https://sedeelectronica.bde.es/sede/es/>.

valutazione preliminare di ammissibilità verificando, tra l'altro, che la questione sia stata preventivamente sottoposta al servizio reclami dell'intermediario e non sussistano motivi d'improcedibilità connessi alla pendenza di un procedimento giudiziario o arbitrale ⁽¹⁵⁹⁾.

L'avvio del procedimento (unitamente a copia del ricorso e dei documenti allegati) è comunicato entro dieci giorni all'intermediario che, a sua volta, dispone di quindici giorni per trasmettere al *Servicio de Reclamaciones* le proprie osservazioni e la documentazione che ritiene rilevante ⁽¹⁶⁰⁾. Nel corso della fase istruttoria il *Servicio de Reclamaciones* può sentire il ricorrente e chiedere l'integrazione delle informazioni e della documentazione allegata al ricorso.

Il procedimento può avere una durata massima di quattro mesi ⁽¹⁶¹⁾ e si conclude con l'emissione di una **decisione** (*informe final*) assunta dai singoli funzionari addetti all'istruttoria (*instructores*), nel quadro di un sistema uniforme di criteri, e soggetti a un procedimento di supervisione e approvazione da parte del *Servicio de Reclamaciones*.

VI.5 NATURA E CARATTERISTICHE DELLA DECISIONE.

Il procedimento davanti al *Servicio de Reclamaciones* si conclude con una decisione motivata (*informe final*) nella quale viene fatto valere se dagli atti sia desumibile una violazione delle norme di trasparenza e protezione della clientela e se l'intermediario si è attenuto o meno alle buone prassi e usi finanziari ⁽¹⁶²⁾.

L'*informe final* **non** ha mai carattere **vincolante** per il reclamante, né per l'intermediario ⁽¹⁶³⁾ e **in nessun caso può formare oggetto di impugnativa** avendo carattere "informativa" ⁽¹⁶⁴⁾ e non costituendo atto amministrativo ⁽¹⁶⁵⁾.

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. *Real Decreto* 20.2.2004, n. 303, Art. 10.

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. *Real Decreto* 20.2.2004, n. 303, Art. 11, c. 1.

⁽¹⁶¹⁾ Cfr. *Real Decreto* 20.2.2004, n. 303, Art. 12, c. 1.

⁽¹⁶²⁾ Cfr. *Real Decreto* 20.2.2004, n. 303, Art. 12, c. 3.

⁽¹⁶³⁾ Cfr. *Real Decreto* 20.2.2004, n. 303, Art. 5, c. 4 ove si chiarisce che "**en ningún caso, el informe que ponga término a las quejas o reclamaciones tendrá carácter vinculante para el reclamante ni para la entidad a que se refiera (...)**".

⁽¹⁶⁴⁾ Cfr. *Real Decreto* 20.2.2004, n. 303, Art. 12, c. 6 ove si chiarisce che "*la terminación del expediente en el informe final del comisionado tendrá carácter informativo*".

Una volta assunta, la decisione viene notificata alle parti e l'intermediario entro un mese dalla ricezione deve dichiarare se intende accettarla o meno. In caso di **accettazione** deve indicare i comportamenti posti in essere per ottemperare alla decisione e inviare al *Servicio de Reclamaciones* la documentazione a supporto delle misure adottate. In caso di **mancata accettazione** il *Servicio de Reclamaciones* archivia il reclamo prendendo nota della posizione assunta dall'intermediario.

Il carattere di fatto vincolante delle decisioni (e l'efficacia complessiva del *Servicio de Reclamaciones*) è garantito dal sistema di **pubblicità** relativo a ricorsi ricevuti e alle stesse decisioni assunte. Infatti, il *Servicio de Reclamaciones* è tenuto a pubblicare annualmente una relazione sull'attività svolta (*memoria anual*), in cui devono essere riportati i dati statistici relativi ai contenuti dei ricorsi, alle decisioni assunte e ai nominativi degli intermediari interessanti (non anche quelli dei ricorrenti che rimangono riservati), nonché l'adempimento (o meno) degli intermediari alle decisioni ⁽¹⁶⁶⁾. La pubblicità dei comportamenti assunti dagli intermediari costituisce così un presidio all'effettività della tutela erogata dal *Servicio de Reclamaciones*, perché da un lato, "stimola" gli intermediari a conformarsi alle decisioni e, dall'altro lato, svolge una funzione deterrente rispetto ai comportamenti anomali degli intermediari (c.d. *blame and shame*).

Ma non solo, l'**efficacia** e l'**effettività** del sistema è oggi garantita anche dal fatto che il *Real Decreto* prevede che i *Comisionados* (rectius *Servicio de Reclamaciones*) è **tenuto a comunicare all'autorità di vigilanza** tutti i casi di possibile infrazione della normativa di vigilanza e di mancato adempimento alle decisioni adottate, affinché l'autorità possa prendere le misure opportune ed eventualmente sanzionare l'intermediario ⁽¹⁶⁷⁾. In altri termini, il sistema delineato dal *Real Decreto* punta a

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. *Real Decreto* 20.2.2004, n. 303, Art. 5, c. 1 ove si chiarisce che "*los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros son órganos carentes de funciones ejecutivas y ejecutorias. Sus actuaciones o los informes que amitan no tendrán la consideración de actos administrativos, por lo que no serán susceptibles de recurso alguno*" e il successivo Art. 12, c. 6 precisa che "*el informe que emita no tendrá la consideración de acto administrativo y el interesado no podrá entablar recurso alguno contra él*".

⁽¹⁶⁶⁾ Cfr. Cfr. *Ley* 22.11.2002, n. 44, Art. 26 e *Real Decreto* 20.2.2004, n. 303, Art. 18.

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. *Ley* 22.11.2002, n. 44, Art. 24, c. 1, lett. a). V. *Real Decreto* 20.2.2004, art. 13, c. 3, ove si prevede che "*el comisionado, a solicitud del órgano u organismo de suervion al que esté adscrito, podrá informar con la periodicidad que éste le requiera sobre la relación de las quejas o reclamaciones recibidas y expedientes tramitados, así como de las consultas atendidas, y en todo caso, al menos trimestralmente, deberá*

rafforzare i profili di mutua interrelazione tra l'autorità di vigilanza ed il sistema di ADR soprattutto per quel che concerne gli aspetti di *enforcement* atteso che gli obblighi di comunicazione, da un lato, svolgono una funzione di *early warning* delle condotte illecite e, dall'altro lato, possono dar luogo all'irrogazione di sanzioni amministrative da parte dell'autorità di vigilanza a carico dell'intermediario (sanzione che "indirettamente" colpisce l'intermediario per non aver adempiuto alla decisione del *Servicio de Reclamaciones*)⁽¹⁶⁸⁾.

* * *

VII. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE: UNO SGUARDO D'INSIEME.

L'esame sin qui svolto in merito ai sistemi di ADR bancari e finanziari presenti nei principali Stati dell'Unione Europea ha messo in evidenza come le scelte adottate dai singoli ordinamenti nazionali siano **variegate** e spesso riflettono **diverse** tradizioni giuridiche ovvero la **diversa finalità** della supervisione pubblica sul settore finanziario.

In alcuni casi la disciplina e la gestione dei sistemi di ADR è interamente rimessa ad un organismo **pubblico** (Spagna e Regno Unito), in altri invece è pressoché totalmente affidata ad organismi **privati** (Germania), in altri ancora sono state adottate soluzioni intermedie in cui il legislatore statale ha fissato il quadro dei principi entro i quali gli organismi privati sono stati chiamati a dotarsi di una disciplina e regolamentazione di dettaglio (Francia).

In tutti i Paesi si registra una **crescente domanda di giustizia alternativa** che, in parte, può essere collegata alle tensioni generate dalla recente crisi finanziaria e, in altra parte, può essere considerata come un dato strutturale e fisiologico, soprattutto per le controversie di modesta entità o più semplici (c.d. *small claims*) che possono essere risolte con rapidità ed efficacia senza ricorrere alla giustizia ordinaria.

L'accesso ai sistemi di ADR è **gratuito** per i consumatori di prodotti finanziari e i relativi costi sono sopportati dagli intermediari per mezzo della leva fiscale (Regno

informar sobre la marcha del correspondiente servicio de reclamaciones o unidad equivalente que tenga adscrito", mentre l'art. 15 prevede che "si la tramitación de los expedientes de quejas o reclamaciones revela datos que puedan constituir indicios de conductas sancionables, en particular, cuando se dedujese el quebrantamiento de normas de transparencia y protección a la clientela o se detectem indicios de conductas delictivas, o de infracciones tributarias de consumo o competencia, o de otra naturaleza, el Comisionado para la defensa del cliente de servicios financieros pondrá los hechos en conocimiento del organismo de supervisión al que esté adscrito a los efectos oportunos".

⁽¹⁶⁸⁾ CAMILLI, *op. cit.*, p. 255.

Unito) ovvero direttamente (Francia e Germania) oppure sono interamente a carico degli organismi pubblici da cui promanano (Spagna).

In tutti i sistemi sono previste misure a garanzia dell'**imparzialità** e **indipendenza** degli organi decidenti, benché in taluni Paesi (Francia e Germania) la circostanza che le nomine degli organi incaricati di porre fine alla controversia provengano dagli stessi intermediari suscita talune perplessità in merito all'effettiva indipendenza degli stessi.

Tendenzialmente il ricorso ai sistemi di ADR è sottoposto al **previo esperimento di una procedura di reclamo** davanti all'intermediario (fa eccezione la Germania) che, in tal modo, viene messo in condizione di risolvere direttamente le controversie con la propria clientela, evitando gli ulteriori aggravii che possono derivare dalla procedura di ricorso e preservando la relazione di fiducia e commerciale.

In tutti i sistemi, la fase preliminare è governata da **informalità** e ampi poteri istruttori, anche d'ufficio, al fine di garantire una parità di trattamento al ricorrente che, non essendo tenuto a ricorrere a un professionista, spesso espone le proprie richieste in modo atecnico o incompleto.

La **celere** definizione dei ricorsi, insieme alla predeterminazione dei tempi massimi di istruttoria e alla puntuale verifica degli stessi, è un tratto caratteristico di tutti i sistemi considerati.

Infine, per quanto riguarda il **valore giuridico** dell'atto che pone fine al procedimento i diversi ordinamenti esaminati differiscono sensibilmente. Infatti, se nel Regno Unito la pronuncia dell'*Ombudsman* qualora sia accettata dal cliente è vincolante per l'intermediario e costituisce titolo esecutivo, in Francia l'*avis* del mediatore, in assenza di un previo accordo in tal senso, non è fonte di obbligazione per l'intermediario. Del pari, in Spagna l'*informe final* non ha valore vincolante né per il cliente, né per l'intermediario. In Germania, invece, in alcuni sistemi la pronuncia è vincolante solo entro una determinata soglia, superata la quale perde carattere. In ogni caso, in tutti i sistemi di ADR, il cliente insoddisfatto resta sempre **libero** di ricorrere a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento e, in particolare, di rivolgersi al giudice.

Avendo a mente le caratteristiche degli ADR bancari e finanziari presenti nei principali stati dell'Unione Europea, è ora il momento di volgere lo sguardo all'Italia ed

esaminare i principali sistemi di ADR “specializzati” nel settore delle controversie bancarie e finanziarie presenti nel nostro ordinamento. Si passerà così in rassegna - seguendo un ordine cronologico - l’*Ombudsman*-Giuri Bancario (v. *infra* sub Cap. 3) quale primo esperimento di sistema di risoluzione delle controversie bancarie e i più moderni ed efficienti sistemi rappresentati dalla Camera di Conciliazione e Arbitrato istituita presso la Consob (v. *infra* sub Cap. 4) e dell’Arbitro Bancario e Finanziario (v. *infra* sub Cap. 5). Come si avrà modo di osservare, in Italia convivono sistemi di natura e caratteristiche assai diverse gli uni dagli altri (alcuni sistemi hanno un’origine squisitamente privatistica e sono nati su iniziativa degli stessi intermediari, mentre altri sistemi sono stati introdotti per via legislativa e operano sotto l’egida delle Autorità pubbliche di Vigilanza nel settore bancario e finanziario). Nondimeno, la *mission* di tutti i sistemi è mettere a disposizione dei fruitori dei servizi bancari e finanziari strumenti di giustizia privata rapidi, economici ed efficaci che controbuiscono a garantire (e, ove occorra, a ripristinare) il rapporto di fiducia con gli intermediari, poiché tale rapporto di fiducia - come visto sub Cap. 1 - costituisce un fattore indispensabile per assicurare la stabilità del sistema finanziario ed un elemento irrinunciabile nell’attuale contesto economico globalizzato.

CAPITOLO 3

L'OMBUDSMAN - GIURÌ BANCARIO

SOMMARIO: I. Nascita ed evoluzione dell'istituto. - I.1 L'Ombudsman bancario nell'accordo interbancario del 1993. - I.2 Le modifiche all'accordo interbancario intervenute nel 1998 e 2001. - I.3 L'entrata in vigore del D.lgs. 17.1.2003, n. 5 e la nascita dell'Ombudsman - Giurì Bancario. - I.4 L'Ombudsman - Giurì Bancario successivamente all'istituzione dell'Arbitro Bancario Finanziario. - II. Procedimento e decisione - II.1 Il reclamo all'intermediario - II.2 Il ricorso all'Ombudsman-Giurì Bancario. - III. Rapporti tra l'Ombudsman - Giurì Bancario e le altre procedure (giudiziali e stragiudiziali) di risoluzione delle controversie. - IV. Natura giuridica dell'istituto - V. Profili critici e risultati applicativi.

I. NASCITA ED EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO.

Il termine *Ombudsman* è stato utilizzato per la prima volta in Svezia nel 1809 per designare la persona incaricata di esaminare i reclami dei cittadini contro la pubblica amministrazione ⁽¹⁾. Da allora l'istituto dell'*Ombudsman* è stato esportato e trapiantato in molti paesi europei ed extraeuropei venendo ad assumere connotazioni assai diverse da quelle originarie ⁽²⁾.

In particolare, il termine *Ombudsman* è stato esteso ad alcuni organismi del settore privato che hanno il compito di esaminare reclami e dirimere controversie tra imprese (od ordini professionali) e consumatori, utenti e risparmiatori ⁽³⁾. Il termine *Ombudsman* è venuto ad indicare genericamente il *grievance man* ossia «l'uomo dei reclami», la cui funzione è quella di esaminare doglianze contro soggetti pubblici o privati e di risolvere controversie in modo **rapido, economico e facilmente**

⁽¹⁾ Il termine "*ombudsman*" è stato utilizzato nella Costituzione del Regno di Svezia del 6 giugno 1809 e significa "uomo che funge da tramite", che "media". Nel Nord Europa l'*ombudsman* è un istituto che svolge da ormai due secoli il ruolo di "difensore civico", così BAIONA, *I confini tra regolazione pubblica e privata nel sistema bancario e finanziario italiano*, in *Giur. It.*, 2010, p. 1469. Non manca chi sostiene che l'*ombudsman* tragga invece origine dall'istituto del "*defensor civitatis*" creato dal Diritto Romano, detentore di funzioni molto simili a quelle oggi attribuite al difensore civico, ossia difendere la plebe dalle vessazioni perpetrate dai c.d. "*potentes*", in tal senso GIUFFRIDA, *L'ombudsman Bancario*, dicembre 2010, reperibile nella sezione di *Diritto civile e commerciale* su www.diritto.it; sul tema *ex multis* v. MANNINO, *Ricerche sul defensor civitatis*, Milano, 1984 e DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana*, I-V, Napoli, 1967.

⁽²⁾ Per una panoramica generale sugli *ombudsmen* e per la storia dell'istituto v. ANDERSON, *Ombudsman research: a bibliographical essay*, in *The ombudsman journal*, 1982, p. 32; e LUNDIVIK, *A brief survey of the history of the ombudsman*, ibidem, p. 85 e ss.

⁽³⁾ A titolo esemplificativo si ricorda il *Finacial Ombudsman Service* attivo nel Regno Unito, v. *supra* sub Cap. 2, par. III.

accessibile ⁽⁴⁾. L'*Ombudsman* evoca dunque colui che, nel modo più corretto e illuminato possibile, prende le parti di qualcuno, debole e poco esperto, nei confronti di un diverso soggetto, forte e ben attrezzato, come ad esempio, una banca.

Nell'esperienza italiana l'*Ombudsman* - Giurì Bancario rappresenta un sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie bancarie e finanziarie nato nel 1993 su iniziativa di alcune banche e intermediari finanziari ⁽⁵⁾.

Elemento qualificante e distintivo dell'*Ombudsman* - Giurì Bancario è dato proprio dalla sua natura di ADR privato in quanto espressione concreta di autoregolamentazione del sistema bancario. La sua matrice **privatistica**, come si avrà modo di osservare nel proseguo, ha influito (e tutt'ora influisce) sulle sue caratteristiche strutturali e di funzionamento, nonché sulla tipologia ed efficacia delle decisioni che possono essere assunte.

In particolare, il sistema è nato su iniziativa dell'Associazione Bancaria Italiana con lo scopo di mettere a disposizione dei fruitori di servizi bancari e finanziari uno strumento che, garantendo la soluzione dei conflitti con le banche in modo semplice, rapido ed economico, preservasse l'**affidabilità** e l'**immagine** del sistema bancario agli occhi della clientela e, più in generale, del mercato ⁽⁶⁾ e, al contempo, contribuisse ad una maggiore **efficienza bancaria** ⁽⁷⁾.

Ciò premesso, prima di procedere all'esame dell'attuale conformazione dell'istituto, è opportuno ripercorrerne brevemente la storia, esaminando i principali interventi di riforma che in corso di tempo hanno inciso sulla struttura dell'*Ombudsman*

⁽⁴⁾ Così DELFINO, *L'«ombudsman» come modello di «alternative dispute resolution» nel settore privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 248.

⁽⁵⁾ Originariamente la denominazione dell'istituto era semplicemente *Ombudsman* bancario, tuttavia, considerazioni di natura eminentemente pratico (il termine ombudsman è ostico alla stragrande maggioranza dei cittadini anche se dotati di un medio bagaglio culturale; la situazione si aggrava se si pone mente che l'istituto si dirige volutamente ad una massa indiscriminata di persone, parti non troppo avvedute di rapporti bancari alla portata di tutti) e teorico (l'ombudsman bancario non è assimilabile al difensore civico) hanno suggerito di rimeditare la denominazione originaria dell'istituto. Si è così provveduto ad aggiungere alla classica e internazionalmente conosciuta definizione di "*ombudsman*" quella, più intellegibile e vicina all'esperienza italiana, di "giurì".

⁽⁶⁾ In tal senso BAIONA, *I confini tra regolazione pubblica e privata nel sistema bancario e finanziario italiano*, in *Giur. It.*, 2010, p. 1469; SANGIORGIO, *Un esempio di giustizia "domestica" alternativa a quella dell'A.G.O. L'Ombudsman - Giurì bancario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, p. 345.

⁽⁷⁾ Sul punto v. DE SINNO, *Ombudsman Bancario*, in *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre ADR*, Buonfrate - Giovannucci Orlandi (a cura di), Milano, 2006, p. 569.

italiano e sul relativo ambito di applicazione (dapprima ampliandolo e da ultimo riducendolo) nel panorama dei sistemi di ADR in materia bancaria e finanziaria presenti in Italia.

I.1 L'OMBUDSMAN NELL' ACCORDO INTERBANCARIO DEL 1993.

Come si è più sopra anticipato, l'istituzione dell'*Ombudsman* bancario (oggi *Ombudsman* - Giurì Bancario) è da attribuirsi alla libera ed autonoma iniziativa del sistema bancario italiano.

A partire dalla fine degli anni '80 gli istituti di credito hanno preso atto della sempre crescente esigenza di garantire una maggiore **informazione** e **trasparenza** nei rapporti con la clientela per conseguire l'obiettivo dell'**efficienza aziendale** ⁽⁸⁾. Infatti, con l'apertura e privatizzazione del mercato di riferimento, soprattutto su impulso delle direttive comunitarie in materia di accesso all'attività creditizia ed al suo esercizio ⁽⁹⁾, le banche si sono trovate ad affrontare il problema (nuovo) di conquistare il mercato ed i clienti attraverso comportamenti virtuosi e alti standard di reputazione ⁽¹⁰⁾. In questo mutato panorama economico, oramai improntato a politiche creditizie attente alle ragioni dell'utenza ed alla trasparenza del rapporto, il Consiglio e il Comitato esecutivo dell'Associazione Bancaria Italiana (ABI) hanno promosso un accordo per la costituzione di un sistema procedurale deputato a dirimere buona parte delle controversie che normalmente insorgono tra banche e loro clienti, ciò al fine di preservare e accrescere l'**immagine** e l'**affidabilità** del sistema bancario, nonché

⁽⁸⁾ La stessa Banca d'Italia ha difatti sostenuto che *“con il promuovere maggiore informazione vengono insieme perseguiti il fine di equità, che richiede la protezione del contraente debole, e il fine di efficienza del sistema bancario e finanziario”* (CIAMPI, *Intervento all'Associazione bancaria italiana*, in *BANCA D'ITALIA, Documenti*, n. 370, Roma, 1992, p. 2).

⁽⁹⁾ In tal senso v. FERRETTI, *L'arbitrato e l'ADR nel settore bancario*, in *Il diritto dell'arbitrato. Disciplina comune e regimi speciali*, Rubino-Sammartano (diretto da), Padova, 2010, p. 1561.

⁽¹⁰⁾ In un sistema bancario “chiuso” (ossia con un numero di operatori bancari limitato) i clienti sono obbligati nella scelta delle banche a cui rivolgersi e le banche, per conseguenza, non hanno necessità d'impostare la propria attività secondo logiche volte a rendersi appetibili agli occhi dei clienti. Al contrario, in un sistema “aperto” (ossia con un numero di operatori elevato) il cliente sceglie in base alla qualità dei servizi offerti da ogni singola banca che, pertanto, sarà incentivata a migliorare la propria immagine e reputazione nel mercato offrendo servizi e prodotti qualitativamente migliori di quelli dei propri *competitors*.

migliorare i rapporti tra gli intermediari ed i loro clienti⁽¹¹⁾.

In particolare, con la circolare n. 3 del 1° febbraio 1993 l'ABI ha varato l'*Accordo interbancario per la costituzione dell'Ufficio reclami e dell'Ombudsman bancario*⁽¹²⁾. L'accordo, cui hanno aderito buona parte delle banche e degli intermediari finanziari italiani⁽¹³⁾, prevedeva la costituzione di due strumenti consecutivi e complementari di tutela dei clienti in caso di controversia con le banche⁽¹⁴⁾. Precisamente:

- un primo strumento **decentrato**, costituito dall'**Ufficio Reclami** presente all'interno di ogni banca e deputato alla ricezione ed esame dei reclami presentati da **tutta la clientela** (accessibile, quindi ad ogni categoria di **risparmiatore**) in relazione a qualunque questione derivante dai rapporti intrattenuti con la banca o intermediario e aventi ad oggetto rilievi circa il modo con cui la banca stessa abbia gestito operazioni⁽¹⁵⁾;
- un secondo strumento **centralizzato**, costituito dall'**Ombudsman bancario** ossia un organismo collegiale (unico a livello nazionale) e deputato a

(11) Sul punto v. SANGIORGIO, *op. cit.*, p. 345. L'introduzione da parte dell'ABI di un sistema stragiudiziale di risoluzione delle controversie bancarie si è peraltro posto in linea con l'indirizzo statutario della stessa associazione che prevede di “*dirimere in via conciliativa contestazioni in atto o potenziali fra gli associati o assumere incarichi che siano conferiti allo stesso fine*” (v. BERLINGUER, *L'arbitrato nel diritto bancario e nel mercato mobiliare*, in *Arbitrato, ADR e conciliazione*, Rubino-Sammartano (diretto da), Bologna, 2009, p. 225).

(12) Tale accordo è poi entrato in vigore dal 15.4.1993, cfr. INCHINGOLO, *L'Accordo interbancario del 15 aprile 1993*, in *Dir. Banca e mercati finan.*, 1994, II, pp. 33 ss., ove è stato pubblicato il relativo “*Regolamento dell'Ufficio Reclami degli Enti creditizi e dell'Ombudsman bancario*”. Quest'ultimo ha successivamente subito varie modifiche, sul punto cfr. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, in *Trattato Bessone*, XXXI, Torino, p. 163 ss.; SANGIORGIO, *op. cit.*, p. 344. Il testo delle circolari ABI richiamate nel presente scritto sono disponibili presso la banca dati dell'ABI accessibile tramite il sito web www.bancariaeditrice.it.

(13) L'Accordo interbancario, sin dalla sua sottoscrizione nel 1993, ha comunque garantito la massima apertura all'ingresso di ogni ente creditizio operante in Italia, anche qualora non associato all'ABI (così CARRIERO, *Crisi del processo civile e giustizia stragiudiziale: l'«ombudsman» bancario*, in *Foro it.*, 2002, p. 254).

(14) La disciplina dell'Ufficio Reclami e dell'Ombudsman bancario era contenuta in un apposito regolamento allegato alla circolare (i.e. “*Regolamento dell'Ufficio Reclami degli enti creditizi e dell'Ombudsman Bancario*” di seguito per brevità il “*Regolamento*”).

(15) L'Art. 1.2 del Regolamento parlava genericamente di “*qualunque questione derivante da rapporti intrattenuti con la banca e avente ad oggetto rilievi circa il modo in cui la banca stessa abbia gestito operazioni e servizi*”.

riesaminare su ricorso dei **solì consumatori** ⁽¹⁶⁾ le decisioni dei singoli Uffici Reclami e risolvere le controversie relative alla prestazione di servizi bancari, purché di valore non superiore ai 5 milioni di lire ⁽¹⁷⁾. Insomma, nella sua conformazione originaria la competenza dell'*Ombudsman*, fermi i limiti soggettivi e oggettivi poc'anzi evidenziati, era estesa a qualunque tipologia di controversia bancaria e finanziaria senza esclusioni di sorta.

Rinviando ai successivi paragrafi l'esame puntuale del procedimento avanti l'Ufficio Reclami e l'*Ombudsman* così come delineato dal Regolamento attualmente in vigore, preme per il momento rilevare come originariamente le nomine dei cinque componenti del collegio dell'*Ombudsman* erano così ripartite: (i) il Presidente, nominato dal Governatore della Banca d'Italia; (ii) due membri, nominati dal Presidente dell'ABI; e, infine, (iii) gli altri due componenti, nominati dal Consiglio Nazionale Forense e dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti. Nelle intenzioni dei sottoscrittori dell'Accordo, una siffatta composizione del collegio avrebbe dovuto essere garanzia d'**indipendenza** e **imparzialità** dell'organismo. In realtà, le modalità di nomina dei componenti hanno costituito una delle principali critiche al sistema. Infatti, benché i membri di nomina associativa fossero in minoranza e non agissero quali rappresentanti del ceto bancario, quanto piuttosto dell'interesse collettivo a che le banche operino conformemente alle regole di correttezza e trasparenza, l'assenza di rappresentanti dei fruitori dei servizi bancari e finanziari ha fatto dubitare della effettiva imparzialità e indipendenza dell'organismo, tanto più considerando che secondo le associazioni dei consumatori "*avvocati e commercialisti*" non costituivano "*assoluta garanzia d'indipendenza*" ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ L'*Ombudsman* bancario è stato inizialmente concepito per la composizione delle controversie tra banche e clienti-consumatori, nella nozione indicata dall'art. 121 del T.U.B., ossia le persone fisiche che hanno posto in essere una determinata fattispecie contrattuale per scopi estranei all'attività economica eventualmente esercitata (erano così automaticamente escluse le società di qualsiasi tipo, le fondazioni, le associazioni non aventi fini di lucro, le imprese familiari e, infine, gli stessi soggetti individuali quando agivano in veste di professionisti o di imprenditori). Questo limite soggettivo è venuto meno con la riforma del Regolamento entrato in vigore l'1.1.2006 (v. *infra* sub par. I.3).

⁽¹⁷⁾ Il Regolamento non chiariva se il limite dei 5 milioni di lire attenesse al valore complessivo dell'operazione o, piuttosto, all'eventuale danno subito dal consumatore. Il punto è stato chiarito dalla stessa ABI laddove ha precisato che il tetto di competenza riguarda il danno subito dal ricorrente (cfr. Il Sole24ore del 17.4.1993).

⁽¹⁸⁾ Così PRATIS, *op. cit.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1994, I, p. 221.

Sulla scorta di siffatte critiche il Regolamento entrato in vigore l'1.1.2006, come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo della trattazione (v. *infra* sub par. I.3), ha introdotto nuove nuovi criteri di nomina dei componenti del collegio che prevedono il coinvolgimento delle associazioni rappresentative dei consumatori.

In ogni caso, ciò è importante sottolineare che l'Ombudsman ha rappresentato il primo sistema di ADR in materia bancaria e finanziaria che ha visto il coinvolgimento di una Autorità Amministrativa Indipendente preposta alla vigilanza sulla prestazione dei servizi bancarie finanziari (i.e. la Banca d'Italia), seppur in qualità di soggetto con funzioni limitate alla nomina del Presidente dell'organo decidente e non di deputato alla gestione e organizzazione del sistema (come, invece, a distanza di quasi un decennio è avvenuto per l'ABF, v. Cap. 5).

I.2 LE MODIFICHE ALL'ACCORDO INTERBANCARIO INTERVENUTE NEL 1998 E 2001.

Il sistema dell'*Ombudsman* così come delineato dall'Accordo interbancario del 1993 ha subito le prime significative modifiche a cavallo tra la fine degli anni '90 e l'inizio del nuovo secolo. In particolare, con la circolare ABI n. 41 del 16.11.1998 il Regolamento è stato adeguato ai principi comunitari di cui alla Raccomandazione della Commissione Europea 98/257/CE ⁽¹⁹⁾ attraverso (i) l'introduzione dell'obbligo di motivazione delle decisioni; e (ii) la previsione di più rigidi requisiti di indipendenza dei componenti del collegio introducendo, tra l'altro, il divieto di nominare soggetti che nel triennio precedente abbiano svolto attività di lavoro subordinato o autonomo avente caratteristica di collaborazione coordinata e continuativa presso l'ABI e/o presso associati alla stessa ⁽²⁰⁾.

Successivamente, l'Accordo interbancario è stato ulteriormente rinnovato con la circolare ABI n. 40 del 15.11.2001 che: (i) ha ampliato il novero dei possibili aderenti al sistema, estendendolo agli intermediari mobiliari e finanziari partecipati da banche o

⁽¹⁹⁾ Sul contenuto della raccomandazione e dei principi in essa enunciati, si rinvia a quanto esposto nel Cap. 2, par. IV.

⁽²⁰⁾ Tra le modifiche intervenute si segnala anche l'innalzamento sino a 10 milioni di lire del valore delle controversie suscettibili di essere decise dall'*Ombudsman*. Per una disamina delle novità v. *Accordo interbancario per la costituzione dell'ufficio reclami della clientela e dell' Ombudsman bancario del febbraio 1993 e sue modifiche dell'ottobre 1998*, in appendice a OMBUDSMAN-GIURÌ BANCARIO, *La risoluzione delle controversie tra banche e clienti. L'attività dell' Ombudsman nel 2007 con i massimario e le motivazioni delle decisioni di maggiore interesse*, Roma, 2008, pp. 668 ss.

appartenenti a gruppi bancari; (ii) ha innalzato il limite della competenza per valore sino ad Euro 10.000,00; (iii) ha introdotto termini entro cui il cliente può ricorrere all'Ufficio Reclami (due anni dall'operazione contestata) e all'*Ombudsman* (un anno decorrente dalla mancata risposta, dal rigetto o dalla mancata esecuzione della decisione dell'ufficio reclami); infine, (iv) ha disposto che l'*Ombudsman* predisponga mensilmente un rapporto statistico mensile sull'attività svolta, nonché una relazione al termine di ogni anno ⁽²¹⁾.

Infine, in questo stesso periodo si colloca l'ammissione dell'*Ombudsman* alla rete FIN-NET ⁽²²⁾, nonché l'istituzione con la circolare ABI n. 18 del 17.6.2002 di una Sezione Speciale dell'*Ombudsman* competente in materia di bonifici transfrontalieri ⁽²³⁾ per effetto del recepimento della Direttiva 97/5/CE ⁽²⁴⁾ ad opera del D.Lgs. 28 luglio 2000, n. 253.

L.3 L'ENTRATA IN VIGORE DEL D.LGS. 17.1.2003, N. 5 E LA NASCITA DELL'OMBUDSMAN - GIURÌ BANCARIO.

Importanti innovazioni alla struttura e al funzionamento dell'*Ombudsman* sono intervenute con l'avvenuta attuazione dei principi e con l'applicazione delle norme poste dal D.lgs. 17.1.2003, n. 5 (recante norme per la “*definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia*”), il cui art. 38 reca disposizioni in ordine alla istituzione di organismi di conciliazione, non solo nella materia del diritto societario e della intermediazione finanziaria, ma anche in quella bancaria e creditizia. In particolare, è stato previsto che sia gli enti pubblici, sia gli enti privati in grado di offrire garanzie di serietà ed efficienza sono abilitati a costituire organismi deputati a gestire tentativi di conciliazione delle controversie, organismi che per poter operare devono iscriversi in un apposito registro tenuto dal Ministero della Giustizia.

Sulla scorta della soprarichiamata normativa, il Comitato esecutivo dell'ABI,

⁽²¹⁾ Sull'argomento v. CARRIERO, *op. cit.*, p. 254 ss.

⁽²²⁾ V. Capitolo 2, par. II.

⁽²³⁾ In tal senso FERRETTI, *op. cit.*, Padova, 2010, p. 1563. Per una trattazione più approfondita sul punto v. anche PRATIS, *La Sezione dell'Ombudsman bancario per la soluzione delle controversie derivanti da bonifici transfrontalieri*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2002/3, p. 103 ss..

⁽²⁴⁾ La Direttiva 1997/5/CE è stata abrogata dalla Direttiva 2007/64/CE in materia di servizi di pagamento con effetto dal 1.11.2009.

nella riunione del 23.2.2005, ha deliberato d'istituire un organismo autonomo rispetto all'ABI e sul modello di quello delineato dal rammentato dal D.lgs. 17.1.2003, n. 5, prefigurato come un'evoluzione di quanto creato con l'Accordo del 1993 sull'*Ombudsman* bancario. Al nuovo organismo denominato “**Conciliatore Bancario Finanziario**”, *da un lato*, è stato attribuito il compito di indicare e nominare dei conciliatori aventi determinate caratteristiche di professionalità e indipendenza, *dall'altro lato*, sono state trasferite le funzioni amministrative sino allora esercitate dall'ABI nei confronti del preesistente *Ombudsman* bancario, lasciando peraltro a tale sistema la propria autonomia operativa ⁽²⁵⁾.

Nelle more del trasferimento delle funzioni al Conciliatore Bancario e Finanziario, con circolare n. 16 del 28.9.2005 l'ABI ha modificato il Regolamento introducendo nuovi criteri di nomina per i componenti del collegio che hanno consentito di superare la “tradizionale” assenza di rappresentanti dei consumatori oggetto di forti critiche. In particolare, l'art. 2 del nuovo Regolamento ha previsto un collegio composto da un Presidente, nominato dal Governatore della Banca d'Italia, e da quattro componenti, di cui: (i) due componenti nominati dal Consiglio del Conciliatore Bancario Finanziario su designazione dell'ABI che sceglie tra gli iscritti all'ordine degli avvocati e all'ordine dei dottori commercialisti ed esperti contabili; (ii) un componente dal Consiglio del Conciliatore Bancario Finanziario su designazione del Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti - CNCU *ex art.* 136 del D.Lgs. 206/2005, oppure da tre associazioni di categoria scelte da quest'ultimo fra quelle iscritte nell'elenco di cui all'art. 137 del D.Lgs. 206/2005; infine (iii) un componente nominato dal Consiglio del Conciliatore Bancario Finanziario su designazione di almeno due associazioni rappresentative delle altre categorie di clienti, scelte tra Confindustria, Confcommercio, Confagricoltura e Confartigianato.

La durata dell'incarico è stata fissata in cinque anni per il Presidente e tre anni per gli altri componenti del collegio, potenzialmente rinnovabile per una sola volta. L'indipendenza del collegio è stata rafforzata con l'introduzione di un'ipotesi di incompatibilità per coloro che nel triennio precedente abbiano ricoperto cariche o svolto attività lavorativa (subordinata o autonoma) coordinata e continuativa presso gli

⁽²⁵⁾ Il trasferimento dell'*Ombudsman* dall'ABI al Conciliatore Bancario è stato comunicato dall'ABI con lettera circolare del 30.4.2007. Il Conciliatore ha iniziato a gestire le attività dell'*Ombudsman* a partire dal 1.6.2007.

enti aderenti, le loro associazioni, le associazioni dei consumatori o quelle di altre categorie di clienti, nonché attraverso la previsione della revocabilità del Presidente e dei componenti solo al ricorrere di una giusta causa ⁽²⁶⁾.

In base all'art. 7 del Regolamento è stata modificata la denominazione dell'istituto da “*Ombudsman* bancario” a “*Ombudsman-Giurì Bancario*”, la competenza è stata innalzata sino ad Euro 50.000,00 e, infine, il limite soggettivo del “cliente-consumatore” è venuto meno ⁽²⁷⁾, così che la legittimazione attiva a proporre ricorso è stata estesa in capo a tutti i clienti degli istituti di credito, senza distinzione alcuna tra consumatori e non consumatori ⁽²⁸⁾.

Una volta intervenuta l'iscrizione del Conciliatore Bancario Finanziario nel registro degli organismi di conciliazione tenuto dal Ministero della Giustizia, la nuova struttura conciliativa creata dal sistema bancario ha iniziato a operare e in questo quadro ha provveduto a dettare un nuovo Regolamento sul funzionamento degli Uffici Reclami delle banche e degli intermediari finanziari aderenti, nonché dell'Ombudsman bancario ⁽²⁹⁾. Tra le modifiche intervenute si segnala: (i) la nomina del Presidente del Collegio da parte del Presidente del Consiglio di Stato (e non più da parte del Governatore della Banca d'Italia); (ii) l'introduzione della figura del Vice Presidente incaricato di sostituire il presidente in caso di assenza o impedimento di quest'ultimo e garantendo così anche in queste eventualità all'Ombudsman di poter operare; (iii) l'introduzione della figura del Coordinatore incaricato di gestire l'attività della Segreteria Tecnica dell'Ombudsman; (iv) l'innalzamento della competenza per valore sino ad Euro 100.000,00.

⁽²⁶⁾ Sul punto v. DE SINNO, *op. cit.*, p. 570

⁽²⁷⁾ L'art. 121 T.U.B. definisce il consumatore come “*una persona fisica*” che ha posto in essere quella determinata fattispecie contrattuale “*per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*”.

⁽²⁸⁾ In fondo anche il professionista, l'artigiano, il piccolo commerciante ovvero la piccola società in nome collettivo “non si trovano nei confronti della banca in una posizione molto diversa sotto il profilo della debolezza della loro posizione da quella del consumatore vero e proprio” (Così SANGIORGIO, *op. cit.*, p. 346 e DI STASIO, *Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie bancarie: ufficio reclami, conciliatore bancario, arbitro bancario finanziario*, in *La disciplina dei rapporti bancari*, a cura di Fiorucci, Padova, 2012, p. 657-658).

⁽²⁹⁾ Il Regolamento dell'Ombudsman è stato modificato dal Conciliatore Bancario con provvedimenti comunicati, rispettivamente, con lettera circolare del 26.6.2007 e con lettera circolare del 21.7.2008, entrambe pubblicate in appendice a OMBUDSMAN-GIURÌ BANCARIO, *op. cit.*, p. 673 ss.

I.4 *L'OMBUDSMAN SUCCESSIVAMENTE ALL'ISTITUZIONE DELL'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO.*

Il 15.10.2009 è entrato in funzione nel nostro ordinamento l'Arbitro Bancario Finanziario ("ABF"), un sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie tra intermediari bancari e finanziari e loro clienti in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari introdotto dalla l. 28 dicembre 2005, n. 262 (c.d. legge sul risparmio).

L'istituto sarà oggetto di specifica e articolata trattazione nel presente lavoro di tesi (v. *infra* sub Cap. 5). In questa sede preme semplicemente rilevare che l'ABF trova applicazione in relazione ad ogni controversia riguardante operazioni e servizi bancari e finanziari (es. conti corrente, mutui e altri finanziamenti) ivi compresi i servizi di pagamento, con esclusione di quelli non assoggettati al titolo VI del TUB *ex art.* 23, c. 4, D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

Per questa ragione, onde evitare una sovrapposizione di competenze tra il neocostituito ABF e l'*Ombudsman* - Giurì Bancario (quest'ultimo tradizionalmente non ha mai avuto particolari limitazione in ordine alla tipologia di controversie bancarie e finanziarie suscettibili di essere trattate e decise), il Regolamento entrato in vigore proprio in coincidenza con l'avvio dei lavori dell'ABF (i.e. 15.10.2009), ha opportunamente (ma significativamente) **ridotto l'ambito di applicazione oggettivo** dell'*Ombudsman* - Giurì Bancario, limitandolo alle sole controversie che **non** possono essere decise dall'ABF ossia a quelle concernenti i **servizi e le attività di investimento e le altre tipologie di operazioni non assoggettati al titolo VI del TUB** (i.e. servizi e attività d'investimento, collocamento di prodotti finanziari, nonché operazioni e servizi che siano componenti di prodotti finanziari aventi finalità di investimento, quali, ad esempio, obbligazioni e altri titoli di debito, certificati di deposito, contratti derivati, pronti contro termine).

La competenza dell'*Ombudsman* - Giurì Bancario riveste quindi oggi un carattere meramente **residuale** e tale circostanza, unitamente alla scarsa conoscenza dell'istituto, non si dubita inciderà (restringendolo) sull'effettivo utilizzo dell'istituto da parte dei fruitori di servizi bancari e finanziari, tanto più considerando che le controversie suscettibili di essere trattate dall'*Ombudsman* - Giurì Bancario **rientrano nell'ambito di applicazione delle procedure di conciliazione e arbitrato**

amministrate dalla Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob (su cui v. *infra* Cap. 4).

* * *

II. PROCEDIMENTO E DECISIONE.

Concluso il breve *excursus* concernente le più significative modifiche intervenute sull'istituto a partire dalla sua introduzione nel 1993 e sino alla riforma del 2009, si può ora passare ad un'analisi più approfondita del procedimento previsto nel “Regolamento per la trattazione dei reclami e dei ricorsi in materia di servizi e attività di investimento” attualmente in vigore ⁽³⁰⁾.

Il procedimento si articola tutt'oggi in due distinte fasi:

- una prima fase (necessaria), presso l'**Ufficio Reclami** dello stesso intermediario contro il quale il cliente intende proporre reclamo (v. *infra* sub par. II.1); e,
- una seconda fase (meramente eventuale), presso un unico organismo collegiale incaricato di esprimersi in modo definitivo circa la fondatezza o meno del ricorso, l'**Ombudsman - Giurì Bancario** appunto ⁽³¹⁾ (v. *infra* sub par. II.2).

Ma procediamo nel dettaglio.

II.1 IL RECLAMO ALL'INTERMEDIARIO.

Come si è osservato più sopra, le banche e gli intermediari finanziari sono tenute a costituire all'interno della propria struttura un “Ufficio Reclami” cui il cliente insoddisfatto può **gratuitamente** rivolgersi per sollevare doglianze e avanzare richieste relative alle operazioni ed ai servizi resi dalla banca o dall' intermediario ⁽³²⁾.

Da un punto di vista **sogettivo** possono accedere all'Ufficio Reclami tutti i clienti della banca, siano essi persone fisiche o giuridiche, siano essi consumatori o non consumatori. Parimenti, da un punto di vista **oggettivo**, la competenza dell'Ufficio Reclami non sembra essere sottoposta ad alcuna limitazione di sorta: i clienti dell'intermediario potranno rivolgersi all'Ufficio Reclami **per qualsiasi questione**

⁽³⁰⁾ L'attuale Regolamento dell'*Ombudsman - Giurì Bancario* è in vigore dal 15.10.2009 ed è consultabile sul sito web www.conciliatorebancario.it.

⁽³¹⁾ Sul punto v. SANGIORGIO, *op. cit.*, p. 345.

⁽³²⁾ Le modalità di accesso, funzionamento e trattazione dei reclami da parte dell'Ufficio Reclami sono disciplinate da appositi regolamenti adottati da ciascuna banca e intermediario in conformità alle disposizioni relative ai reclami emanati dalla Banca d'Italia.

concernente i rapporti intrattenuti con la propria banca o intermediario, ben potendo lamentare non solo di aver subito un danno (senza limiti di valore) dal comportamento tenuto dall'intermediario, ma anche ad esprimere doglianze in merito alle modalità con le quali siano state gestite operazioni e servizi.

In base alla procedura prevista dal Regolamento, i clienti sono chiamati ad inviare i reclami per iscritto all' intermediario finanziario tramite posta ordinaria o elettronica o, in alternativa, a consegnarli direttamente allo sportello dell'intermediario, contro rilascio di ricevuta (nel qual caso, l' impiegato responsabile provvederà ad inoltrarli immediatamente all' Ufficio Reclami) ⁽³³⁾.

Per consentire la formulazione dei reclami in modo chiaro e inequivoco, gli intermediari finanziari mettono a disposizione dei clienti moduli di reclamo standardizzati ⁽³⁴⁾, restando inteso che è sempre possibile per i clienti inoltrare il ricorso sotto altra forma, salva la necessaria indicazione di alcuni elementi essenziali ossia: (i) le generalità del ricorrente; (ii) i motivi del reclamo; (iii) la sottoscrizione da parte del cliente o un qualsiasi altro elemento che renda agevolmente ed inequivocabilmente identificabile il cliente (qualora la presentazione del reclamo avvenga per mano di un rappresentante, questo dovrà contenere anche la firma del cliente stesso) ⁽³⁵⁾.

Ai sensi dell'art. 17, comma 1, del “Regolamento della Banca d' Italia e della CONSOB ai sensi dell' articolo 6, comma 2-bis, del testo unico della finanza” ⁽³⁶⁾, rubricato “Trattazione dei reclami”, gli intermediari adottano procedure idonee ad assicurare che siano sollecitamente trattati i reclami della clientela (potenziale o meno) al dettaglio e comunicano ai clienti le modalità e i tempi per l'evasione delle richieste pervenute ⁽³⁷⁾.

In caso di reclamo giudicato fondato, l' “Ufficio Reclami” dovrà indicare nel provvedimento i tempi e le modalità con cui la banca o l'intermediario deve conformarsi al *decisum*. Nel caso invece sia il cliente a non vedere accolto il proprio reclamo o comunque nel caso non riceva una risposta nei tempi previsti dallo stesso

⁽³³⁾ Cfr. Art. 2.2 del Regolamento.

⁽³⁴⁾ Alcune banche (es. Monte dei Paschi di Siena) consentono la compilazione e presentazione del reclamo online direttamente tramite il proprio sito web.

⁽³⁵⁾ Cfr. Art. 2.3 del Regolamento.

⁽³⁶⁾ Regolamento, reperibile su www.bancaditalia.it/vigilanza/normativa/norm_bi/circ-reg/reg_bi_consob/Regolamentocongiunto_291007.pdf

⁽³⁷⁾ Il tempo massimo entro cui le banche s'impegnano a gestire i reclami è tendenzialmente di 30 giorni (cfr. www.unicredit.it e www.intesasanpaolo.com).

Ufficio Reclami, il cliente può senz'altro rivolgersi all'*Ombudsman* chiamato a svolgere le funzioni di **organo di seconda istanza**. Il procedimento avanti l'Ufficio Reclami, benché quest'ultimo dovrebbero operare in modo imparziale, ha carattere amministrativo, non si svolge nel contraddittorio con il reclamante e viene gestito internamente dalla banca. Queste caratteristiche fanno sì che la banca, in caso di soccombenza, non avrà rimedi contro la decisione del proprio Ufficio Reclami ⁽³⁸⁾.

II.2 IL RICORSO ALL' OMBUDSMAN-GIURÌ BANCARIO.

Prima di esaminare il procedimento davanti all'*Ombudsman* - Giurì Bancario occorre premettere che il collegio nello svolgimento della propria attività decisionale è supportato da una Segreteria Tecnica cui è affidato il compito di (i) istruire i ricorsi da sottoporre all'*Ombudsman*; (ii) elaborare un rapporto mensile contenente i dati statistici relativi all'attività svolta dall'*Ombudsman*, nonché una relazione annuale sulla stessa attività, i rapporti mensili e la relazione annuale vengono trasmessi dal Presidente dell'*Ombudsman* - Giurì Bancario al Presidente del Conciliatore Bancario Finanziario, il quale informa il Consiglio e può autorizzarne la pubblicazione nelle forme ritenute opportune. L'attività della Segreteria Tecnica è diretta da un Coordinatore che, tra l'altro, è anche incaricato di assistere alle riunioni dell'organo collegiale e predisporre il relativo verbale.

Il ricorso in “appello” all'*Ombudsman* è **gratuito**, ma è sottoposto al rispetto di ben precise condizioni puntualmente indicate dal Regolamento. In particolare:

- il cliente non deve essersi già rivolto al giudice o aver avviato un procedura arbitrale o di conciliazione ⁽³⁹⁾;
- deve essere stato preventivamente esperita la procedura di reclamo davanti all'Ufficio Reclami della banca o dell'intermediario con cui il cliente ha in essere il rapporto contrattuale. Il ricorso all'*Ombudsman* (conformemente alla sua natura di organismo di seconda istanza) è infatti ammesso solo ed esclusivamente a seguito di risposta negativa oppure elusione o mancata attuazione dell'eventuale provvedimento di accoglimento del reclamo. Il preventivo e necessario interessamento dell'Ufficio Reclami permette così alla

⁽³⁸⁾ In tal senso BRUSCHETTA, *Le controversie bancarie e finanziarie*, in *Contratti*, 2010, p. 426.

⁽³⁹⁾ Cfr. Art. 7.1.b del Regolamento.

banca di poter effettuare un eventuale e tempestivo “ravvedimento” qualora le ragioni del cliente risultino incontestabilmente valide, determinando in questo modo un positivo effetto deflattivo sull’attività dell’ *Ombudsman*, che può focalizzarsi sui casi di ben più difficile risoluzione ⁽⁴⁰⁾;

- non deve essere trascorso più di un anno (termine di decadenza) dalla data di presentazione del reclamo alla banca qualunque sia stato l’esito (sfavorevole oppure favorevole ma con mancata esecuzione o, ancora, nel caso di decisione negata) ⁽⁴¹⁾;
- il fatto oggetto di controversia deve essere stato compiuto nei due anni precedenti la presentazione del reclamo ⁽⁴²⁾;
- nel caso il ricorso abbia ad oggetto la corresponsione di una somma di denaro, il valore della controversia non può essere superiore ad Euro 100.000,00 ⁽⁴³⁾. Nessuna limitazione viene in rilievo quando all’*Ombudsman* viene richiesto semplicemente l’accertamento di diritti, obblighi e facoltà.

Il mancato rispetto delle predette condizioni (sempre rilevabile d’ufficio) determina l’**improcedibilità** dei ricorsi ⁽⁴⁴⁾. Tuttavia, occorre segnalare che nel caso l’improcedibilità sia dovuta alla mancata preventiva presentazione del reclamo all’Ufficio Reclami all’intermediario, la Segreteria Tecnica dell’*Ombudsman* trasmette tutta la documentazione ricevuta all’Ufficio Reclami (dandone avviso al ricorrente). L’Ufficio Reclami viene quindi investito della controversia direttamente dalla Segreteria Tecnica e deve far pervenire una risposta al cliente con i tempi e le modalità all’uopo previste trasmettendone copia anche all’*Ombudsman*. Una volta ricevuta la risposta dall’Ufficio Reclami, il cliente deve entro trenta giorni comunicare all’*Ombudsman* se ritiene soddisfacente la decisione dell’Ufficio Reclami ovvero se intende comunque

⁽⁴⁰⁾ In tal senso SANGIORGIO, *op. cit.*, p. 347, ove l’Autore inoltre specifica che, al fine di non farsi sconfessare nell’eventuale e successiva fase davanti all’*Ombudsman*, gli istituti bancari sono sempre più propensi a dotarsi di efficienti Uffici Reclami, in modo da considerare in maniera sempre più obiettiva e imparziale le lamentele della clientela.

⁽⁴¹⁾ Cfr. Art. 7.1.e del Regolamento.

⁽⁴²⁾ Cfr. Art. 7.1.a del Regolamento.

⁽⁴³⁾ Cfr. Art. 7.1.c del Regolamento.

⁽⁴⁴⁾ Di improcedibilità parla espressamente l’Art. 8.1. del Regolamento con riferimento al verificarsi in corso d’istruttoria di una delle sopra ricordate evenienze.

ottenere la decisione dell'*Ombudsman*. Infatti, in mancanza di tale comunicazione, l'*Ombudsman* procede all' **archiviazione del ricorso** ⁽⁴⁵⁾.

La presentazione del ricorso all'*Ombudsman* può avvenire tramite posta elettronica o alternativi strumenti informatici. In ogni caso, il ricorso deve precisare l'oggetto della controversia ed essere corredato da qualsiasi notizia o documentazione potenzialmente utile, anche al fine dell'accertamento delle sopraindicate condizioni di ammissibilità ⁽⁴⁶⁾.

Una volta ricevuto il ricorso, l'*Ombudsman* informa tempestivamente e per iscritto la banca o l'intermediario interessato. L'istruttoria viene svolta dalla Segreteria Tecnica che può richiedere ad entrambe le parti ogni chiarimento e/o documento utile alla decisione, fermo restando che l'onere della prova è posto in capo al ricorrente il quale è quindi chiamato a dimostrare documentalmente la fondatezza del proprio ricorso ⁽⁴⁷⁾.

Il **contraddittorio** con l'Ufficio Reclami avviene per **iscritto** e solo in via **eventuale**, quando cioè la Segreteria Tecnica reputi che la documentazione prodotta dal cliente non sia sufficiente ⁽⁴⁸⁾. Solo in questo caso la Segreteria Tecnica potrà richiedere all'Ufficio Reclami il deposito dei documenti utili alla comprensione dell'oggetto del contendere e di una memoria illustrativa dei motivi alternativamente alla base: (i) del rigetto (parziale o totale) del reclamo, (ii) della mancata attuazione del relativo accoglimento nei termini indicati, o infine, (iii) dell'assenza di una qualsiasi risposta nei termini di cui all'art. 2, c. 4 del Regolamento. In base all'art. 10 c. 5 del Regolamento, la richiesta del predetto deposito prettamente documentale potrà tuttavia farsi ad entrambe le parti in qualunque momento del procedimento. Il mancato ottemperamento del cliente o dell'Ufficio reclami alle richieste della Segreteria Tecnica può essere liberamente apprezzato dall'*Ombudsman*, anche come sintomo del torto delle parti che pertanto rischiano la soccombenza ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. Art. 7.3 del Regolamento.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. Art. 8 del Regolamento.

⁽⁴⁷⁾ Così SANGIORGIO, *op. cit.*, p. 347.

⁽⁴⁸⁾ Il rispetto del principio del contraddittorio nel corso del procedimento avanti all'*Ombudsman* non può certamente dirsi pieno, dal momento che il cliente non viene messo in condizione di poter replicare alle deduzioni e produzioni dell'Ufficio Reclami.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. Art. 10.6 del Regolamento.

L'*Ombudsman* non è tenuto a seguire particolari norme di procedura e la sua decisione riposa sul **libero apprezzamento degli elementi di prova** che le parti sono in grado di sottoporre alla sua attenzione ⁽⁵⁰⁾.

Il Regolamento prevede che la decisione sia adottata tramite voto a maggioranza semplice dei cinque membri del collegio; inoltre, dal momento che il *quorum* costitutivo può legittimamente scendere sino a tre componenti presenti (tra cui il Presidente o il suo Vice), è previsto che in caso di parità di voti, il voto di colui che presiede il Collegio valga il doppio ⁽⁵¹⁾. In ogni caso, la decisione è succintamente motivata ⁽⁵²⁾ e deve essere assunta entro 90 giorni dalla presentazione del ricorso o dall'ultima comunicazione del ricorrente, ciò in ossequio al principio di rapidità e efficacia che sta alla base dell'istituto stesso ⁽⁵³⁾.

Il ventaglio di decisioni che il collegio può assumere è piuttosto ampio e composito e, oltre all'ipotesi di accoglimento e rigetto, comprende:

- **l'archiviazione del ricorso**, quando la richiesta di chiarimenti o documentazione della Segreteria Tecnica al ricorrente non abbia avuto seguito entro il termine all'uopo fissato. In questi casi l'inerzia del ricorrente viene interpretata come sopravvenuta mancanza di interesse a proseguire il ricorso e volontà di rinunciarvi (un'eventuale tardiva richiesta di giustizia da parte del cliente verrà così considerata pari ad un nuovo ricorso);
- **la cessazione della materia del contendere**, qualora successivamente alla presentazione del ricorso, l'*Ombudsman* riscontri che il cliente è già stato soddisfatto dalla banca o dall'intermediario. Infatti, nel caso, l'organismo non potrà che constatare che tra le parti è di fatto già invalso un accordo ⁽⁵⁴⁾;

⁽⁵⁰⁾ Così SANGIORGIO, *op. cit.*, p. 347.

⁽⁵¹⁾ Cfr. Art. 5.5 del Regolamento.

⁽⁵²⁾ Esplicitare al ricorrente o alla banca rispettivamente il perché del rigetto o dell'accoglimento del ricorso, è invero apparso corretto e connaturato alla stessa natura di organo chiamato a svolgere una funzione decisoria, anche quando in passato il Regolamento non prevedeva l'obbligo di esplicitare i motivi della decisione. Oggi, invece, il Regolamento dispone testualmente che "*la decisione dell'Ombudsman è motivata*" (cfr. Art. 10).

⁽⁵³⁾ Cfr. Art. 10.1 del Regolamento.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Art. 9.2 del Regolamento.

- **il non luogo a provvedere**, allorché il ricorso sia stato proposto nei confronti di una banca non aderente all'accordo interbancario sulla costituzione dell'*Ombudsman*;
- **l'irricevibilità del ricorso**, quando il cliente risulta terzo rispetto al rapporto contrattuale controverso, non rivestendo dunque il ruolo di cliente della banca verso la quale è stato presentato ricorso.
- **l'improcedibilità**, qualora si riscontri che: (i) il fatto oggetto di controversia è già stato portato all'esame dell'Autorità giudiziaria o di un collegio arbitrale, ovvero è stato sottoposto ad una procedura di conciliazione ancora in itinere; (ii) la domanda non rientra nella competenza per materia dell'*Ombudsman*; (iii) la questione ha un valore superiore ai € 100.000,00; (iv) la controversia riguarda una fattispecie anteriore alla costituzione dell'organismo; (v) la questione verte su rapporti non bancari (quali quelli societari), pur concernenti la medesima banca; (vi) il danno lamentato dal cliente è addebitabile ad un ente estraneo all'accordo; (vii) sono trascorsi più di due anni dal fatto oggetto della controversia; o, infine, (viii) è trascorso più di un anno dal rigetto del reclamo in primo grado.

Quanto all'**efficacia della decisione di merito** (accoglimento/rigetto) emessa dall'*Ombudsman* occorre distinguere tra la posizione del cliente e quella della banca. Infatti:

- per un verso, il cliente che ha visto rigettare il proprio ricorso o, comunque, il cliente non soddisfatto della decisione dell'*Ombudsman* resta sempre **libero di non accettarla** e rivolgersi all'Autorità Giudiziaria o, se previsto, ad un arbitro al quale chiedere una nuova valutazione della vertenza (la decisione dell'*Ombudsman* **non produce alcun effetto giuridico vincolante** - neppure indiretto - sul cliente che non viene quindi privato della possibilità di far valere i propri diritti attraverso gli altri rimedi previsti dall'ordinamento)⁽⁵⁵⁾; mentre,
- per altro verso, la banca e dell'intermediario, in caso di soccombenza, sono (di fatto) vincolate al *decisum* dell'*Ombudsman*. Tuttavia, il vincolo non deriva tanto dall'efficacia giuridica della decisione in sé (la pronuncia infatti non è idonea a produrre effetti giuridici vincolanti, né può essere in alcun modo eseguita

⁽⁵⁵⁾ Così SANGIORGIO, *op. cit.*, p. 349.

coattivamente da parte del cliente vittorioso), quanto dal fatto che il mancato spontaneo adempimento della banca entro i termini previsti dall'*Ombudsman* comporta l'irrogazione di particolari sanzioni a carico della stessa. In particolare, le **sanzioni** hanno carattere **reputazionale** e consistono nel render pubblico il nome della banca e il suo inadempimento tramite la stampa nazionale ⁽⁵⁶⁾. La previsione di una sanzione di questo tipo in un contesto economico e sociale in cui l'immagine e la reputazione sono fondamentali per la sopravvivenza ed il successo di una banca o intermediario sul mercato, ha dato buona prova di sé e ha dimostrato di essere assai temuta dagli intermediari, al punto che sono stati rari i casi di mancato spontaneo adempimento alle decisioni dell'*Ombudsman*. In questo senso, un regime del tutto analogo - come si vedrà - è stato previsto anche nel caso d'inadempimento alle decisioni dell'ABF (v. *infra* sub Cap. 5).

* * *

III. NATURA GIURIDICA DELL'ISTITUTO.

Come si è anticipato sopra sub. par. I, l'*Ombudsman* - Giurì Bancario nasce su iniziativa del sistema bancario e con l'obbiettivo di creare uno strumento che, garantendo la soluzione dei conflitti con le banche in modo **semplice, rapido ed economico**, preservasse l'affidabilità e l'immagine del sistema bancario agli occhi del mercato ⁽⁵⁷⁾ e, al contempo, contribuisse ad una **maggiore efficienza bancaria** ⁽⁵⁸⁾. Insomma, uno strumento "volontaristico" di risoluzione delle controversie bancarie, la cui funzione è ricercare una vera e propria **pacificazione sociale** tra il sistema bancario e i fruitori dello stesso ⁽⁵⁹⁾.

L'*Ombudsman* - Giurì Bancario **non** costituisce un organo alternativo al giudice e quindi non svolge la funzione né persegue la finalità dell'arbitrato al quale pertanto non può essere assimilato, né tantomeno può essere assimilato ad un organismo di conciliazione. Infatti, anche se l'attuale composizione dell'*Ombudsman* - Giurì Bancario

⁽⁵⁶⁾ Cfr. Art. 10.9 del Regolamento.

⁽⁵⁷⁾ Così BAIONA, *I confini tra regolazione pubblica e privata nel sistema bancario e finanziario italiano*, in *Giur. It.*, 2010, p. 1469; SANGIORGIO, *op. cit.*, p. 345.

⁽⁵⁸⁾ Così DE SINNO, *Ombudsman bancario*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di Buonfrate - Giovannucci Orlandi, Torino, 2006, p. 569.

⁽⁵⁹⁾ Così DE SINNO, *op. cit.*, p. 570.

(diversamente da quanto accadeva in passato) prevede la presenza di componenti designati dalla clientela e dalle associazioni dei consumatori ⁽⁶⁰⁾, l'*Ombudsman* non può essere assimilato all'arbitrato o ad un organismo di conciliazione se non altro perché:

- tra le condizioni di procedibilità del ricorso vi è l'espressa menzione che il fatto oggetto di controversia non sia stato portato all'esame di un collegio arbitrale e non sia in corso una procedura di conciliazione ⁽⁶¹⁾. La regolamentazione espressa del caso in cui l'avvio del procedimento davanti all'*Ombudsman* sia successivo all'istituzione del giudizio arbitrale o di una procedura di conciliazione, è quindi già di per sé idonea ad escludere l'assimilazione dell'istituto in esame ad una procedura di arbitrato o conciliazione, diversamente non vi sarebbe stata alcuna necessità di una previsione di questo tipo;
- nell'arbitrato le parti si affidano concordemente al giudizio di un terzo privato e tale affidamento è fatto a pari condizioni, nel senso che entrambe rinunciano a far valere le loro ragioni all'interno di un giudizio ordinario, formalizzando la loro concorde volontà con la sottoscrizione di una convenzione d'arbitrato. Nel procedimento davanti all'*Ombudsman* non solo manca del tutto una convenzione d'arbitrato (o un patto ad essa assimilabile), ma, una parte (il cliente) è sempre libera di investire della controversia l'autorità giudiziaria o un arbitro sia in pendenza del ricorso all'*Ombudsman*, sia successivamente alla pronuncia della sua decisione ⁽⁶²⁾, mentre l'altra parte (banca) è vincolata alla decisione dell'*Ombudsman* al punto che, in caso d'inadempimento, sono previste sanzioni di carattere reputazionale ⁽⁶³⁾;
- nella conciliazione il terzo conciliatore stimola le parti a raggiungere un accordo che ponga termine alla lite, accordo che deve comunque essere

⁽⁶⁰⁾ Come si è più sopra osservato, originariamente, il collegio dell'*Ombudsman* non annoverava membri designati dai fruitori dei servizi bancari e finanziari e tale circostanza aveva fatto sorgere perplessità sulla effettiva indipendenza e imparzialità dell'organo, così CARRIERO, *Le fonti negoziali del diritto nel settore bancario e finanziario*, in *Foro it.*, 2000, p. 99 e MAIMERI, *L'«ombudsman» bancario in Italia*, in *La Banca e l'arbitrato*, a cura di Riolo, Roma, 1994, p. 49.

⁽⁶¹⁾ Cfr. art. 7, c. 1, lett. b) del Regolamento.

⁽⁶²⁾ Cfr. art. 15 del Regolamento.

⁽⁶³⁾ Cfr. art. 10 del "Regolamento per la trattazione dei reclami in materia di servizi e attività di investimento".

accettato dalle stesse parti diversamente non produce alcun effetto. L'*Ombudsman*, invece, non propone alcun accordo, ma decide sul ricorso del cliente (accogliendolo o rigettandolo) e la sua decisione non vincola mai il cliente, ma solo l'intermediario che, in caso d'inadempimento, è soggetto a sanzioni di carattere reputazione.

Insomma l'*Ombudsman* - Giurì Bancario è sotto molteplici punti di vista "altro" rispetto all'arbitrato e alla conciliazione e, in questo senso, pare corretta l'affermazione di chi ritiene l'*Ombudsman* - Giurì bancario un organismo **garante della regolarità e correttezza dell'attività bancaria** ⁽⁶⁴⁾.

* * *

IV. RAPPORTI TRA L'OMBUDSMAN - GIURÌ BANCARIO E LE ALTRE PROCEDURE (GIUDIZIALI E STRAGIUDIZIALI) DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE.

Prima di volgere lo sguardo alla prassi applicativa dell'istituto, è necessario compiere uno sforzo preliminare e propedeutico a tale ulteriore campo di indagine, tramite un esame dei rapporti tra l'*Ombudsman*-Giurì Bancario e le altre procedure di risoluzione delle controversie bancarie e finanziarie.

Invero, onde evitare la contemporanea pendenza di più procedure aventi il medesimo oggetto innanzi ad organismi diversi il Regolamento disciplina espressamente il caso in cui altre procedure di soluzione giudiziale o stragiudiziale delle controversie siano attivate anteriormente o successivamente alla presentazione del ricorso all'*Ombudsman*. Precisamente:

- l'art. 7, c. 1, lett. b) del Regolamento, statuisce che all'*Ombudsman* possono rivolgersi i clienti degli intermediari aderenti all'Accordo interbancario, purché il fatto oggetto di controversia non sia stato già portato all'esame dell'Autorità Giudiziaria o di un arbitro, ovvero non sia sottoposto ad una procedura di conciliazione ancora in corso, pena l'inammissibilità del ricorso stesso. Insomma, la pendenza di un procedimento giudiziale o arbitrale sul medesimo fatto oggetto del ricorso rappresenta un motivo d'**improcedibilità** e preclude l'accesso all'*Ombudsman*. Del resto, in una situazione di questo genere, la

⁽⁶⁴⁾ Così DE SINNO, *op. cit.*, p. 571; CARRIERO, *Crisi del processo civile e giustizia stragiudiziale: l'«ombudsman» bancario*, in Foro it., 2002, pag. 255; MORERA, *L'impresa Bancaria*, Napoli, 2006, p. 432.

decisione dell'*Ombudsman* sarebbe sempre un *minus* rispetto alla tutela che potrebbe essere impartita dal giudice tramite la sentenza o dall'arbitro tramite il lodo, se non altro perché la decisione dell'*Ombudsman*, a differenza di una sentenza o di un lodo, è improduttiva di effetti giuridici vincolanti tra le parti, non costituisce titolo esecutivo ed è inidonea al giudicato sostanziale; ma non solo;

- l'art. 8, c. 2, del Regolamento stabilisce che, una volta istaurato il procedimento avanti all'*Ombudsman*, l'eventuale successivo avvio di un procedimento giudiziario, arbitrale o conciliativo per dirimere la medesima controversia, determina l'improcedibilità del ricorso e la conseguente dichiarazione di archiviazione da parte del collegio ⁽⁶⁵⁾;
- l'art. 15 del Regolamento, prevede che, dal lato del cliente, il preventivo ricorso all'Ufficio Reclami o all'*Ombudsman* Bancario non determina alcun effetto preclusivo per una successiva ed eventuale istanza all'Autorità Giudiziaria o ad un organismo conciliativo o, ancora, ove previsto ad un arbitro. Non trova dunque applicazione la regola "*electa un via non datur recursus ad alteram*" ⁽⁶⁶⁾. Al contrario, dal lato della banca, il procedimento davanti all'*Ombudsman* si configura come obbligatorio (nel senso che la banca non può rifiutarsi di prendervi parte) e la decisione (di fatto) vincolante dato che il mancato inadempimento comporta l'applicazione di sanzioni di carattere reputazionale che la banca ha tutto l'interesse ad evitare; infine,
- con riferimento al neocostituito ABF, pur essendo un procedimento *sui generis* (non assimilabile ad un arbitrato e, tantomeno, ad un procedimento di conciliazione, v. *infra* sub Cap. 5) e, in quanto tale, un procedimento che sfugge alla regolamentazione delle soprarichiamate disposizioni, non si pone comunque alcun rischio di contemporanea pendenza della stessa controversia innanzi all'*Ombudsman* e all'ABF, ciò in quanto l'ambito oggettivo di applicazione dell'*Ombudsman* è stato proprio ridisegnato (e ridotto) con l'entrata

⁽⁶⁵⁾ Resta inteso che il sopravvenuto ricorso all'Autorità Giudiziaria o ad un arbitro o ad un organismo di conciliazione potrà avvenire solo su iniziativa del cliente (e non già anche della banca), dato che solo a quest'ultimo è riconosciuta siffatta facoltà e solo il cliente non è obbligato ad attendere la chiusura del procedimento davanti all'*Ombudsman* (cfr. Art. 15 del Regolamento).

⁽⁶⁶⁾ In tal senso SANGIORGIO, *op. cit.*, p. 349.

in funzione dell'ABF le cui materie di competenza sono oggi sottratte all'*Ombudsman* ⁽⁶⁷⁾. Tra le due procedure sussiste dunque un vero e proprio rapporto di alternatività che esclude in radice problemi di “litispendenza” ⁽⁶⁸⁾.

L'attuale disciplina dell'*Ombudsman* prevista dal Regolamento tuttavia non chiarisce qual sia il valore della decisione dell'*Ombudsman* nell'ambito di un successivo procedimento giudiziale o arbitrale promosso dal cliente insoddisfatto o dalla banca soccombente. La questione può forse essere risolta rilevando che la decisione dell'*Ombudsman* non può mai condizionare in alcun modo il giudice o l'arbitro eventualmente chiamato a decidere sulla medesima questione (la decisione dell'*Ombudsman*, come si è detto, non è idonea al giudicato), pertanto alla stessa si potrà al più riconoscere il valore di argomento di prova liberamente valutabile dal giudice o dall'arbitro. In ogni caso, resta inteso che la parte vittoriosa davanti all'*Ombudsman* sarà naturalmente portata a difendere il ragionamento e la decisione assunta da quest'ultimo, mentre la parte soccombente avrà l'onere di dimostrare l'erroneità del ragionamento posto alla base della decisione dell'*Ombudsman* onde evitare il rischio che il giudice o l'arbitro possano a loro volta fare proprio questo stesso ragionamento e ripeterlo nella sentenza o nel lodo.

* * *

V. PROFILI CRITICI E RISULTATI APPLICATIVI.

Il sistema bancario nella sua totalità (dalle realtà più composite agli istituti di ben più modeste dimensioni) ha dimostrato sin dall'introduzione dell'*Ombudsman* nel 1993 entusiasmo per la creazione di un sistema di giustizia alternativa a quella statale.

⁽⁶⁷⁾ L'art. 1 del Regolamento per la trattazione dei reclami e dei ricorsi in materia di servizi e attività d'investimento prevede testualmente che “*Il presente Regolamento disciplina l'attività dell'Ombudsman - Giurì Bancario (di seguito denominato anche “Ombudsman”), sistema promosso dalle banche e dagli intermediari finanziari (di seguito denominati “intermediari”) associati al Conciliatore Bancario e Finanziario, per dirimere le controversie con la clientela avanti ad oggetto i servizi e le attività d'investimento e le altre tipologie di operazioni non assoggettati - ai sensi dell'art. 23, c. 4 del Testo unico della finanza - al titolo VI del Testo unico bancario e quindi escluse dal sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie disciplinato ai sensi dell'art. 128-bis del medesimo Testo unico bancario, che ha iniziato la propria attività il 15 ottobre 2009 con la denominazione di Arbitro Bancario e Finanziario (ABF)*”.

⁽⁶⁸⁾ Una sovrapposizione di competenze di verifica senz'altro con le procedure amministrate dalla Camera di Conciliazione e di Arbitrato istituita presso la Consob (v. *infra* sub Cap. 4), ma in questo caso, trattandosi di procedure arbitrali e conciliative, soccorrono le più sopra esaminate disposizioni dell'art. 8, comma 2 e dell'art. 15 del Regolamento.

In virtù della possibilità di ricorrere ad uno strumento agile per una rapida risoluzione del contenzioso con la clientela, ben pochi sono invero stati i casi di mancata adesione, specie da parte degli istituti di credito.

Un altrettanto valido apprezzamento è stato altresì mostrato da parte del ceto clientelare, come è emerso dal sempre crescente *trend* di utilizzo dell'istituto.

Esaminando i dati statistici disponibili si è infatti rilevato una progressiva diffusione, consolidamento e l'importanza di questa forma di ADR nel settore bancario e finanziario in un arco temporale di medio periodo che copre all'incirca una quindicina di anni ⁽⁶⁹⁾.

A fronte di 941 ricorsi presentati all'*Ombudsman* nel 1994 (passando poi per i 2.616 del 1999 ed i 2.822 del 2001), il dato relativo al 2008 fa registrare 4.206 istanze; l'incremento è dunque di 3.265 reclami. Dei reclami definiti, pari a 3.903, sono 328 le decisioni di accoglimento del ricorso (nel 1994, erano invece 22 a fronte di 467 reclami definiti, nel 1999 100 su 2397 e, infine, nel 2001 erano 154 su 3.049), mentre le decisioni favorevoli alla banca si ragguagliano in 1.376 (1994: 117; 1999: 566; e, 2001: 1115).

Non si può tuttavia neppure prescindere dal rilevante numero di decisioni di accertamento dell'avvenuta cessazione della materia del contendere per intervenuto componimento della vertenza con accoglimento, parziale o totale, delle richieste del cliente. Esse sono state pari a ben 1.048 (su 4.206 ricorsi) nel corso 2008 (98 nel 1994; 518 nel 1999; e, 616 nel 2001), in quanto, a fronte dell'intervento dell'*Ombudsman*, la banca spesso addiviene a ripensamenti sulle determinazioni assunte onde evitare la pubblicità negativa che inevitabilmente si rifletterebbe sulla sua reputazione per effetto di una formale decisione di accoglimento del reclamo da parte del collegio ⁽⁷⁰⁾.

Non meno elevato risulta il numero dei reclami dichiarati dall'*Ombudsman* inammissibili, o conclusi con decisione di non luogo a provvedere. Nell'arco del 2008 essi sono stati infatti 797 (nel 1994: 358; nel 1999: 923; e, nel 2001: 729). Il

⁽⁶⁹⁾ I dati statistici sull'attività dell'*Ombudsman* - Giurì Bancario arrivano sino al 2008 e sono pubblicati sul sito web del Conciliatore Bancario Finanziario.

⁽⁷⁰⁾ In tal senso CARRIERO, *Crisi del processo civile e giustizia stragiudiziale: l' "ombudsman" bancario*, in *Foro It.*, 2002, p. 257.

dato è comprensivo delle fattispecie più varie (ad esempio, *(i)* la pendenza di una causa civile, *(ii)* il superamento della competenza per valore, *(iii)* la carenza di legittimazione passiva del convenuto), il cui minimo comune denominatore è tuttavia costituito dalla conoscenza vaga e imprecisa del funzionamento dell'organismo in esame e del suo corretto utilizzo.

Tuttavia, l'impressione generale è che l'esistenza e le caratteristiche principali dell'*Ombudsman*-Giurì Bancario non sembrano essere state fatte circolare in maniera adeguata presso l'opinione pubblica. È stata invero rilevata una pressoché totale assenza di diffusione presso il pubblico dei risparmiatori di testi accurati, densi di riferimenti statistici e casistici utili ad erudire la società civile circa le competenze e gli orientamenti dell'organismo in esame.

Con l'inizio dell'operatività dell'ABF l'ambito di competenza propria dell'*Ombudsman*-Giurì bancario è stato fortemente ridimensionato e le competenze spettanti all'*Ombudsman*-Giurì sembrano finire per coincidere con quelle che sono state demandate al sistema della Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob (v. *infra* sub. Cap. 4), potendosi, così, ragionevolmente ipotizzare che, con l'effettiva entrata in funzione di tale sistema, l'organo di fonte autodisciplinare sarà col passare del tempo destinato ad esaurire la sua funzione.

CAPITOLO 4

LA CAMERA DI CONCILIAZIONE E DI ARBITRATO PRESSO LA CONSOB

SOMMARIO: I. Il quadro normativo - II. L'ambito di applicazione - II.1 L'ambito soggettivo di applicazione. - II.2 L'ambito oggettivo di applicazione. - III. La Camera di Conciliazione e di Arbitrato. - III.1 Struttura, composizione e funzioni. - III.2 Natura e rapporti con la Consob. - IV. Il Comitato Consultivo - V. La procedura di conciliazione stragiudiziale - V.1. Le condizioni di ammissibilità - V.2 L'avvio del procedimento - V.3 La nomina del conciliatore - V.4 I principi generali della procedura di conciliazione. - V.5 Esiti della conciliazione. - V.6 Costi del procedimento. - VI. La procedura di Arbitrato - VI.1 L'Arbitrato c.d. ordinario. - VI.1.1 La convenzione d'arbitrato - VI.1.2 Il procedimento - VI.2 L'Arbitrato c.d. semplificato. - VII. Prime applicazioni e spunti di riforma.

I. IL QUADRO NORMATIVO.

Nel corso degli ultimi anni si è assistito ad un progressivo aumento delle controversie tra intermediari e risparmiatori causate principalmente dal comportamento delle banche e degli intermediari finanziari che hanno indotto i propri clienti a vincolare buona del loro patrimonio all'investimento in prodotti finanziari per i quali sarebbe stata necessaria un'adeguata conoscenza delle dinamiche economiche, conoscenza che in realtà mancava e le banche e gli intermediari non si sono preoccupati di fornire.

La mancanza di trasparenza e corretta informazione sui prodotti finanziari collocati dalle banche e dagli altri intermediari finanziari presso i risparmiatori e gli investitori non professionali ha minato la **credibilità del sistema** e la **fiducia dei risparmiatori** che, sovente, hanno patito gravi perdite in conseguenza dell'investimento effettuato (si pensi ai noti e recenti dissesti finanziari di Cirio, Parmalat, Bond argentini e Lehman Brothers). Si è così posta l'esigenza di predisporre nuovi **strumenti normativi in materia di tutela dei risparmiatori e di disciplina dei mercati finanziari**.

In questo senso il Parlamento con l'art. 27, l. 28 dicembre 2005, n. 262 (c.d. legge sul risparmio) ha delegato il Governo ad adottare un decreto legislativo per l'istituzione, in **materia di servizi d'investimento**, di procedure di conciliazione e arbitrato e di un sistema di indennizzo in favore degli investitori e dei risparmiatori in attuazione dei seguenti principi e criteri direttivi:

- **“a) previsione di procedure di conciliazione e di arbitrato da svolgere in contraddittorio, tenuto conto di quanto disposto dal decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, secondo criteri di efficienza, rapidità ed economicità, dinanzi alla**

CONSOB per la decisione di controversie insorte fra i risparmiatori o gli investitori, esclusi gli investitori professionali, e le banche o gli altri intermediari finanziari circa l'adempimento degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela”⁽¹⁾;

- “b) previsione dell'indennizzo in favore dei risparmiatori e degli investitori, esclusi gli investitori professionali, da parte delle banche o degli intermediari finanziari responsabili, nei casi in cui, mediante le procedure di cui alla lettera a), la CONSOB abbia accertato l'inadempimento degli obblighi ivi indicati, ferma restando l'applicazione delle sanzioni previste per la violazione dei medesimi obblighi, ove ne ricorrano i presupposti”;
- “c) salvaguardia dell'esercizio del diritto di azione dinanzi agli organi della giurisdizione ordinaria, anche per il risarcimento del danno in misura maggiore rispetto all'indennizzo riconosciuto ai sensi della lettera b)”;
- “d) salvaguardia in ogni caso del diritto ad agire dinanzi agli organi della giurisdizione ordinaria per le azioni di cui all'articolo 3 della legge 30 luglio 1998, n. 281, e successive modificazioni”;
- “e) attribuzione alla CONSOB, sentita la Banca d'Italia, del potere di emanare disposizioni regolamentari per l'attuazione delle disposizioni di cui al presente comma”.

L'esercizio della delega ha portato alla luce il D.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 attraverso cui il Governo ha così istituito, *da un lato*, la **Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob**, un organismo cui è stato assegnato il compito di amministrare procedure di conciliazione e di arbitrato relative alle controversie insorte fra i risparmiatori o gli investitori non professionali e le banche o gli altri intermediari finanziari concernenti proprio l'adempimento di questi ultimi agli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali aventi ad oggetto servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio⁽²⁾ e, *dall'altro lato*,

(1) L'infelice formulazione letterale della disposizione aveva fatto sorgere il dubbio che si intendesse demandare direttamente alla Consob la soluzione delle controversie, quasi che essa potesse assumere funzioni giurisdizionali o para giurisdizionali, accanto alle tradizionali funzioni di vigilanza, prevenzione e regolamentari. Partendo da tale rilievo in dottrina era stati sollevati condivisibili rilevi critici sulla scelta di concentrare in capo alla Consob funzioni non facilmente compatibili tra loro senza attriti, con conseguenti pericoli di disfunzioni, sotto il profilo sia del buon andamento dell'azione di vigilanza, sia del rispetto del principio d'imparzialità (v. COLOMBO, *op.cit.*, p. 8 e ss.).

(2) L'art. 2, c. 1, D.lgs. 8.10.2007, n. 179 prevede testualmente che “E' istituita una Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob per l'amministrazione, in conformità al presente decreto, dei procedimenti di conciliazione e di arbitrato promossi per la risoluzione di controversie insorte tra gli investitori

un **Fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori gestito dalla Consob** e destinato ad indennizzare i danni patrimoniali subiti dai risparmiatori e investitori non professionali a causa della violazione da parte di banche e intermediari finanziari delle norme che disciplinano le attività di cui alla parte II del D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (i.e. servizi e attività d'investimento) ⁽³⁾. Insomma, la finalità del legislatore delegato è stata quella di approntare in favore del risparmiatore o investitore non professionale

e gli intermediari per la violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori”. Sul sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie amministrato dalla Camera di Conciliazione e di Arbitrato presso la Consob v. BASTIANON, *La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione ed arbitrato presso la Consob*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 1, p. 4 e ss; BRUSCHETTA, *Le controversie bancarie e finanziarie*, in *Contratti*, 2010, p. 422 e ss; CARLEO, *Gli strumenti di tutela di risparmiatori e investitori istituiti presso la Consob: procedure di conciliazione e arbitrato, sistema d'indennizzo e fondo di garanzia*, in *Disciplina dei mercati finanziari e tutela del risparmio*, Milano, 2008, p. 361 e ss; CARPI, *Servizi finanziari e tutela giurisdizionale*, in *Giur. comm.*, I, 2008, p. 1049 e ss; CAVALLINI, *La Camera di conciliazione e di arbitrato della Consob: «prima lettura» del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179*, in *Riv. soc.*, 2007, II, p. 1447; COLOMBO, *La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi d'investimento*, in *Le società*, 2007, p. 8 e ss; CORSINI, *L'arbitrato amministrato della Camera di conciliazione e arbitrato costituito presso la Consob*, in *Giur. comm.*, I, 2012, p. 358 e ss; CUOMO ULLOA, *La Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob*, in *Contratti*, 2008, 12, p. 1178 e ss; FIORUZZI - MAMONE, *Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob: un nuovo strumento di protezione per i risparmiatori*, consultabile su www.avvocati24.ilsole24ore.com; GUERINONI, *La conciliazione e l'arbitrato per le controversie nell'intermediazione finanziaria*, in *Contratti*, 2008, p. 301 e ss; MANCINI, *Sul regolamento di attuazione del D.Lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 (Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob)*, in *Riv. arb.*, 2008, p. 349 e ss; MANCINI, *L'autonomia della Camera di Conciliazione e arbitrato istituita dal D.lgs. 179/07 per la risoluzione delle controversie insorte tra investitori e intermediari dinanzi alla Consob alla luce della posizione del Consiglio di Stato*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, fasc. 2, p. 233 e ss; MANCINI, *I nuovi strumenti processuali di tutela degli investitori: l'arbitrato amministrato dalla Consob*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 665 e ss.; NASCOSI, *La nuova Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2009, 5, p. 965; PIERUCCI, *L'Arbitrato Amministrato dalla Consob*, in *Arbitrato*, a cura di Bonelli Erede Pappalardo Studio Legale, Milano, 2011, p. 334 e ss.; RESCIGNO, *La conciliazione e l'arbitrato in materia finanziaria amministrati dalla Consob fra regole procedurali e diritto sostanziale*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2011, 1, p. 85 e ss; SANGIOVANNI, *La conciliazione stragiudiziale presso la Consob*, in *Riv. arb.*, 2010, p. 214; SANGIOVANNI, *La disciplina dell'arbitrato Consob*, in *Le Società*, 2012, p. 308 e ss; SERRA, *Brevi note sulla disciplina istituita dalla camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob*, in *Studium Iuris*, 2009, p. 262 e ss.; SOLDATI, *La camera arbitrale presso la Consob per le controversie tra investitori ed intermediari*, in *Contratti*, 2009, p. 423.

⁽³⁾ L'art. 8, c. 1, D.lgs. 8.10.2007, n. 179 prevede testualmente che “E' istituito il Fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori di cui all'articolo 27, comma 2, della legge 28 dicembre 2005, n. 262, di seguito denominato: Fondo, destinato all'indennizzo, nei limiti delle disponibilità del Fondo medesimo, dei danni patrimoniali causati dalla violazione, accertata con sentenza passata in giudicato, o con lodo arbitrale non più impugnabile, delle norme che disciplinano le attività di cui alla parte II del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58”. Il Fondo di garanzia non forma oggetto di trattazione del presente lavoro di tesi, si rinvia pertanto a scritti specifici sul tema, tra cui si segnala CARLEO, *Gli strumenti di tutela di risparmiatori e investitori istituiti presso la Consob: procedure di conciliazione e arbitrato, sistema d'indennizzo e fondo di garanzia*, in *Disciplina dei mercati finanziari e tutela del risparmio*, Milano, 2008, p. 397 e ss.

una tutela di carattere privatistico, legata a rimedi compensativi di natura indennitaria ⁽⁴⁾.

Il D.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 si è tuttavia limitato a tracciare la struttura normativa portante del nuovo sistema di tutela, rimettendo direttamente alla Consob l’emanazione della disciplina di dettaglio relativa all’organizzazione e funzionamento della Camera di Conciliazione e Arbitrato, nonché alle procedure di conciliazione e arbitrato amministrato dalla Camera.

Con la delibera n. 16763 del 29 dicembre 2008 la Consob ha così emanato il Regolamento di attuazione del D.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, che, recentemente, tenuto conto dei profondi mutamenti intervenuti negli ultimi tre anni, è stato sostituito dal nuovo Regolamento adottato con delibera n. 18275 del 18 luglio 2012 ⁽⁵⁾.

Il nuovo Regolamento, come si avrà modo di esaminare nel proseguo della trattazione, ha introdotto importanti novità nella disciplina *sia* dell’organizzazione e funzionamento della Camera di Conciliazione e di Arbitrato, *sia* delle procedure conciliative e arbitrali dalla stessa amministrato. L’emanazione di un nuovo regolamento a distanza di tre anni dall’adozione del precedente è stata necessitata soprattutto all’esigenza di tener di conto *(i)* del parere reso il 20 ottobre 2011 dall’Adunanza Generale del Consiglio di Stato sulla natura giuridica della Camera (v. *infra* sub III.2) ⁽⁶⁾; *(ii)* dalle modifiche normative introdotte nel più generale sistema della mediazione finalizzata alla conciliazione con il D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 ⁽⁷⁾; *(iii)* dall’esperienza

⁽⁴⁾ Così NASCOSI, *op. cit.*, p. 965. Accanto alla tutela individuale, l’art. 7 del D.Lgs. 8.10.2007, n. 179 fa salva la legittimazione ad agire delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale, le quali possono chiedere al Tribunale la pronuncia dei provvedimenti di cui all’art. 140 cod. cons..

⁽⁵⁾ La delibera Consob n. 18275 del 18.7.2012 prevede espressamente un regime transitorio di “coabitazione” della “vecchia” Camera disciplinata dal Regolamento del 2008 e della “nuova” Camera disciplinata dal Regolamento del 2012 (Cfr. Art. 2 e 3, delibera Consob n. 18275 del 18.7.2012). In sintesi, per quanto concerne i procedimenti, alle conciliazioni e agli arbitrati avviati sino al 1° agosto 2012 si applicano le disposizioni del Regolamento del 2008, mentre le disposizioni del Regolamento del 2012 si applicano ai procedimenti avviati a partire dal 1° agosto 2012; la Camera, nominata ai sensi del Regolamento del 2008, resta in carica per l’amministrazione delle procedure avviate sino al 1° agosto 2012 e sino alla loro conclusione; infine, per lo svolgimento delle procedure avviate sino al 1° agosto 2012 i conciliatori e gli arbitri sono nominati tra i soggetti iscritti negli elenchi previsti dal Regolamento del 2008.

Nel presente lavoro di tesi ogni riferimento al Regolamento Consob deve intendersi, salvo ove non diversamente indicato, al Regolamento Consob 2012 attualmente in vigore.

⁽⁶⁾ Il parere è pubblicato su www.ildirittoamministrativo.it.

⁽⁷⁾ Il D.Lgs. 4.3.2010, n. 28 e i relativi decreti attuativi del Ministero della Giustizia (D.M. 18.10.2010, n. 180 e D.M. 6.7.2011, n. 145) hanno, come noto, introdotto significative innovazioni nel settore della conciliazione. Per effetto di tali disposizioni la procedura di

finora maturata nell'attività complessiva della Camera, nell'ottica di eliminare taluni dubbi interpretativi relativi alla gestione degli elenchi di conciliatori ed arbitri, nonché al fine di risolvere generali profili di criticità registrati durante l'operatività della stessa ⁽⁸⁾.

Accanto al Regolamento la Camera è dotata di un proprio Statuto che detta disposizioni organizzative e di funzionamento della Camera di Conciliazione e Arbitrato e della Segreteria tecnica ⁽⁹⁾ nonché di un codice deontologico dei conciliatori ed arbitri ⁽¹⁰⁾.

Tracciato il quadro normativo all'interno del quale si colloca la Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob, si può ora passare ad un più approfondito esame dell'istituto.

* * *

II. L'AMBITO DI APPLICAZIONE.

Il primo aspetto da indagare è costituito dall'ambito di applicazione delle procedure amministrate dalla Camera, individuando sia i **soggetti** che vi possono accedere, sia le tipologie di **controversie amministrabili**.

Infatti, l'individuazione del terreno di elezione delle procedure di arbitrato e conciliazione amministrate dalla Camera assume particolare rilevanza non solo per stabilire quando sia concretamente fruibile il nuovo apparato di tutela offerto dall'istituto, ma anche per valutare le relazioni che intercorrono con gli altri sistemi di ADR in materia bancaria e finanziaria oggetto del presente lavoro di tesi.

Nel compiere questa operazione il dato positivo di partenza è costituito dall'art. 4, c. 1, del Regolamento Consob ove si prevede che la “*Camera amministra i procedimenti di conciliazione e di arbitrato promossi per la risoluzione di **controversie insorte tra gli***

mediazione non è più riservata alla materia societaria, ma si estende a tutte le possibili controversie in materia civile e commerciale. In particolare, per talune materie (ivi incluse quelle di competenza della Camera) la mediazione aveva assunto carattere di condizione di procedibilità per adire il giudice civile, tuttavia la recente sentenza della Corte Costituzionale del 6.12.2012 n. 272, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della c.d. mediazione obbligatoria determinando il ripristino della situazione anteriore al D.lgs. 4.3.2010, n. 28 ove di tentativo di conciliazione a pena d'improcedibilità non era dato discorrere.

⁽⁸⁾ La struttura del nuovo Regolamento Consob è così articolata: (i) definizioni (Art. 1); (ii) Camera di Conciliazione e Arbitrato (Art. 2-10); (iii) Conciliazione stragiudiziale (Art. 11-20); (iv) Arbitrato amministrato “ordinario” e “semplificato” (Art. 21-38); (v) Comitato consultivo (Art. 39).

⁽⁹⁾ Cfr. lo Statuto è stato adottato dalla Consob con delibera n. 18310 del 5.9.2012.

⁽¹⁰⁾ Cfr. il Codice deontologico è stato adottato dalla camera con delibera n. 2 del 10.2.2010 e approvato dalla Consob con delibera n. 17205 del 4.3.2010.

investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi di obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori⁷

(11).

Da un punto di vista **soggettivo**, è dunque necessario indagare chi può essere fatto rientrare nella categoria degli investitori e chi in quella degli intermediari, mentre, da un punto di vista **oggettivo**, occorre definire la tipologia dell'attività svolta dagli intermediari e degli obblighi che si assumono violati.

Procediamo con ordine.

II.1 L'AMBITO SOGGETTIVO DI APPLICAZIONE.

Gli **investitori** che possono essere parte delle procedure di conciliazione e arbitrato amministrate dalla Camera sono gli investitori **diversi** dalle controparti qualificate di cui all'art. 6, c. 2-*quater*, lett. d) (12), e dai clienti professionali di cui ai successivi c. 2-*quinqies* (13) e 2-*sexies* (14), del D.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 ("TUF") e

(11) Il Regolamento Consob recepisce le prescrizioni di cui all'art. 2, c. 1, D.lgs. 8.10.2007, n. 179 (a mente del quale "E' istituita una Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob per l'amministrazione, in conformità al presente decreto, dei procedimenti di conciliazione e di arbitrato promossi per la risoluzione di controversie insorte tra gli **investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori**") che, a sua volta, raccoglie i principi e i criteri direttivi fissati dall'art. 27, L. 28.12.2005, n. 262 (ove si fa testualmente riferimento a "controversie insorte fra i **risparmiatori o gli investitori, esclusi gli investitori professionali, e le banche o gli altri intermediari finanziari circa l'adempimento degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela**").

(12) L'art. 6, c. 2, *quater*, lett. d), TUF stabilisce per controparti qualificate devono intendersi «1) le imprese di investimento, le banche, le imprese di assicurazioni, gli OICR, le SGR, le società di gestione armonizzate, i fondi pensione, gli intermediari finanziari iscritti negli elenchi previsti dagli articoli 106, 107 e 113 del testo unico bancario, le società di cui all'articolo 18 del testo unico bancario, gli istituti di moneta elettronica, le fondazioni bancarie, i Governi nazionali e i loro corrispondenti uffici, compresi gli organismi pubblici incaricati di gestire il debito pubblico, le banche centrali e le organizzazioni sovranazionali a carattere pubblico; 2) le imprese la cui attività principale consista nel negoziare per conto proprio merci e strumenti finanziari derivati su merci; 3) le imprese la cui attività esclusiva consista nel negoziare per conto proprio nei mercati di strumenti finanziari derivati e, per meri fini di copertura, nei mercati a pronti, purché esse siano garantite da membri che aderiscono all'organismo di compensazione di tali mercati, quando la responsabilità del buon fine dei contratti stipulati da dette imprese spetta a membri che aderiscono all'organismo di compensazione di tali mercati; 4) le altre categorie di soggetti privati individuati con regolamento dalla Consob, sentita Banca d'Italia, nel rispetto dei criteri di cui alla direttiva 2004/39/CE e alle relative misure di esecuzione; 5) le categorie corrispondenti a quelle dei numeri precedenti di soggetti di Paesi non appartenenti all'Unione europea (11).».

(13) L'art. 6, c. 2, *quinqies*, TUF prevede che «la Consob, sentita la Banca d'Italia, individua con regolamento i clienti professionali privati nonché i criteri d'identificazione dei soggetti privati che su richiesta possono essere trattati come clienti professionali e la relativa procedura di richiesta».

(14) L'art. 6, c. 2, *sexies*, TUF prevede che «il Ministro dell'economia e delle finanze, sentite la Banca d'Italia

successive modifiche ⁽¹⁵⁾.

Pertanto, rientrano nel campo di applicazione soggettiva del Regolamento Consob soltanto le controversie che vedono come protagonisti (tendenzialmente nelle veste di attori) gli **investitori al dettaglio** (c.d. *retail*) ⁽¹⁶⁾.

Si tratta ora di meglio comprendere chi può essere qualificato come investitore al dettaglio, chi come investitore non professionale e chi come controparte qualificata. Per far ciò, occorre volgere lo sguardo alla direttiva MiFID ⁽¹⁷⁾ e al Regolamento Intermediari ⁽¹⁸⁾.

In particolare, la direttiva MiFID classifica i clienti degli intermediari (ossia ogni persona fisica o giuridica alla quale un'impresa di investimento presta servizi di investimento e/o servizi accessori) ⁽¹⁹⁾ distinguendo tra clienti al dettaglio (c.d. *retail*), clienti professionali (c.d. *professional clients*) e controparti qualificate (c.d. *eligible counterparties*):

➤ i **clienti al dettaglio** sono i clienti non professionali ossia una categoria di

e la Consob, individua con regolamento i clienti professionali pubblici nonché i criteri di identificazione dei soggetti pubblici che su richiesta possono essere trattati come clienti professionali e la relativa procedura di richiesta».

⁽¹⁵⁾ Cfr. art. 1, c. 1, lett d), Regolamento Consob.

⁽¹⁶⁾ Cfr. BASTIANON, *La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione ed arbitrato presso la Consob*, op. cit., 2010, 1, p. 4.

⁽¹⁷⁾ Si tratta della Direttiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21.4.2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari. Al riguardo v. BRUNO - ROZZI, *Il destino dell'operatore qualificato alla luce della MiFID*, in *Società*, 2007, p. 277 ss.; DURANTE, *Verso una diversa gradazione della tutela degli investitori (ed un diverso ruolo della Consob): dal diritto giurisprudenziale al recepimento delle misure "di secondo livello" della Mifid*, in www.judicium.it; FRUMENTO, *La valutazione di adeguatezza e di appropriatezza delle operazioni di investimento nella Direttiva Mifid*, in *Contratti*, 2007, p. 583 ss.; RECINE, *La direttiva relativa ai mercati degli strumenti finanziari (MIFID): nuove regole sulla cooperazione tra le autorità di vigilanza*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2006, I, 303 ss.; SANGIOVANNI, *Gli obblighi informativi delle imprese di investimento nella più recente normativa comunitaria*, in *Dir. com. scambi int.*, 2007, p. 363 ss., nonché, ID, *Operazione inadeguata dell'intermediario finanziario fra nullità del contratto e risarcimento del danno alla luce della direttiva MIFID*, in *Contratti*, 2007, p. 243 ss.; BASTIANON, *L'integrazione dei mercati finanziari in Europa: la MiFID e la recente normativa italiana di recepimento*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, 255.

⁽¹⁸⁾ Si tratta del Regolamento Consob adottato con delibera n. 16190 del 29.10.2007. Cfr. DURANTE, *Con il nuovo regolamento intermediari, regole di condanna «flessibili» per la prestazione di servizi d'investimento*, in *Giur. mer.*, 2008, p. 628 e ss.; RINALDI, *Il decreto Mifid e i regolamenti attuativi: principali cambiamenti*, in *Società*, 2008, p. 12 e ss.; ROPPO, *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la MiFID*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 485 e ss.; SANGIOVANNI, *Informazioni e comunicazioni pubblicitarie nella nuova disciplina dell'intermediazione finanziaria dopo l'attuazione della direttiva MiFID*, in *Giur. it.*, 2008, p. 785 e ss.

⁽¹⁹⁾ Cfr. Art. 4, c. 1, n. 10, Direttiva 2004/39/CE del 30.4.2004 (c.d. MiFID).

soggetti che viene individuata *a contrario* e ha quindi carattere residuale ⁽²⁰⁾;

- i **clienti professionali** sono quei clienti che possiedono l'esperienza, le conoscenze e la competenza necessarie per prendere le proprie decisioni in materia di investimenti e valutare correttamente i rischi che assumono. Rientrano in tale categoria gli enti creditizi, le imprese d'investimento, gli altri istituti finanziari autorizzati o regolamentati, le imprese di assicurazione, i fondi pensione e le società di gestione di tali fondi, gli organismi di investimento collettivo, i negozianti per conto proprio di merci e strumenti derivati su merci, le imprese di grandi dimensioni purché soddisfino determinati requisiti economici ⁽²¹⁾, i governi nazionali e regionali, gli enti pubblici incaricati della gestione del debito pubblico, le banche centrali, le istituzioni internazionali come la Banca Mondiale, il Fondo Monetario Internazionale, la Banca Centrale Europea, la Banca Europea degli Investimenti e le altre organizzazioni internazionali analoghe, nonché gli altri investitori istituzionali la cui attività principale è investire in strumenti finanziari ⁽²²⁾;
- le **controparti qualificate** sono costituite dalle imprese di investimento, gli enti creditizi, le imprese di assicurazione, gli O.I.C.V.M. e le loro società di gestione, i fondi pensione e le loro società di gestione, altre istituzioni finanziarie autorizzate o regolamentate dal diritto comunitario o dal diritto interno, i governi nazionali e i loro corrispondenti uffici, le banche centrali e le organizzazioni internazionali (c.d. controparti qualificate per se) ⁽²³⁾.

La classificazione è di particolare importanza dato che il legislatore comunitario ha previsto, *da un lato*, un regime informativo e comportamentale a carico dell'impresa di investimento particolarmente stringente e rigoroso applicabile nei confronti dei clienti al dettaglio ⁽²⁴⁾ e, *dall'altro lato*, la disapplicazione di una serie di obblighi informativi e comportamentali maggiore nel caso di controparti qualificate e minore nel caso di

⁽²⁰⁾ Cfr. Art. 4, c. 1, n. 11, Direttiva 2004/39/CE del 30.4.2004 (c.d. MiFID).

⁽²¹⁾ Nello specifico si tratta delle imprese di grandi dimensioni che soddisfano, a livello di singola società, almeno due dei seguenti criteri dimensionali: a) bilancio totale di Euro 20.000.000,00; b) fatturato netto di Euro 40.000.000,00; c) fondi propri di Euro 2.000.000,00.

⁽²²⁾ Cfr. Allegato II, Direttiva 2004/39/CE del 30.4.2004 (c.d. MiFID).

⁽²³⁾ Cfr. Art. 24, c., 2, Direttiva 2004/39/CE del 30.4.2004 (c.d. MiFID).

⁽²⁴⁾ Cfr. Artt. 16-30, Direttiva 2004/39/CE del 30.4.2004 (c.d. MiFID).

clienti professionali ⁽²⁵⁾. Insomma, tale suddivisione sottende la volontà di **adottare misure di protezione coerenti con ciascuna categoria d'investitore**, rispettando le differenti esigenze di tutela connesse con le qualità ed esperienza professionale dei medesimi: maggiore è il livello di preparazione, esperienza e conoscenza del cliente, minore sarà il livello di protezione e di tutela cui sarà sottoposto.

In termini analoghi, a livello di normativa interna, il Regolamento Intermediari recepisce la tripartizione tra **clienti non professionali, clienti professionali e controparti qualificate**, ⁽²⁶⁾ introducendo però una distinzione tra cliente professionale privato e cliente professionale pubblico ⁽²⁷⁾. In quest'ottica, i clienti professionali privati sono coloro che soddisfano determinati requisiti previsti dall'Allegato n. 3 Regolamento Intermediari, che riprende quasi alla lettera i soggetti contemplati nell'Allegato II della MiFID, fatta eccezione per i governi nazionali e regionali, gli enti pubblici che gestiscono il debito pubblico, le banche centrali e le istituzioni internazionali quali la B.C.E., la B.E.I. e il F.M.I. Per quanto riguarda, invece, l'individuazione dei clienti professionali pubblici, l'art. 27, par. 1, letto. d), Regolamento Intermediari, rinvia ad un regolamento da emanarsi a cura del Ministro dell'economia e delle finanze ai sensi dell'art. 6, c. 2-sexies, T.U.F.

In conclusione sul punto, per **investitori** ai sensi del Regolamento Consob devono intendersi i **clienti non professionali**, così come individuati dalla Direttiva MiFID e dal Regolamento Intermediari ⁽²⁸⁾.

⁽²⁵⁾ In particolare, nei confronti dei clienti professionali non trovano applicazione le disposizioni relative alle informazioni sull'impresa di investimento e i suoi servizi destinate ai clienti al dettaglio, alle informazioni sugli strumenti finanziari e alle informazioni sulla salvaguardia degli strumenti finanziari o dei fondi della clientela. Per contro, alle controparti qualificate non si applicano le disposizioni relative alle norme di comportamento da osservare in sede di prestazione di servizi di investimento ai clienti, alla c.d. *best execution* e alle regole sulla gestione degli ordini dei clienti. Sul punto v. DI FERDINANDO - ROZZI, *Il destino dell'operatore qualificato nell'ordinamento domestico alla luce della disciplina della Markets in financial instruments directive (Mifid)*, in *Le società*, 2007, p. 561.

⁽²⁶⁾ Cfr. Art. 26, lett. e) Regolamento Intermediari.

⁽²⁷⁾ Cfr. Art. 26, lett. d) Regolamento Intermediari.

⁽²⁸⁾ Sono dunque escluse le controparti qualificate e, più in generale, i clienti professionali, così CUOMO ULLOA, *op. cit.*, p. 1178. In questo senso v. anche SANGIOVANNI, *La disciplina dell'arbitrato Consob*, *op. cit.*, p. 308, il quale critica la scelta del legislatore di limitare l'accesso alle procedure amministrative dalla Camera (e, in particolare, all'arbitrato) ai soli investitori non professionali, dal momento che, una volta che si è creata una struttura specializzata nella soluzione di controversie in materia di gestione individuale e collettiva del risparmio, sarebbe opportuno consentirvi l'accesso a tutti gli attori dei mercati finanziari ivi inclusi gli investitori

Preme tuttavia evidenziare che sia la Direttiva MiFID, sia la normativa interna di recepimento hanno previsto un **sistema di c.d. acensori** ossia procedure che consentono a ciascun cliente di chiedere all'impresa di investimento un maggiore (*upgrading*) o minore (*downgrading*) livello di protezione rispetto a quello assicurato dalla propria categoria di appartenenza ⁽²⁹⁾. In altri termini: *da un lato*, i clienti professionali e le controparti qualificate possono chiedere di essere trattati come clienti al dettaglio (si parla così di **clienti al dettaglio su richiesta** in contrapposizione alla nozione di clienti al dettaglio di diritto o per sé) beneficiando in tal modo di un livello di protezione maggiore; *dall'altro lato*, i clienti al dettaglio e le controparti qualificate possono chiedere di essere trattati come clienti professionali (si parla così di **clienti professionali su richiesta** in contrapposizione alla nozione di clienti professionali di diritto o per sé), beneficiando in tal modo di una protezione rispettivamente minore o maggiore.

Il passaggio alla categoria dei c.d. clienti al dettaglio su richiesta presuppone che il cliente professionale o la controparte qualificata abbiano stipulato con l'impresa di investimento un accordo scritto nel quale sono indicati i prodotti, i servizi e le operazioni cui si applica il regime informativo e comportamentale previsto per i clienti al dettaglio ⁽³⁰⁾.

Per quanto riguarda, invece, il passaggio di un cliente al dettaglio alla categoria di cliente professionale ed il conseguente venir meno di parte della protezione prevista dalla Direttiva MiFID ⁽³¹⁾, è prevista una speciale procedura, da condurre ad opera dell'impresa di investimento, finalizzata ad accertare l'effettiva competenza del cliente in materia di strumenti finanziari ⁽³²⁾.

professionali.

⁽²⁹⁾ Cfr. Allegato II, Direttiva 2004/39/CE del 30.4.2004 (c.d. MiFID).

⁽³⁰⁾ Cfr. l'Allegato II, parte I, Direttiva 2004/39/CE del 30.4.2004 (c.d. MiFID).

⁽³¹⁾ Cfr. Artt. 19, 21 e 22, par. 1, Direttiva 2004/39/CE del 30.4.2004 (c.d. MiFID).

⁽³²⁾ L'Allegato II, parte II, n. 1, Direttiva 2004/39/CE del 30.4.2004 (c.d. MiFID) prevede che "*qualunque riduzione della protezione prevista dalle norme standard di comportamento delle imprese è considerata valida solo se, dopo aver effettuato una valutazione adeguata della competenza, dell'esperienza e delle conoscenze del cliente, l'impresa di investimento possa ragionevolmente ritenere, tenuto conto della natura delle operazioni o dei servizi prestati, che il cliente è in grado di adottare le proprie decisioni in materia di investimenti e di comprendere i rischi che assume*". In particolare, si precisa che, al fine di poter considerare un cliente *retail* come un cliente professionale (su richiesta), all'esito della valutazione sopradescritta (c.d. test di competenza) dovrebbero risultare soddisfatti almeno due dei seguenti criteri: a) il cliente ha effettuato operazioni di dimensioni significative sul mercato in questione con una frequenza media di dieci operazioni al trimestre nei quattro trimestri precedenti; b) il valore del portafoglio di strumenti finanziari del cliente, inclusi i

Per quanto riguarda, infine, la possibilità per un cliente professionale di essere considerato una controparte qualificata (c.d. controparte qualificata su richiesta), ogni decisione viene rimessa ai singoli Stati Membri ⁽³³⁾.

Tenuto conto di questo sistema di c.d. ascensori, si pone il quesito se rientrano (o meno) nel campo di applicazione del Regolamento Consob solo le controversie tra gli intermediari e i clienti al dettaglio di diritto (c.d. clienti *retail* per se), oppure anche quelle controversie che coinvolgono clienti professionali e/o controparti qualificate che abbiano chiesto di essere considerati come clienti al dettaglio (c.d. clienti *retail* su richiesta). Sul punto, è stato correttamente evidenziato che, una volta raggiunto l'accordo tra il cliente professionale o la controparte qualificata e l'intermediario affinché i primi siano considerati clienti al dettaglio (su richiesta), con conseguente applicazione del regime informativo e comportamentale previsto per i clienti al dettaglio per se, non si ravvisano ragioni ostative a che gli stessi non possano beneficiare delle procedure di conciliazione e di arbitrato previste dal Regolamento Consob in caso di controversie con gli intermediari relative alla violazione, da parte di questi ultimi, degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza ⁽³⁴⁾. Del pari, deve ritenersi che il cliente al dettaglio per se che abbia ottenuto di essere considerato un cliente professionale su richiesta perde il diritto ad avvalersi delle procedure conciliative ed arbitrali di cui al Regolamento Consob ⁽³⁵⁾.

In conclusione sul punto, si può affermare che la nozione di investitore di cui all'art. 1, comma, 1, lett. d), Regolamento Consob, deve intendersi comprensiva di **tutti i clienti al dettaglio (*retail*)**, siano essi di diritto o su richiesta.

La nozione di **intermediari** di cui all'art. 1, c. 1, lett. e), Regolamento Consob non pone invece particolari problemi dato che vengono fatti rientrare in questa categoria i soggetti abilitati di cui all'art. 1, comma 1, lett. r), T.U.F. (vale a dire, le S.I.M.,

depositi in contanti e gli strumenti finanziari, deve essere superiore a 500.000,00; c) il cliente lavora o ha lavorato nel settore finanziario per almeno un anno in una posizione professionale che presupponga la conoscenza delle operazioni o dei servizi previsti.

⁽³³⁾ Cfr. Art. 50, par. 1, c. 2, Direttiva 2006/73/CE del 10.8.2006, recante norme di attuazione della Direttiva MiFID. Si tratta, tuttavia, di una norma che, almeno per quanto concerne il nostro ordinamento, è allo stato inattuata, di talché non è possibile che un investitore professionale possa essere considerato controparte qualificata (cfr. Art. 6, c. 2-sexies, TUF).

⁽³⁴⁾ Cfr. BASTIANON, *La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione ed arbitrato presso la Consob*, op. cit., p. 3.

⁽³⁵⁾ Cfr. BASTIANON, *La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione ed arbitrato presso la Consob*, op. cit., p. 3.

le imprese di investimento comunitarie con succursale in Italia, le imprese di investimento extracomunitarie, le S.G.R., le società di gestione armonizzate con succursae in Italia, le S.I.C.A.V. nonché gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'art. 107 T.U.B. e le banche italiane, le banche comunitarie con succursale in Italia e le banche extracomunitarie, autorizzate all'esercizio dei servizi o delle attività di investimento) e Poste Italiane.

Insomma, restano esclusi tutti gli altri soggetti che potrebbero essere almeno potenzialmente responsabili o corresponsabili in qualche misura dei medesimi danni subiti dagli investitori, quali potrebbero essere in via principale gli emittenti prodotti finanziari “dannosi” acquistati dal risparmiatore tramite l'intermediario, nonché - a diverso titolo - i revisori, gli analisti finanziari e, in particolare, le c.d. agenzie di *rating*, oltre che gli stessi organi di vigilanza (e quindi la stessa Consob che invece viene deputata a gestire le forme di tutela a carico dei soli intermediari) ⁽³⁶⁾. Gli intermediari diventano così un “bersaglio privilegiato” ⁽³⁷⁾ con tutto ciò che da tale scelta legislativa potrebbe conseguire sugli equilibri di mercato, poiché in ultima analisi la scelta di concentrare il costo di una più ampia tutela degli investitori in capo ai soli intermediari potrebbe finire per far gravare i maggiori costi sugli stessi investitori attraverso un aumento del prezzo dei servizi finanziari ⁽³⁸⁾.

Chiarite le nozioni di investitore e intermediario e definito quindi l'ambito di applicazione soggettivo delle procedure di conciliazione e arbitrato amministrato dalla Camera istituita presso la Consob, si può ora passare all'individuazione delle controversie che possono essere amministrato e risolte nell'ambito delle predette procedure.

II.2 L'AMBITO OGGETTIVO DI APPLICAZIONE.

Il Regolamento Consob, nel tracciare l'ambito di applicazione **oggettivo** delle procedure di conciliazione e arbitrato amministrato dalla Camera, si riferisce genericamente alle **controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi ultimi degli obblighi di informazione, correttezza e**

⁽³⁶⁾ Così CARLEO, *op. cit.*, p. 369-370.

⁽³⁷⁾ Così CARIDI, *Commento sub. Articolo 27, comma 2 e 3*, in *La tutela del risparmio*, a cura di Nigro - Santoro, Torino, 2007, p. 481.

⁽³⁸⁾ Così CARLEO, *op. cit.*, p. 369-370.

trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori ⁽³⁹⁾.

Si rende pertanto necessario procedere ad una puntuale definizione *sia* della **tipologia dell'attività** svolta dagli intermediari, *sia* degli **obblighi** che si assumono violati.

Prima però una breve osservazione: dato che la controversia deve avere ad oggetto una “violazione da parte dell’intermediario”, sembra da escludere che costui possa iniziare un procedimento arbitrale avanti la Camera ⁽⁴⁰⁾, a meno che non formuli una domanda di accertamento negativo, ma si tratta di un caso di scuola. Per questa ragione, sembra anche difficile immaginare la proposizione di una domanda riconvenzionale da parte dell’intermediario, convenuto dall’investitore, poiché eventuali pretese dell’intermediario, relative al suo rapporto con l’investitore (es. quelle relative al pagamento delle commissioni di gestione) non sarebbero ricomprese nell’ambito di competenza dell’arbitrato Consob ⁽⁴¹⁾.

Quanto alla tipologia di **attività degli intermediari** che possono formare oggetto di controversia avanti la Camera, il dato positivo di partenza è rappresentato dall’art. 1, c. 1, lett. b), D.lgs. 8 ottobre 2007 n. 179, ove gli intermediari sono definiti come i soggetti abilitati alla prestazione di **servizi e attività di investimento** di cui all’art. 1, c. 5, TUF. Quest’ultima disposizione ha cura di precisare che rientrano nel novero dei servizi e attività di investimento: *(i)* la negoziazione per conto proprio; *(ii)* l’esecuzione di ordini per conto dei clienti; *(iii)* la sottoscrizione e/o collocamento con assunzione a fermo ovvero con assunzione di garanzia nei confronti dell’emittente; *(iv)* il collocamento senza assunzione a fermo né assunzione di garanzia nei confronti dell’emittente; *(v)* la gestione di portafogli; *(vi)* la ricezione e trasmissione di ordini; *(vii)* la consulenza in materia di investimenti; *(viii)* la gestione di sistemi multilaterali di negoziazione, quando hanno per oggetto strumenti finanziari.

Tuttavia, le soprarichiamate previsioni normative devono essere lette e coordinate con quanto previsto dal TUB in materia di risoluzione stragiudiziale delle controversie insorte tra intermediari finanziari, banche e loro clienti e, in particolare,

⁽³⁹⁾ Cfr. Art. 4, c. 1, Regolamento Consob.

⁽⁴⁰⁾ La possibilità di avviare un procedimento di conciliazione da parte dell’intermediario è, invece, esclusa espressamente dalla normativa regolamentare che attribuisce tale facoltà esclusivamente all’investitore (cfr. Art. 11 del Regolamento Consob).

⁽⁴¹⁾ CORSINI, *op. cit.*, I, 2012, p. 360.

l'art. 128-bis TUB ove si prevede che le banche e gli intermediari finanziari sono tenuti ad aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela, rimettendo ad una delibera del C.I.C.R. la concreta individuazione di tali sistemi di procedure. Con delibera C.I.C.R. del 29 luglio 2008 è stato stabilito che tali sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie riguardano le controversie relative ad operazioni e servizi bancari e finanziari, con esclusione di quelli non assoggettati al Titolo VI, T.U.B. ai sensi dell'art. 23, comma 4, T.U.F., ossia i servizi e le attività di investimento, il collocamento dei prodotti finanziari nonché le operazioni e i servizi che sono componenti di prodotti finanziari emessi da banche e assicurazioni. Le prime disposizioni applicative della delibera C.I.C.R. sono state emanate in data 18 giugno 2009 dalla Banca d'Italia con l'istituzione del c.d. Arbitro Bancario Finanziario (v. *infra* sub Cap. V).

Orbene, se è corretto ritenere che le controversie relative ad operazioni e servizi bancari e finanziari rientrano nel campo di applicazione dell'ABF (Banca d'Italia), mentre le controversie relative ai servizi e alle attività di investimento rientrano nell'ambito di applicazione del Regolamento Consob. Tuttavia, tale macro-suddivisione non è in grado di eliminare alla radice alcuni possibili dubbi. Si pensi, infatti, all'attività di collocamento di prodotti finanziari diversi dagli strumenti finanziari: *da un lato*, essa rientra tra le attività e i servizi cui non si applica il Titolo VI, capo I, T.U.B. e pertanto risulta esclusa dall'ambito di applicazione dell'ABF; *dall'altro lato*, tuttavia, essa non rientrerebbe neppure nel novero dei servizi ed attività di investimento di cui all'art. 1, comma 5, T.U.F., che si riferisce soltanto agli strumenti (e non già anche a tutti i prodotti) finanziari e, pertanto, sembrerebbe esclusa anche dall'ambito di applicazione del Regolamento Consob ⁽⁴²⁾. Considerazioni analoghe si impongono in relazione ai servizi e alle attività aventi ad oggetto prodotti finanziari (diversi dagli strumenti finanziari) emessi da banche ed assicurazioni.

⁽⁴²⁾ È noto, infatti, che ai sensi dell'art. 1, c. 1, lett. u), T.U.F., per prodotti finanziari si intendono gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria, mentre non costituiscono prodotti finanziari i depositi bancari o postali non rappresentati da strumenti finanziari. La nozione di prodotto finanziario, pertanto, è più ampia di quella di strumento finanziario, nel senso che "*gli strumenti finanziari sono (e appartengono al regime dei) prodotti finanziari: ma non ne esauriscono la serie perché esistono prodotti finanziari che non sono strumenti finanziari essendo invece fattispecie di investimento ancora tutta da precisare nel suo oggetto*" (così BESSONE, *Emissione, gestione accentrata, regole di dematerializzazione degli strumenti finanziari*, in *Magistra, Banca e Finanza*, www.magistra.it, 2002).

In questo senso, l'art. 4, c. 2, del Regolamento Consob del 2008 prevedeva che la Camera stipulasse un protocollo d'intesa con il sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie di cui all'art. 128-bis T.U.B. volto a tracciare i confini di applicazione di ciascuno dei due sistemi di ADR ⁽⁴³⁾ e ove avrebbero dovuto essere regolati gli aspetti operativi della collaborazione tra i due sistemi stragiudiziali in modo da assicurare che i clienti, in caso di inesatta individuazione del sistema di risoluzione stragiudiziale applicabile alla propria controversia, venissero indirizzati al sistema competente ⁽⁴⁴⁾. In assenza di siffatto protocollo d'intesa, la linea di confine delle competenze della Camera, da un lato, e dell'ABF, dall'altro lato, viene tracciata facendo perno sul criterio di prevalenza delle "finalità" dei servizi e delle operazioni oggetto di contestazioni, assegnando la competenza all'ABF in caso di prevalenza delle operazioni e dei servizi soggetti alla disciplina del Titolo VI del TUB (v. *infra* sub Cap. 5, par. IV)

Tanto precisato, sempre per quanto concerne le attività degli intermediari che possono formare oggetto di controversia amministrabile dalla Camera, accanto ai servizi e alle attività d'investimento, è pacifico che il Regolamento Consob trovi applicazione anche in caso di controversie aventi ad oggetto l'attività di **gestione collettiva del risparmio** ex art. 1, c. 1, lett. n), TUF, e i servizi accessori ex art. 1, c. 6, TUF ⁽⁴⁵⁾. Infatti, benché non vi sia un'indicazione testuale espressa in tal senso, è stato considerato dirimente il fatto che: (i) l'art. 1, c. 1, lett. b) del D.Lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 individua i soggetti che possono accedere alle procedure amministrative dalla Consob nei "soggetti abilitati" enumerati all'art. 1, c. 1, lett. r) del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, tra i quali pacificamente rientrano anche le Società di Gestione del Risparmio; (ii) l'art. 2, c. 1, D.Lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 definisce l'ambito delle controversie amministrabili esclusivamente con riferimento alla natura degli obblighi asseritamente violati dagli

⁽⁴³⁾ La definizione della linea di confine tra le materie di competenza dell'ABF e quelle soggette alla cognizione della Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob investe a ben vedere il più generale tema dell'interpretazione dell'art. 23, comma 4, T.U.F., con particolare riguardo alla nozione di "prodotto finanziario" e di "componenti di prodotti finanziari" (c.d. prodotti "misti").

⁽⁴⁴⁾ Benché non risulta che il protocollo d'intesa sia stato adottato, il nuovo Regolamento Consob non contiene più (inspiegabilmente, visto che i dubbi interpretativi permangono) alcuna previsione in tal senso.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. NASCOSI, *op. cit.*, p. 968; CUOMO ULLOA, *La camera di conciliazione e di arbitrato istituita presso la Consob*, in *Contratti*, 2008, 12, p. 1179; MANCINI, *Sul regolamento di attuazione del D.Lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 (Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob)*, in *Riv. arb.*, 2008, p. 349-350. V., altresì, il documento di consultazione della Consob in data 4 agosto 2008 (consultabile su www.consob.it) e la Circolare ABI, Serie legale n. 3, 2 marzo 2009.

intermediari (tra cui vi rientrano le Società di Gestione del Risparmio) e non anche alla natura dei rapporti contrattuali con gli investitori; (iii) l'art. 6 D.Lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 nel disciplinare l'efficacia delle clausole compromissorie menziona testualmente i "contratti di gestione collettiva del risparmio", presupponendo implicitamente che le clausole compromissorie per accedere all'arbitrato istituito dalla Camera presso la Consob possono essere inserite anche in tale tipologia di contratti; (iv) l'art. 1, c. 1, lett d) del Regolamento Consob definisce intermediari i "soggetti abilitati di cui all'art. 1, comma 1, lett. r), D.Lgs. n. 58/1998 e successive modifiche" con eliminazione del riferimento "alla prestazione di servizi e attività d'investimento" previsto nell'art. 1, c. 1, lett. b), D.Lgs. 8 ottobre 2007, n. 179.

Per quanto riguarda, invece, la **tipologia degli obblighi degli intermediari** che l'investitore assume essere stati violati, le perplessità maggiori derivano da una non completa corrispondenza tra gli obblighi cui fa riferimento l'art. 4, c. 1, Regolamento Consob, e quelli previsti dall'art. 21, c. 1, TUF ⁽⁴⁶⁾. Il Regolamento Consob si riferisce agli obblighi d'informazione, correttezza e trasparenza; per contro, il T.U.F. richiama l'obbligo degli intermediari di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati.

L'obbligo d'informazione ben può considerarsi come una specificazione dell'obbligo di diligenza, per cui non v'è dubbio che in caso di violazione di un obbligo di diligenza a contenuto informativo la relativa controversia rientra sicuramente nell'ambito di applicazione del Regolamento Consob. È altrettanto chiaro, tuttavia, che l'obbligo di diligenza è più ampio dell'obbligo d'informazione, nel senso che ben possono configurarsi obblighi di diligenza a contenuto non informativo. Si pensi, ad esempio, all'art. 45 Regolamento Intermediari secondo cui gli intermediari adottano tutte le misure ragionevoli per ottenere, allorché eseguono ordini, il miglior risultato possibile per i loro clienti, avendo riguardo al prezzo, ai costi, alla rapidità e alla probabilità di esecuzione e di regolamento, alle dimensioni, alla natura dell'ordine o a qualsiasi altra considerazione pertinente ai fini della sua esecuzione (c.d. *best execution*).

⁽⁴⁶⁾ L'art. 21, c. 1, T.U.F. prevede che "nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati; b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; c) utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti; d) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività".

In questo caso, la lettera dell'art. 4, c. 1, Regolamento Consob, impone di ritenere la controversia relativa alla **violazione dell'obbligo di c.d. best execution** esclusa dall'ambito di applicazione del Reg. Consob. Nessun dubbio residua sul fatto che possono essere devolute in conciliazione o arbitrato le controversie relative a responsabilità precontrattuale o extracontrattuale (es. controversie relative al risarcimento dei danni conseguenza di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali) ⁽⁴⁷⁾.

Ma non solo, al di là dei dubbi interpretativi concernenti l'estensione dell'obbligo di diligenza, rimanendo fedeli alla lettera dell'art. 2 D.Lgs 8 ottobre 2007, n. 179 e art. 4, c. 1 Regolamento Consob restano escluse dall'ambito di applicazione delle procedure amministrate dalla Camera alcune importanti tipologie di controversie che possono insorgere con gli intermediari ⁽⁴⁸⁾. In particolare, il riferimento è alle controversie concernenti:

- la violazione del **principio di adeguatezza** delle operazioni finanziarie ⁽⁴⁹⁾. Tale principio, come noto, impone agli intermediari di valutare che la specifica operazione, consigliata o realizzata nel quadro delle prestazioni del servizio di gestione di portafogli, soddisfi i seguenti criteri: a) corrisponda agli obiettivi di investimento del cliente; b) sia compatibile con le capacità finanziarie del cliente che deve essere in grado di sopportare qualsiasi rischio connesso all'investimento; c) sia di natura tale per cui il cliente possieda la necessaria esperienza e conoscenza per comprendere i rischi inerenti all'operazione o alla gestione del suo portafoglio. La *ratio* della regola di adeguatezza è quella di assicurare che

⁽⁴⁷⁾ Cfr. FIORUZZI - MAMONE, *Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob: un nuovo strumento di protezione per i risparmiatori*, consultabile su www.avvocati24.ilsolare24ore.com.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. SANGIOVANNI, *La disciplina dell'arbitrato Consob*, in *Le Società*, 2012, p. 312-313. Come è stato correttamente osservato, la circostanza che il procedimento amministrato dalla Consob non copre tutte le possibili controversie legate alle vicende di un contratto finanziario genere "un'aporia sistematica e un problema di competenza" (così RESCIGNO, *op. cit.*, p. 88 e ss.).

⁽⁴⁹⁾ Cfr. Artt. 39 - 42 del Regolamento Intermediari. Sul principio di adeguatezza v. ANTONUCCI, *Declinazioni della sustainability e prospettive di mercato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, p. 728 e ss.; FIORIO, *Onere della prova, nesso di causalità ed operazioni non adeguate*, in *Giur. it.*, 2010, p. 343 e ss.; GRECO, *Intermediazione finanziaria: rimedi e adeguatezza in concreto*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 2556 e ss.; GUADAGNO, *Inadeguatezza e nullità virtuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 460 e ss.; SANGIOVANNI, *L'adeguatezza degli investimenti prima e dopo la Mifid*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1385 e ss.; SANTOCCHI, *Le valutazioni di adeguatezza e di appropriatezza nei rapporti contrattuali fra intermediario e cliente*, in Gabrielli - Lener (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, I, Torino, 2011, p. 281 e ss.; SARTORI, *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa: tecniche normative, tutele e prospettive Mifid*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 25 e ss.

L'intermediario finanziario compia operazioni “adatte” sotto ogni profilo per l'investitore;

- la violazione del **dovere di agire senza conflitti d'interessi** ⁽⁵⁰⁾. La legge prevede che, nella prestazione dei servizi d'investimento, gli intermediari: a) adottano ogni misura ragionevole per identificare i conflitti d'interesse che potrebbero insorgere con il cliente o fra clienti, e li gestiscono; b) informano chiaramente i clienti, prima di agire per loro conto, della natura generale e/o delle fonti dei conflitti d'interesse quando le misure di cui sopra non sono idonee per assicurare, con ragionevole certezza, che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato;
- la violazione dell'obbligo della **forma scritta** nei contratti d'intermediazione finanziaria ⁽⁵¹⁾. La legge prevede espressamente che il contratto con l'intermediario, in caso di difetto di forma scritta, è nullo ⁽⁵²⁾.

Poiché dunque né il Regolamento Consob, né la normativa primaria di riferimento (i.e. il D.Lgs 8 ottobre 2007, n. 179), contiene un riferimento alcuno alle predette tipologie di obblighi, si deve ritenere che eventuali controversie relative alla violazione degli stessi non possano essere trattate e risolte attraverso le procedure di conciliazione e arbitrato presso la Consob, con tutto ciò che consegue in termini di pratica utilizzabilità dei sistemi di ADR *de quibus*. La circostanza è peraltro singolare, considerando che gli organismi di conciliazione non specializzati a carattere generalista non soffrono alcun

⁽⁵⁰⁾ Cfr. Art. 21, c. 1-bis, TUF. In materia di conflitto d'interessi nella prestazione dei servizi d'investimento v. CALLEGARO, *Validità del contratto, conflitti di interesse e responsabilità nell'intermediazione finanziaria*, in *Contratti*, 2010, p. 605 e ss; INZITARI, *Violazione del dovere di agire in conflitto d'interessi nella negoziazione degli strumenti finanziari*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 976 e ss; LENER, *Conflitti di interesse fra intermediario e cliente*, in *I contratti del mercato finanziario, op. cit.*, p. 313 e ss; ROMEO, *Il conflitto di interessi nei contratti di intermediazione*, in *Contratti*, 2009, p. 441 e ss.

⁽⁵¹⁾ In tema di forma del contratto d'intermediazione finanziaria v. BARATELLA, *La forma scritta e i c.d. contratti d'intermediazione finanziaria nella ricostruzione giurisprudenziale*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 688 e ss; BARENGHI, *Disciplina dell'intermediazione finanziaria e nullità degli ordini di acquisto (in mancanza del contratto-quadro): una ratio decidendi e troppi obiter dicta*, in *Giur. mer.*, 2007, p. 59 e ss; DELLA VEDOVA, *Sulla forma degli ordini di borsa*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 161 e ss; MARAGNO, *La nullità del contratto d'intermediazione di valori mobiliari per difetto di sottoscrizione dell'intermediario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 932 e ss; SANGIOVANNI, *Mancata sottoscrizione e forma del contratto d'intermediazione finanziaria*, in *Corr. mer.*, 2011, p. 140 e ss.

⁽⁵²⁾ La forma scritta del contratto d'intermediazione finanziaria mira a realizzare diverse finalità: (i) assicurare la trasmissione d'informazioni; (ii) far riflettere l'investitore sul significato dell'atto che sta per compiere; (iii) facilitare tra le parti la negoziazione di un testo contrattuale; (iv) prova dell'esistenza del contratto. In ragione di quanto precede, il legislatore sanziona con la nullità il contratto che difetti di forma scritta.

limite di competenza in materia di contratti finanziari, mentre la Camera di Conciliazione e Arbitrato della Consob - istituita proprio per assicurare agli investitori (ma anche agli intermediari) un luogo dedicato specificamente alla risoluzione stragiudiziale delle controversie finanziarie - soffre invece di importanti limitazioni di competenza proprio all'interno della materia finanziaria ⁽⁵³⁾.

* * *

III. LA CAMERA DI CONCILIAZIONE E ARBITRATO.

Identificato l'ambito di applicazione delle procedure di conciliazione e arbitrato amministrato dalla Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob, si può ora passare concretamente ad esaminare la Camera illustrandone la struttura, la composizione e le attribuzioni (v. *infra* sub par. III.1), nonché la natura ed i rapporti con la Consob (v. *infra* sub par. III.2).

In relazione a tale ultimo profilo, occorre sin d'ora evidenziare che il Regolamento Consob 2012 ha modificato significativamente la precedente normativa, ciò soprattutto al fine di recepire le indicazioni espresse dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con il parere reso il 20 ottobre 2011 proprio in relazione alla natura giuridica della Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob.

Nel proseguo della trattazione si darà quindi conto dell'assetto della Camera così come delineato dal nuovo Regolamento Consob 2012, evidenziando al contempo le più significative innovazioni apportate alle disposizioni originariamente contenute nel Regolamento Consob 2008.

III.1 STRUTTURA, COMPOSIZIONE E FUNZIONI.

La Camera è un **organismo collegiale** che, nell'originaria disciplina dettata dal **Regolamento Consob 2008**, si componeva di un presidente e quattro membri tutti nominati direttamente dalla Consob, anche se per due membri la nomina della Consob seguiva alla designazione del Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti (CNCU) e delle associazioni di categoria degli intermediari maggiormente rappresentative, ciò al fine di garantire la rappresentanza all'interno della Camera delle categorie di soggetti le cui controversie potevano trovare componimento mediante le procedure amministrato

⁽⁵³⁾ Così RESCIGNO, *op. cit.*, p. 89.

dalla Camera ⁽⁵⁴⁾.

A garanzia dell'autorevolezza e delle competenze tecniche necessarie per l'esercizio delle relative funzioni, era previsto che i componenti fossero individuati all'interno delle seguenti categorie: (a) avvocati iscritti agli albi ordinari e speciali abilitati al patrocinio davanti alle magistrature superiori; (b) dottori commercialisti iscritti all'albo da almeno dodici anni; (c) notai e magistrati delle giurisdizioni ordinarie, amministrative e contabili con sei anni di anzianità di servizio o anche in quiescenza; e (d) professori universitari di ruolo in materie giuridico-economiche, nonché i dirigenti dello Stato o di Autorità indipendenti, laureati in discipline giuridico/economiche in servizio o in quiescenza, con almeno venti anni di anzianità ⁽⁵⁵⁾.

Inoltre, a garanzia dell'indipendenza dei suoi componenti era previsto un mandato settennale non rinnovabile ed un particolare regime d'incompatibilità con il divieto per tutti i componenti della camera di: (a) essere membri di altri organismi di conciliazione e di arbitrato, istituiti da enti pubblici o privati, operanti in qualsiasi settore; (b) essere inseriti negli elenchi tenuti da tali altri organismi di conciliazione e di arbitrato e di svolgere, comunque, attività di conciliazione o di arbitrato; nonché, più in generale, (c) svolgere incarichi che possano comunque ledere l'indipendenza del componente e, conseguentemente, l'autonomia della Camera.

L'inesistenza *ab origine* o sopravvenuta dei predetti requisiti, nonché la violazione dei divieti gravanti in capo ai componenti della Camera, determina la decadenza dalla carica che viene pronunciata dalla Camera entro trenta giorni dalla nomina o dalla conoscenza della perdita dei requisiti, o dai fatti che integrano grave inadempimento dei detti obblighi ⁽⁵⁶⁾. Qualora la Camera rimanga inerte, la decadenza è pronunciata direttamente dalla Consob.

Il **Regolamento Consob 2012** innova profondamente la struttura e composizione della Camera anzitutto riconoscendo espressamente alla stessa il carattere di **organo tecnico e strumentale della Consob dotato di autonomia funzionale** ⁽⁵⁷⁾.

Il numero dei componenti effettivi si è ridotto dai cinque originari agli attuali tre

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Art. 2, c. 1 e 2, Regolamento Consob 2008.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Art. 2, c. 3, Regolamento Consob 2008.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. Art. 5, c. 3, e Art. 6, c. 3, Regolamento Consob 2008.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. Art. 2, c. 1, Regolamento Consob.

(un presidente e due membri), tutti scelti tra i dipendenti in servizio della Consob appartenenti alla carriera direttiva superiore e nominati dalla stessa Consob ⁽⁵⁸⁾. Tuttavia, per garantire la necessaria separazione tra la funzione di vigilanza sui servizi di investimento e quella di amministrazione delle procedure di conciliazione e di arbitrato, è preclusa la nomina a membro della Camera di coloro svolgono alle dipendenze della Consob funzioni di vigilanza.

La durata dell'incarico è stata ridotta a tre anni, ma con possibilità di rinnovo una sola volta per altri tre anni ⁽⁵⁹⁾.

I componenti della Camera sono tenuti ad osservare le norme concernenti gli obblighi, i divieti e le incompatibilità contenute nel regolamento disciplinante il trattamento giuridico ed economico del personale della Consob, nonché le disposizioni del Codice etico per i dipendenti della Consob ⁽⁶⁰⁾⁶¹. In ogni caso, è previsto il divieto per i componenti della Camera di ricoprire incarichi presso altri organismi di conciliazione e di arbitrato, istituiti da enti pubblici e privati e operanti in qualsiasi settore, nonché di esercitare attività di conciliazione e arbitrato ovvero ogni altra attività che ne possa compromettere l'imparzialità e l'indipendenza di giudizio.

Quanto alle attribuzioni, la Camera, **non svolge alcuna funzione c.d. giudicante**, non interviene in alcun modo nel merito delle controversie oggetto di conciliazione o arbitrato, ma **si limita ad amministrare le procedure conciliative ed arbitrali**. Le Camera svolge dunque funzioni del tutto equivalenti a quelle di una qualsiasi istituzione arbitrale cui viene affidata la gestione di procedure arbitrali e/o conciliative, vale a dire: *(i)* organizza i servizi di arbitrato e di conciliazione; *(ii)* cura la tenuta degli elenchi dei conciliatori e degli arbitri e provvede al loro aggiornamento; *(iii)* stabilisce e aggiorna il codice deontologico dei conciliatori e degli arbitri; *(iv)* promuove i servizi di arbitrato e conciliazione e ne diffonde, tramite la competente struttura

⁽⁵⁸⁾ Cfr. Art. 3, c. 1, Regolamento Consob.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. Art. 3, c.2, Regolamento Consob.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. Art. 3, c. 3, Regolamento Consob. Al riguardo, si ricorda l'art. 19, c. 3, lett. D) della Prima Parte del Regolamento n.13859/2002, in base al quale il dipendente deve *“dare comunicazione all'Amministrazione degli interessi-economico-finanziari e non, propri del coniuge, dei conviventi, di parenti entro il terzo grado o affini entro il secondo grado -comunque coinvolti nell'attività o nelle decisioni inerenti all'ufficio, allorquando siano suscettibili di determinare situazioni di conflitto anche solo apparente; con riferimento alle medesime situazioni, nello svolgimento delle proprie funzioni il dipendente si astiene dall'assumere o dal concorrere ad assumere decisioni, nonché dal compiere atti al riguardo”*.

organizzativa della Consob, la conoscenza mediante attività di documentazione, elaborazione dati e studio, anche attraverso la predisposizione di azioni comuni con altre istituzioni ovvero con associazioni economiche e altri organismi pubblici o privati attivi nel settore dei servizi finanziari e delle procedure di conciliazione e arbitrato; (v) promuove corsi di formazione e aggiornamento per i conciliatori e gli arbitri iscritti negli elenchi da essa tenuti; (vi) convoca periodicamente il Comitato Consultivo (v. *infra* sub par. VI) per informarlo sull'attività svolta e acquisirne osservazioni e proposte; (vii) predispone una relazione annuale sull'attività svolta da presentare alla Consob.

Nello svolgimento delle proprie funzioni la Camera si avvale di una Segreteria Tecnica alla quale sono demandate funzioni di supporto amministrativo. In particolare, la Segreteria: (i) cura la verbalizzazione delle riunioni, la successiva riproduzione del verbale in formato digitale e la registrazione nell'archivio digitale delle deliberazioni; (ii) cura la tenuta dell'archivio digitale e cartaceo; (iii) gestisce e protocolla le comunicazioni alla Camera, con indicazione della provenienza, della data e dell'oggetto; (iv) riferisce alla Camera sullo stato e sull'andamento della gestione amministrativa dei procedimenti conciliativi e arbitrali e delle attività relative alla tenuta degli elenchi dei conciliatori e degli arbitri; (v) comunica ai destinatari le decisioni assunte dalla Camera e dal presidente; (vi) svolge le attività istruttorie relative alla tenuta degli elenchi di cui al punto (iv) e al loro aggiornamento; (vii) svolge le attività istruttorie relative ai procedimenti conciliativi e arbitrali; (viii) riceve i documenti e le comunicazioni dalle parti, dai conciliatori e dagli arbitri; (ix) forma e conserva anche in formato digitale, i fascicoli dei procedimenti conciliativi e arbitrali, assicurando la riservatezza degli atti; (x) tiene i ruoli generali cronologici dei procedimenti conciliativi e arbitrali; (xi) rilascia alle parti, su loro richiesta, copia degli atti e dei documenti indicati nel regolamento relativi ai procedimenti conciliativi e arbitrali, fermo restando quanto previsto dal Regolamento di attuazione degli articoli 2, comma 2, e 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241; (xii) cura il funzionamento e l'aggiornamento dei contenuti della sezione del sito internet della Consob dedicato alla Camera ferma restando la gestione unitaria degli applicativi e delle infrastrutture informatiche ⁽⁶²⁾.

⁽⁶²⁾ Cfr. Delibera Consob n. 18310 del 5.9.2012.

III.2 NATURA E RAPPORTI CON LA CONSOB.

Una delle questioni più discusse che si è presentata ai commentatori all'indomani dell'approvazione del Regolamento Consob 2008 ha riguardato la **natura giuridica** della Camera di Conciliazione e Arbitrato ed i suoi rapporti con l'autorità di vigilanza. In altri termini, si è posto il quesito se la Camera potesse essere qualificato come un soggetto giuridico autonomo e distinto dalla Consob o, piuttosto, come organo strumentale dell'autorità di vigilanza.

Il dibattito è sorto dal momento che l'originario quadro normativo non si prestava ad essere interpretato in senso univoco ⁽⁶³⁾. In particolare: *da un lato*, il Regolamento Consob 2008 riconosceva alla Camera autonomia funzionale ⁽⁶⁴⁾ e statutaria ⁽⁶⁵⁾; ma, *dall'altro lato*, il D.Lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 e lo stesso Regolamento Consob 2008 prevedevano che la Camera per lo svolgimento delle proprie funzioni si avvallesse delle risorse e strutture messe a disposizione direttamente dalla Consob ⁽⁶⁶⁾.

Posto che la soluzione del quesito assumeva (e assume) rilevanza ai fini della determinazione dell'imputazione degli atti e dei comportamenti della Camera, del connesso regime di responsabilità e della sua difesa in giudizio, nonché ai fini dell'eventuale legittimità costituzionale del nuovo organismo, la Consob ha investito della questione il Consiglio di Stato chiedendo un parere al riguardo.

Con il parere reso il 20 ottobre 2011 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che la Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob è un organo della stessa Consob ed è **priva di autonoma soggettività giuridica**. Le conclusioni del

⁽⁶³⁾ Prima del parere rilasciato dal Consiglio di Stato, negavano che la Camera fosse un autonomo soggetto giuridico CAVALLINI, *op. cit.*, p. 1447; CUOMO ULLOA, *op. cit.*, p. 1181; FIORUZZI - MAMONE, *op. cit.*. In senso contrario, per l'autonomia giuridica della Camera NASCOSI, *op. cit.*, p. 967 - 968; SERRA, *Brevi note sulla disciplina istitutiva della camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob*, *op. cit.*, p. 262-263.

⁽⁶⁴⁾ L'art. 3, c. 2 del Regolamento Consob del 2008 prevedeva che “*Le deliberazioni della Camera sono adottate collegialmente con la presenza di almeno tre componenti. Salvo che non sia prevista una maggioranza diversa, le deliberazioni della Camera sono adottate a maggioranza dei votanti e, comunque, con non meno di due voti favorevoli. In caso di parità prevale il voto del presidente*”.

⁽⁶⁵⁾ L'art. 3, c. 2 del Regolamento Consob del 2008 prevedeva che “*La Camera delibera il proprio statuto contenente norme di organizzazione e di funzionamento*”.

⁽⁶⁶⁾ L'art. 2, c. 2, Dlgs 8.10.2007, n. 179 prevede testualmente che “*La Camera di conciliazione e arbitrato svolge la propria attività, avvalendosi di strutture e risorse individuate dalla Consob*”. In termini analoghi, l'art. 3, c. 7 del Regolamento Consob del 2008 prevedeva che “*La Consob provvede alla copertura delle spese di amministrazione delle procedure di conciliazione e di arbitrato con le contribuzioni versate dagli intermediari ai sensi dell'articolo 40, comma 3, della legge 23 dicembre 1994, n. 724 e successive modificazioni, oltre che con gli importi posti a carico degli utenti delle procedure*”.

Consiglio di Stato sono state essenzialmente supportate sulla base di quattro ordini di argomenti. Precisamente: (i) la Camera svolge la propria attività “avvalendosi” di strutture e risorse individuate dalla Consob, il che conferma l'appartenenza della Camera alla complessiva struttura organizzativa della Consob; (ii) spetta alla Consob nominare i componenti della Camera (designandone tre su cinque), approvare lo Statuto della Camera, individuare e fornire strutture e risorse per lo svolgimento dell'attività della Camera e, infine, coprire le spese di funzionamento; (iii) la Consob riceve dalla Camera una relazione annuale sull'attività svolta e può rivolgere richieste di informazioni alla Camera su dette attività, nonché impartire direttive e controlli sui requisiti richiesti per l'iscrizione negli elenchi; (iv) l'assenza di indici da cui, in fattispecie analoghe (il riferimento è alla Camera arbitrale per i contratti pubblici) si è desunta l'assenza di soggettività di una Camera arbitrale istituita presso un'Autorità indipendente.

Alla luce delle condivisibili motivazioni fornite dal Consiglio di Stato ⁽⁶⁷⁾ il nuovo Regolamento Consob, in vigore dal 1° agosto 2012, recepisce le conclusioni del giudice amministrativo riconoscendo che «*la Camera è un **organo tecnico e strumentale dalla Consob** e svolge i compiti ad essa assegnati dalle disposizioni di legge e di regolamento con autonomia funzionale*» ⁽⁶⁸⁾ e i (tre) componenti effettivi e i (due) componenti supplenti della Camera sono tutti nominati dalla Consob scegliendo tra i propri dipendenti in servizio appartenenti alla carriera direttiva superiore e non proposti o assegnati ad unità organizzative con funzioni di vigilanza ovvero sanzionatorie nelle materie di competenza della Camera ⁽⁶⁹⁾.

In relazione alle suddette modifiche del Regolamento Consob, in sede di consultazione preventiva si era rilevato che la c.d. **internalizzazione** della Camera avrebbero potuto comprometterne l'autonomia e l'indipendenza, ponendosi così in contrasto con la normativa primaria di riferimento o comunque minando la credibilità

⁽⁶⁷⁾ Per una critica alla posizione espressa dal Consiglio di Stato v. MANCINI, *L'autonomia della Camera di Conciliazione e arbitrato istituita dal D.lgs. 179/07 per la risoluzione delle controversie insorte tra investitori e intermediari dinanzi alla Consob alla luce della posizione del Consiglio di Stato*, op. cit., p. 233-249.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. Art. 2, c. 1, Regolamento Consob.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. Art. 3, c. 1, Regolamento Consob.

del sistema di risoluzione alternativa delle controversie ⁽⁷⁰⁾.

La Consob ha per contro correttamente rilevato che la nuova normativa regolamentare continua a garantire e preservare l'imparzialità, l'autonomia e la credibilità del sistema, nonché a prevenire i rischi di commistioni tra funzioni di amministrazione e funzioni di vigilanza ⁽⁷¹⁾. Infatti:

- l'art. 2, c. 2, D.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, prevede che solo «*la Camera di conciliazione e arbitrato svolge la propria attività, avvalendosi di strutture e risorse individuate dalla Consob*» e non pone quindi vincoli in ordine alle modalità della sua composizione, né tantomeno impone di scegliere all'esterno della Consob i suoi componenti;
- l'art. 2, c. 5, D.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 nel rimettere all'autonomia della Consob l'organizzazione della Camera, menziona le «*associazioni dei consumatori e degli utenti di cui all'articolo 137 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 e delle categorie interessate*» per stabilire “forme” di consultazione in merito alle modalità di nomina dei componenti dell'elenco dei conciliatori e degli arbitri, ma non anche dei componenti della Camera. In questo senso, peraltro, il nuovo regolamento prevede un Comitato Consultivo composto anche da soggetti designati dalle associazioni dei consumatori e degli intermediari (v. *infra* sub par. IV);
- la Camera non è chiamata a decidere le controversie o comunque a formulare alle parti proposta di conciliazione, ma è chiamata unicamente a svolgere una mera gestione amministrativa delle procedure di arbitrato e conciliazione ⁽⁷²⁾, talché la circostanza che i componenti della Camera siano dipendenti della Consob non si vede come possa costituire un rischio per l'imparziale esercizio dell'attività di composizione stragiudiziale delle controversie tra investitori e intermediari;
- per quanto concerne le procedure di conciliazione, la Camera nelle materie di propria competenza è destinata ad operare in concorrenza con gli organismi di mediazione registrati presso il Ministero della Giustizia, ai quali gli interessati

⁽⁷⁰⁾ Cfr. il Documento di Consultazione “*Modifiche al regolamento di attuazione del decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, concernente la camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob e le relative procedure, adottato dalla Consob con delibera n. 16763 del 29 dicembre 2008*” del 5.4.2012 consultabile su www.consob.it.

⁽⁷¹⁾ Cfr. il Documento “*Considerazioni relative all'internalizzazione della Camera di Arbitrato e Conciliazione presso la Consob*” pubblicato su www.consob.it.

⁽⁷²⁾ Cfr. Art. 4, c. 1, Regolamento Consob.

possono (*rectius* potevano) liberamente decidere di ricorrere al fine di adempiere al requisito (oramai “scomparso”) di procedibilità dell’eventuale domanda giudiziale introdotto dall’art. 5, D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28. Da quanto precede consegue che, stante la pluralità di organismi di conciliazione tra i quali è possibile scegliere, è infondato il timore che la Camera, tramite il giudizio di ammissibilità delle istanze di conciliazione, possa in qualche modo condizionare l’accesso alla successiva tutela giurisdizionale (tanto più condiderato che oggi è “caduta” la mediazione c.d. obbligatoria);

- con l’art. 27, c. 1, lett. a) della l. 21 dicembre 2005, n. 262 il legislatore ha inteso ampliare le competenze della Consob, aggiungendo alle tradizionali funzioni di vigilanza quelle di amministrazione delle procedure di conciliazione e arbitrato. La successiva istituzione della Camera - motivata dall’opportunità di tenere distinto l’esercizio delle due tipologie di funzioni - non inficia tale originaria attribuzione, ma deve essere interpretata alla luce di essa. Pertanto, sulla base dell’attuale quadro normativo, non è necessario che la Camera sia composta da membri esterni alla Consob al fine di assicurarne la necessaria autonomia e imparzialità;
- la distinzione tra le funzioni di vigilanza e quelle di amministrazione delle procedure di amministrazione e di arbitrato è assicurata anche dalla previsione secondo cui i componenti della Camera non possono essere scelti tra i dipendenti della Consob assegnati ad attività di vigilanza ovvero sanzionatorie nelle materie di competenza della Camera (art. 3, c. 1, Regolamento Consob);
- a garanzia dell’imparzialità dei componenti della Camera è previsto altresì che i componenti della Camera, nello svolgimento dell’incarico, debbano rispettare gli obblighi, i divieti e le incompatibilità previste dal Regolamento del Personale e dalle disposizioni del codice etico dei dipendenti della Consob, nonché dallo stesso Regolamento Consob;
- infine, l’argomento secondo cui l’imparziale assolvimento delle funzioni da parte del dipendente di un’Autorità amministrativa sarebbe pregiudicato in virtù del rapporto di servizio che lega il primo alla seconda, per un verso, prova troppo in quanto dovrebbe pervenirsi alla conclusione evidentemente assurda che nessun pubblico dipendente è mai imparziale nell’espletamento dei propri compiti, essendo egli in ogni momento soggetto al potere discrezionale dell’ente datore di

lavoro e, per altro verso, è inconferente in quanto alla Camera non sono affidate funzioni c.d. “giudicanti”, ma esclusivamente l’amministrazione di procedure di conciliazione e di arbitrato affidate a soggetti esterni alla Consob, nominati secondo i criteri previsti dal Regolamento.

In conclusione, la nuova Camera e le relative procedure amministrative, così come disciplinate dal nuovo Regolamento, non solo dovrebbero continuare a garantire l’imparzialità e l’autonomia della Camera e quella dei conciliatori e dagli arbitri chiamati di volta in volta a dirimere le controversie insorte tra investitori e intermediari, ma dovrebbero anche garantire maggiore autorevolezza alla Camera soprattutto in termini di *moral suasion* verso gli intermediari, oltreché fornire agli investitori uno strumento di tutela più efficace rispetto a quanto avvenuto sino ad oggi e, infine, consentire una riduzione dei costi di funzionamento della Camera stessa (es. per i compensi dovuti ai componenti esterni). Non resta quindi che attendere se alla prova dei fatti le nuove disposizioni saranno all’altezza delle aspettative.

* * *

IV. IL COMITATO CONSULTIVO.

Parallelamente alla c.d. internalizzazione della Camera, il nuovo Regolamento Consob ha previsto l’istituzione e l’entrata in funzione di un nuovo organismo volto ad assicurare forme di **consultazione delle associazioni dei consumatori e degli utenti e degli intermediari**, nonché fornire un qualificato supporto di elevata consulenza per le questioni inerenti gli aspetti più qualificanti l’esercizio della funzione di conciliazione e arbitrato amministrative dalla Camera: si tratta del Comitato Consultivo ⁽⁷³⁾.

Il Comitato Consultivo è un organo collegiale composto da cinque membri, due designati dalle associazioni dei consumatori e degli utenti e degli intermediari, e tre individuati dalla Consob fra persone dotate di elevata e comprovata esperienza e competenza specifica in materie giuridiche ed economiche inerenti l’attività di conciliazione e arbitrato disciplinata dal Regolamento Consob, nonché in possesso di specifici requisiti di onorabilità (v. Decreto Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica dell’1 novembre 1998, n. 468).

Dall’esame delle disposizioni regolamentari, la funzione consultiva del Comitato

⁽⁷³⁾ Il documento è pubblicato sul sito web www.consob.it.

si dovrebbe concretizzare nella formulazione alla Camera di:

- pareri non vincolati in merito (i) ai criteri di nomina dei conciliatori e degli arbitri previsti dal Regolamento Consob; (ii) a proposte di modifica del Regolamento Consob; (iii) a specifiche questioni indicate dalla Camera o dalla Consob;
- osservazioni e proposte sull'attività svolta o sulle iniziative da intraprendere per rendere più efficiente il servizio di conciliazione e arbitrato;
- proposte volte a consentire una maggiore diffusione del ricorso alla conciliazione e all'arbitrato da parte dei risparmiatori e delle altre categorie interessate.

I lavori del Comitato sono diretti da un presidente cui compete, tra l'altro, la convocazione delle riunioni del Comitato, assicurare il rispetto dei termini previsti per il rilascio dei pareri (i.e. trenta giorni decorrenti dalla data di ricezione della richiesta di parere trascorsi i quali il parere s'intende espresso in senso favorevole), nonché mantenere i rapporti istituzionali con la Camera e gli altri organi interessati.

Il regolamento Consob prevede, infine, che sia la Camera ad assicurare al Comitato le risorse necessarie per il suo funzionamento, nell'ambito della propria dotazione organica, strumentale e finanziaria che, come noto, è a sua volta messa a disposizione dalla Consob.

L'impressione è che il nuovo organismo sia stato pensato come strumento per continuare a dare “voce” alle associazioni dei consumatori e degli utenti e alle associazioni degli intermediari, le quali - con la riforma della composizione e struttura della Camera - sono state private del potere di designare due (degli originari cinque) componenti della Camera e, quindi, di avere soggetti che all'interno della Camera potessero esprimere le istanze ed esigenze di categoria. Insomma, il Comitato Consultivo sembra essere un organismo sorto in “funzione compensativa” del venire meno della presenza “diretta” delle associazioni di categoria all'interno della Camera, ma pur sempre “necessaria” dal momento che la normativa primaria imponeva alla Consob di continuare a prevedere «*forme di consultazione delle associazioni dei consumatori e degli utenti di cui all'art. 137 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e delle categorie interessate*»⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. Art. 2, c, 5, D.Lgs. 8.10.2007, n. 179.

V. LA PROCEDURA DI CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE.

L'esame della procedura di conciliazione stragiudiziale amministrata dalla Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob, deve essere doverosamente preceduto da una considerazione in merito ai rapporti tra la procedura de qua e quella di mediazione prevista in via generale dal noto D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

Mediazione e conciliazione non vanno confuse: la mediazione è l'attività che precede la conciliazione ed è finalizzata a conseguire tale conciliazione.

Secondo la definizione legislativa per **mediazione** si intende «*l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*»⁽⁷⁵⁾. La **conciliazione** invece è «*la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione*»⁽⁷⁶⁾.

Il legislatore ha (*rectius* aveva) espressamente previsto che i determinate materie, tra cui i “contratti finanziari”, chi intende esercitare un'azione «è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 e successive modificazioni per le materie ivi regolate»⁽⁷⁷⁾.

Al di là dell'imprecisione lessicale⁽⁷⁸⁾, non vi è (era) dubbio che nelle materie specifiche coperte dal D.Lgs 8 ottobre 2007, n. 179, l'investitore ha dunque una **facoltà di scelta**: avvalersi del procedimento di conciliazione “speciale” amministrato dalla Camera oppure del procedimento di mediazione “generale” previsto dal D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, fermo restando il carattere equipollente dei due rimedi ai fini della procedibilità della domanda successivamente formulata avanti l'autorità giudiziaria. Con la sentenza del 6 dicembre 2012 n. 272 la Corte Costituzionale ha “espunto”

⁽⁷⁵⁾ Cfr. Art. 1, lett. a), D.Lgs. 4.3.2010 n. 28.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. Art. 1, lett. c), D.Lgs. 4.3.2010 n. 28.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. Art. 5, c. 1, D.Lgs. 4.3.2010, n. 28.

⁽⁷⁸⁾ L'espressione “contratti finanziari” utilizzata dal legislatore è imprecise in quanto i contratti cui si vuol far riferimento andrebbero meglio denominati come «contratti relativi alla prestazione di servizi d'investimento» (così Art. 23, c. 1, TUF) oppure «contratti d'intermediazione finanziaria» (cfr. SANGIOVANNI, *La conciliazione stragiudiziale presso la Consob*, *op. cit.*, p. 214).

dall'ordinamento la c.d. mediazione obbligatoria dichiarata costituzionalmente illegittima per eccesso di delega, di tache l'azione dell'investitore non è più soggetta ad alcuna condizione di procedibilità e può essere direttamente sottoposta alla cognizione del giudice statale.

Tanto chiarito, si può ora passare all'esame della vera e propria procedura di conciliazione amministrata dalla Camera.

V.1 LE CONDIZIONI DI AMMISSIBILITÀ.

Il Regolamento Consob (sostanzialmente invariato in parte *qua* rispetto alla precedente formulazione) prevede che l'istanza volta all'attivazione della procedura di conciliazione può essere presentata **esclusivamente dall'investitore** ⁽⁷⁹⁾, anche (ma non necessariamente) tramite uno o più procuratori. L'avvio del procedimento è subordinato alla sussistenza di una duplice **condizione di ammissibilità**: *da un lato*, non devono essere state istaurate altre procedure di conciliazione (anche su iniziativa dell'intermediario a cui l'investitore abbia aderito) sulla medesima questione controversa (è evidente che sarebbe poco utile e diseconomico avviare una nuova procedura di conciliazione davanti alla Camera quando le stesse parti stanno già tentando di raggiungere un accordo davanti con l'aiuto di un altro organismo di conciliazione); *dall'altro lato*, è necessario che sia stato presentato reclamo all'intermediario cui sia stata fornita espressa risposta oppure sia decorso il termine di novanta giorni o il termine più breve eventualmente stabilito dall'intermediario per la trattazione del reclamo, senza che l'investitore abbia ottenuto una risposta (si vuol in tal modo consentire che la controversia possa trovare componimento nel rapporto diretto con l'intermediario, specie nei casi in cui è lo stesso intermediario ad avvedersi che il proprio comportamento è stato posto in essere in violazione di norme di legge) ⁽⁸⁰⁾.

V.2 L'AVVIO DEL PROCEDIMENTO.

L'istanza può (non deve) essere redatta utilizzando l'apposito formulario predisposto dalla Camera e reso noto attraverso il sito internet della Camera stessa, ma

⁽⁷⁹⁾ La norma in esame riproduce quasi alla lettera la disposizione dell'art. 4, D.Lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, ribadendo il concetto che la possibilità di avviare la procedura conciliativa è rimessa esclusivamente alla volontà dell'investitore e non anche all'intermediario.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. Art. 11, Regolamento Consob.

in ogni caso deve contenere, oltre alle generalità ed ai recapiti dell'istante e all'impegno ad osservare gli obblighi di riservatezza e le altre disposizioni del Regolamento Consob, la descrizione della controversia e delle pretese, con indicazione del relativo valore, da determinarsi ai sensi degli artt. 10 ss. c.p.c. ⁽⁸¹⁾.

L'istanza deve essere corredata della documentazione attestante: la condizione di ammissibilità di cui sopra sub par. V.1, nonché il pagamento delle spese di avvio del procedimento ⁽⁸²⁾.

Successivamente al deposito, la Camera entro otto giorni valuta l'**ammissibilità** dell'istanza e, a tale riguardo, può invitare l'investitore a procedere entro un congruo termine ad eventuali integrazioni o correzioni in difetto delle quali l'istanza è dichiarata inammissibile e la decisione comunicata all'investitore e all'intermediario interessati ⁽⁸³⁾. La previsione è senz'altro opportuna nell'ottica di rendere la procedura realmente accessibile all'investitore non professionale, dal momento che quest'ultimo non ha l'obbligo di essere assistito da un tecnico e, pertanto, errori o imprecisioni nella compilazione dell'istanza sono statisticamente molto probabili.

Una volta superato il vaglio di ammissibilità, la Camera invita l'intermediario ad aderire al tentativo di conciliazione trasmettendo l'istanza, con le eventuali correzioni o integrazioni prodotta dall'investitore ⁽⁸⁴⁾.

A questo punto spetta all'intermediario comunicare alla Camera e all'investitore, con mezzo idoneo a dimostrarne l'avvenuta ricezione e non oltre i dieci giorni successivi alla comunicazione dell'invito della Camera, la propria adesione al tentativo di conciliazione. L'atto dell'intermediario di adesione al tentativo di conciliazione deve contenere l'impegno ad osservare gli obblighi di riservatezza e le altre norme del

⁽⁸¹⁾ Il nuovo art. 12 del Regolamento Consob non menziona più espressamente i contenuti del ricorso (come invece avveniva nella vigenza del precedente art. 8 del Regolamento Consob 2008), tuttavia non pare dubbio che il ricorso debba quantomeno avere i contenuti sopraindicati.

⁽⁸²⁾ Per effetto del richiamo all'art. 39, c. 1, D.lgs. 17.1.2003, n. 5, operato dall'art. 4, c. 5, D.Lgs. 8.10.2007, n. 179, tutti gli atti, i documenti e i provvedimenti relativi al procedimento di conciliazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura.

⁽⁸³⁾ Cfr. Art. 12, Regolamento Consob.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. Art. 12, Regolamento Consob. La disposizione innova la precedente normativa ove si prevedeva che fosse onere dell'investitore comunicare l'istanza all'intermediario. La modifica regolamentare è senz'altro da accogliere con favore dato che rende più semplice e rapido l'accesso alla procedura di conciliazione per l'investitore non professionale che - si ripete - non ha l'obbligo dell'assistenza tecnica.

Regolamento Consob e deve essere corredato dai documenti attestanti il pagamento delle spese di avvio della procedura; copia del contratto consegnato al cliente e dell'ulteriore documentazione afferente al rapporto contrattuale controverso (ma non più anche il reclamo proposto dall'investitore e le eventuali determinazioni assunte al riguardo) ⁽⁸⁵⁾.

Per contro, qualora l'intermediario non comunichi la propria adesione al tentativo di conciliazione nel termine indicato, la Camera attesta la mancata, tempestiva, adesione dell'intermediario al tentativo di conciliazione e tale attestazione produce i medesimi effetti del verbale di fallita conciliazione (v. *infra* sub par. V.5). Sebbene il Regolamento Consob, nulla dica al riguardo, è ragionevole ritenere che la Camera sia tenuta a comunicare all'investitore la mancata adesione dell'intermediario in modo da consentire al primo di adottare le necessarie determinazioni.

Deve essere sottolineato, inoltre, che tra le norme richiamate dall'art. 4, c. 5, D.Lgs. 8 ottobre 1997, n. 179, figura anche l'art. 40, c. 6, D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, a mente del quale *«qualora il contratto ovvero lo statuto della società prevedano una clausola di conciliazione e il tentativo non risulti esperito, il giudice, su istanza della parte interessata proposta nella prima difesa, dispone la sospensione del procedimento pendente davanti a lui fissando un termine di durata compresa tra trenta e sessanta giorni per il deposito dell'istanza di conciliazione davanti ad un organismo di conciliazione ovvero quello indicato dal contratto o dallo statuto. Il processo può essere riassunto dalla parte interessata se l'istanza di conciliazione non è depositata nel termine fissato»*. Ciò significa che, ove contrattualmente prevista, la clausola conciliativa ha efficacia vincolante per cui *“se il giudice si troverà davanti ad una clausola di conciliazione presso la C.C.A. Consob sospenderà il procedimento pendente davanti a lui e rinvierà al tentativo di conciliazione davanti alla Consob stessa, fissando un termine entro il quale presentare l'istanza”* ⁽⁸⁶⁾.

V.3 LA NOMINA DEL CONCILIATORE.

La Camera, una volta ricevuta l'adesione dell'intermediario al tentativo di conciliazione e verificati i presupposti per l'avvio della documentazione prodotta dalle

⁽⁸⁵⁾ Cfr. Art. 12, c. 4, Regolamento Consob.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. BASTIANON, *La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione ed arbitrato presso la Consob*, op. cit., p. 10.

parti, procede senza indugio alla nomina di un conciliatore scegliendolo tra i soggetti iscritti nell'apposito elenco tenuto dalla Camera ⁽⁸⁷⁾.

Per la nomina dei conciliatori la Camera s'ispira ai principi di equa distribuzione degli incarichi e di tendenziale parità di trattamento tra uomini e donne, e tiene conto: a) della vicinanza territoriale all'investitore; b) dell'esperienza maturata dal conciliatore sulle questioni specifiche oggetto della controversia; c) degli esiti delle controversie già assegnate ⁽⁸⁸⁾. Nel dare attuazione a tali criteri, la Camera tiene conto anche delle osservazioni e delle proposte formulate dal Comitato Consultivo ed è previsto che fornisca idonea pubblicità sul proprio sito internet.

Il conciliatore designato è tenuto a comunicare alla Camera, entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione di nomina, la propria accettazione. In difetto di tempestiva accettazione da parte del conciliatore, la Camera provvederà a nominare un altro conciliatore. Analogamente, quando per un qualsiasi motivo venga a mancare il conciliatore designato, la Camera provvede tempestivamente alla sua sostituzione ⁽⁸⁹⁾.

Un novità importante prevista dal nuovo Regolamento è costituita dalla possibilità per le parti di indicare di comune accordo alla Camera, entro il termine in cui l'intermediario deve comunicare la propria adesione alla procedura, il nominativo di un conciliatore iscritto negli elenchi tenuti dalla Camera alla quale dovrà essere devoluta la

⁽⁸⁷⁾ L'art. 7, Regolamento Consob prevede testualmente che "1. Sono iscritti a domanda nell'elenco dei conciliatori i soggetti appartenenti alle seguenti categorie: a) professori universitari di ruolo, ordinari o associati, in discipline economiche o giuridiche in servizio o in quiescenza; b) magistrati ordinari, amministrativi o contabili, in servizio o in quiescenza; c) avvocati dello Stato, in servizio o in quiescenza; d) avvocati iscritti, o che siano stati iscritti, all'albo per un periodo complessivo, anche non continuativo, di almeno cinque anni; e) commercialisti iscritti, o che siano stati iscritti, nella Sezione A) dell'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili per un periodo complessivo, anche non continuativo, di almeno cinque anni; f) notai iscritti, o che siano stati iscritti, al ruolo notarile per un periodo complessivo, anche non continuativo, di almeno cinque anni; g) dirigenti di amministrazioni dello Stato, di organi Costituzionali o di Autorità indipendenti, anche in quiescenza, con almeno cinque anni di anzianità complessiva di servizio presso tali enti, laureati in discipline economiche o giuridiche. 2. Ai fini dell'iscrizione nell'elenco dei conciliatori, i soggetti appartenenti alle categorie indicate al comma 1 devono possedere anche una specifica formazione professionale in materia di conciliazione e uno specifico aggiornamento almeno biennale, acquisiti presso gli enti di formazione ai sensi dell'articolo 18, comma 2, lettere f) e g) del decreto del Ministero della giustizia 18 ottobre 2010, n. 180".

⁽⁸⁸⁾ Cfr. Art. 13, c. 1, Regolamento Consob. Rispetto alla formulazione della previgente disposizione, l' "equa distribuzione degli incarichi" e la "tendenziale parità di trattamento tra uomini e donne" assurgono al rango di principi generali che devono orientare la scelta del conciliatore. Per il resto vengono sostanzialmente confermati i criteri di nomina già inseriti nella precedente versione del Regolamento, con l'aggiunta - finalizzata al perseguimento di una sempre maggior qualità ed efficacia del servizio - del criterio relativo all'esito delle procedure di conciliazione già assegnate al medesimo conciliatore.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. Art. 13, c. 3 e 4, Regolamento Consob.

controversia ⁽⁹⁰⁾. La Consob ha voluto in tal modo incentivare il ricorso alle procedure di conciliazione consentendo alle parti, in presenza di un accordo tra le stesse, d'individuare un conciliatore gradito che, proprio in quanto scelto congiuntamente dall'investitore e dall'intermediario, potrebbe avere maggiori *chances* di facilitare il raggiungimento dell' accordo.

V.4 I PRINCIPI GENERALI DELLA PROCEDURA DI CONCILIAZIONE.

La procedura di conciliazione stragiudiziale amministrata dalla Camera si ispira ai principi dell'immediatezza, della concentrazione, dell'oralità, dell'imparzialità, della garanzia del contraddittorio e della riservatezza.

Per quanto riguarda i **principi d'immediatezza e concentrazione**, il Regolamento Consob, stabilisce che di regola la conciliazione si svolge nel luogo in cui si trova il domicilio del conciliatore e che quest'ultimo stabilisca la data e la sede per la prima riunione non prima di cinque e non oltre quindici giorni dalla data di accettazione, dandone tempestiva comunicazione alle parti e alla Camera. Il termine per la conclusione della procedura, invece, è di sessanta giorni che decorrono dalla data di deposito dell'istanza o dalla data di deposito delle eventuali correzioni e integrazioni richieste dalla Camera oppure dalla scadenza del termine fissato dal giudice per il deposito dell'istanza ⁽⁹¹⁾.

Il conciliatore, tuttavia, con il consenso delle parti, può prorogare il termine per la conclusione della procedura per un periodo non superiore a sessanta giorni, comunicandolo alla Camera, quando: *a)* ricorrono oggettivi impedimenti del conciliatore o delle parti; o, *b)* è necessario acquisire informazioni e documenti indispensabili ai fini dell'esperimento del tentativo di conciliazione; o, ancora, *c)* vi è la

⁽⁹⁰⁾ Cfr. Art. 13, c. 6, Regolamento Consob.

⁽⁹¹⁾ Cfr. Art. 17, c. 1, Regolamento Consob. La previsione era opportuna dal momento che le controversie oggetto di conciliazione rientrano appieno tra quelle per le quali l'art. 5, c. 1, D.Lgs 4.3.2010, n. 28 prevede l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione essendo condizione di procedibilità della domanda. Da qui la necessità di tener di conto dell'art. 6, c. 2, del D.Lgs. 4.3.2010, n. 28, a mente del quale *“il termine di cui al comma 1 [i.e., il termine per la conclusione del procedimento di mediazione] decorre dalla data di deposito della domanda di mediazione, ovvero dalla scadenza di quello fissato dal giudice per il deposito della stessa e, anche nei casi in cui il giudice dispone il rinvio della causa ai sensi del quarto e del quinto periodo del comma 1 dell'articolo 5, non è soggetto a sospensione feriale”*. Con il venire meno della c.d. mediazione obbligatoria a seguito della sentenza della Corte Costituzionale del 6.12.2012 n. 272 la sopraricordata previsione del Regolamento è destinata ad essere eliminata non avendo più alcuna concreta utilità.

ragionevole possibilità di un esito positivo della procedura. Inoltre, in base all'art. 13, c. 3 del Regolamento, sebbene il decorso del termine di sessanta giorni per la conclusione della procedura di conciliazione sia sospeso dal 1° agosto al 15 settembre, il conciliatore può, con il consenso delle parti, derogare a tale previsione ⁽⁹²⁾.

In ogni caso, la durata del procedimento, compreso il periodo di sospensione feriale, non può superare i quattro mesi, ciò al fine di coordinare il termine massimo di durata della conciliazione davanti alla Camera con quello previsto in generale dall'art. 6, c. 1, D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 per la procedura di mediazione ⁽⁹³⁾.

Con riferimento al **principio dell'oralità**, il Regolamento Consob stabilisce che il conciliatore può condurre gli incontri senza formalità di procedura e senza obbligo di verbalizzazione e nel modo che ritiene più opportuno, tenendo conto delle circostanze del caso, della volontà delle parti e della necessità di trovare una rapida soluzione alla lite; può sentire le parti separatamente e in contraddittorio tra loro con lo scopo di

⁽⁹²⁾ Cfr. Art. 13, c. 3, Regolamento Consob.

⁽⁹³⁾ Tuttavia, si osserva che il termine per la conclusione della procedura di conciliazione presenta tre fondamentali differenze rispetto a quello previsto per la conclusione dell'ordinaria procedura di mediazione contemplata dal citato D.lgs. 4.3.2010 n. 28: (i) ha una durata massima di sessanta giorni, anziché di quattro mesi; (ii) può essere prorogato, mentre tale possibilità non è prevista per il termine della procedura di mediazione; (iii) è soggetto a sospensione feriale, mentre ciò è espressamente escluso per il termine della procedura di mediazione dall'art. 6, c. 2, del D.lgs. 4.3.2010 n. 28. Tali differenze si giustificano col fatto che la disciplina del termine per la conclusione della procedura davanti alla Camera è da rinvenirsi esclusivamente nel D.Lgs. 8.10.2007, n. 179 - art. 4, c. 4, ai sensi del quale *“In ogni caso il procedimento deve essere concluso nel termine massimo di sessanta giorni dalla data di presentazione dell'istanza di conciliazione”* – che, sullo specifico punto, non effettua alcun rinvio alla *“ordinaria”* disciplina della conciliazione (all'epoca da rinvenire nel D.Lgs. 17.1.2003, n. 5, oggi *“sostituito”* dal D.lgs. 4.3.2010 n. 28).. Proprio al fine di garantire il coordinamento la disciplina del D.Lgs. 4.3.2010, n. 28, si è reso necessario contenere nei quattro mesi la durata massima della procedura di conciliazione presso la Camera. E, invero, la disciplina regolamentare attualmente vigente consente che in casi eccezionali il procedimento davanti alla Camera possa avere una durata superiore a quattro mesi; ciò può verificarsi, segnatamente, nell'ipotesi che alla durata ordinaria della procedura (sessanta giorni) si sommino la proroga di cui al comma 2 (sessanta giorni) e la sospensione feriale di cui al comma 3 (quarantacinque giorni), per un totale di cinque mesi e mezzo (165 giorni). Al fine di escludere in radice tale possibilità, si prevede espressamente che la durata complessiva della procedura di conciliazione – anche ove comprensiva di proroga e sospensione feriale – non possa mai essere superiore a quattro mesi. La soluzione auspicata consente altresì di salvaguardare la concorrenzialità tra il sistema di conciliazione disciplinato dal D.lgs. 8.10.2007 n. 179 e la *“ordinaria”* mediazione di cui al D.lgs. 4.3.2010 n. 28, evitando che il risparmiatore che si rivolga alla Camera debba sopportare tempi più lunghi rispetto a quelli di una procedura di mediazione gestita ex D.lgs. 4.3.2010 n. 28.

chiarire meglio i termini della controversia e far emergere i punti di accordo; può disporre l'intervento di terzi, dietro congiunta proposta delle parti e a loro spese ⁽⁹⁴⁾.

Infine, per quanto concerne il **principio della riservatezza**, due sono le previsioni di rilievo, *da una parte*, la Camera assicura adeguate modalità di conservazione e di riservatezza degli atti introduttivi della procedura di conciliazione, nonché di ogni altro documento proveniente dai soggetti che hanno partecipato a qualsiasi titolo alla procedura di conciliazione o formatosi nel corso della procedura stessa ⁽⁹⁵⁾; *dall'altra parte*, l'art. 4, c. 5, D.Lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, che fa salva l'applicazione, *inter alia*, dell'art. 40, c. 3, D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, secondo cui le dichiarazioni rese dalle parti nel corso della procedura di conciliazione non possono essere utilizzate nel giudizio promosso a seguito dell'insuccesso del tentativo di conciliazione, né possono essere oggetto di prova testimoniale, ai fini della decisione sul merito ⁽⁹⁶⁾.

V.5 ESITI DELLA CONCILIAZIONE.

Al termine del procedimento i possibili esiti della conciliazione sono (ovviamente) due: l'alternativa è fra la possibilità che l'accordo tra le parti venga raggiunto e che la conciliazione non riesca.

Nel caso di esito positivo è previsto che l'accordo venga allegato al verbale predisposto dal conciliatore ⁽⁹⁷⁾. Il verbale deve essere sottoscritto dalle parti e dal conciliatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione o la loro impossibilità di sottoscrivere. Tuttavia, se con l'accordo le parti concludono un contratto o un atto per il quale è previsto l'obbligo di trascrizione *ex art.* 2653 c.c. la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato ⁽⁹⁸⁾.

L'accordo raggiunto può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro

⁽⁹⁴⁾ Cfr. Art. 16, Regolamento Consob.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. Art. 15, c. 2, Regolamento Consob.

⁽⁹⁶⁾ La previsione è analoga alla disposizione di cui all'art. 10 del D.lgs. 4.3.2010 n. 28.

⁽⁹⁷⁾ Il verbale di conciliazione è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di € 25.000,00 ai sensi dell'art. 39, c. 2, D.Lgs. n. 17.1.2003, n. 5, richiamato dall'art. 4, c. 5, D.Lgs. 8.10.2007, n. 179. A tale riguardo occorre segnalare che l'art. 17, c. 2, del D.lgs. 4.3.2010, n. 28 prevede l'esenzione dall'imposta di registro entro il (maggior) limite di € 50.000,00.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. Art. 18, c. 3, Regolamento Consob.

adempimento (insomma i contenuti analoghi a quelli che può avere un provvedimento giudiziale *ex art. 614 - bis c.p.c.*) ⁽⁹⁹⁾.

Resta inteso che il verbale di accordo può, su istanza di parte, ottenere l'**omologazione** da parte del Presidente del tribunale nel cui circondario ha avuto luogo la conciliazione ⁽¹⁰⁰⁾, venendo a costituire in tal caso **titolo esecutivo** per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.

In caso di mancato raggiungimento di un accordo, il nuovo Regolamento Consob prevede che il conciliatore possa **procedere d'ufficio** alla formulazione di una proposta conciliativa, mentre tale proposta deve essere sempre formulata quando sono le parti a farne concorde richiesta. In ogni caso, il conciliatore informa le parti delle possibili conseguenze previste dall'art. 13 D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 ⁽¹⁰¹⁾.

Qualora, invece, la conciliazione non sortisca esito positivo, il conciliatore forma comunque il verbale in cui da atto dell'eventuale proposta formulata e raccoglie la sottoscrizione delle parti. Nello stesso verbale il conciliatore da atto della mancata partecipazione al procedimento dell'investitore istante ovvero dell'intermediario che abbia prestato adesione al tentativo di conciliazione ⁽¹⁰²⁾.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. Art. 18, c. 3, Regolamento Consob.

⁽¹⁰⁰⁾ Il giudizio di omologazione è limitato all'accertamento della regolarità formale del verbale di conciliazione e della sua conformità all'ordine pubblico e a norme imperative (Cfr. Art. 18.4. del Regolamento Consob).

⁽¹⁰¹⁾ Il conciliatore informa così le parti che nel caso di mancata accettazione della proposta e successiva istaurazione di un processo avanti l'autorità giudiziaria *“quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4”* (art. 13, c. 1, D.lgs 4.3.2010, n. 28), mentre *“quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente”* (art. 13, c. 2, D.lgs 4.3.2010, n. 28).

⁽¹⁰²⁾ Cfr. Art. 18, c. 6, Regolamento Consob. Qualora invece l'intermediario non aderisca al tentativo di conciliazione, la competenza a pronunciare tale attestazione è opportunamente attribuita direttamente alla Camera, ciò al fine di evitare che si renda necessario nominare un conciliatore e avviare un procedimento di conciliazione (con le spese connesse) al solo scopo di constatare la “contumacia” dell'intermediario (cfr. Art. 12.6 del Regolamento Consob).

E' importante evidenziare che il procedimento di conciliazione in parola produce i suoi effetti **esclusivamente in ambito civilistico**, in questo senso il legislatore ha previsto che *“le dichiarazioni rese dalle parti nel procedimento di conciliazione non possono essere utilizzate nell'eventuale procedimento sanzionatorio nei confronti dell'intermediario avanti l'autorità di vigilanza competente per l'irrogazione delle sanzioni amministrative previste per le medesime violazioni?”* ⁽¹⁰³⁾.

Il significato di questa disposizione può essere compreso pienamente avendo a mente che - in materia di intermediazione finanziaria - convivono norme di rilevanza civile con norme di rilevanza amministrativa. Il comportamento dell'intermediario che ha posto in essere una violazione dei propri obblighi di informazione, correttezza e trasparenza può determinare non solo l'obbligo civilistico di risarcire gli eventuali danni subito dall'investitore, ma anche l'applicazione di sanzioni amministrative da parte delle autorità di vigilanza. La predetta disposizione consente così agli intermediari che intendono conciliare di poter liberamente fare ammissioni relative ai propri comportamenti in violazione delle norme di legge, senza alcun timore che se la conciliazione non riesce tali ammissioni possano produrre effetti nel possibile separato procedimento amministrativo ⁽¹⁰⁴⁾.

Infine, a prescindere dall'intervenuto accordo, al termine della procedura il conciliatore trasmette gli atti alla Camera che provvede a rilasciarne copia alle parti che ne fanno richiesta, con modalità e forme idonee a garantire la riservatezza del contenuto degli atti.

V.6 COSTI DEL PROCEDIMENTO.

Da ultimo, occorre svolgere alcune brevi considerazioni sui costi della conciliazione, trattandosi di un tema evidentemente sensibile per chi si avvicina a questo meccanismo di risoluzione delle controversie, soprattutto avendo a mente i diversi rapporti di forza (economica) fra le parti in causa: da un lato, l'investitore non professionale ossia (tendenzialmente) una persona fisica e, dall'altro lato, l'intermediario finanziario ossia una persona giuridica.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. Art. 4, c. 7, D.lgs 7.10.2007, n. 179.

⁽¹⁰⁴⁾ Così SANGIOVANNI, *La conciliazione stragiudiziale presso la Consob*, op. cit., p. 229.

Il Regolamento Consob individua tre distinte voci di spesa connesse alla procedura di conciliazione ⁽¹⁰⁵⁾: in primo luogo, vi sono le **spese di avvio della procedura** (pari ad € 30,00 per ciascuna parte) che devono essere corrisposte alla Camera al momento del deposito dell'istanza (per quanto riguarda l'investitore) e dell'atto di adesione (per quanto riguarda l'intermediario); in secondo luogo, figura il **compenso del conciliatore**, determinato sulla base della tabella allegata al Regolamento Consob ⁽¹⁰⁶⁾; infine, figurano le **spese vive** sostenute dal conciliatore per l'esecuzione dell'incarico e determinate dalla Camera sulla base della tabella allegata al Regolamento Consob ⁽¹⁰⁷⁾.

La liquidazione del compenso del conciliatore ed il rimborso delle spese sostenute avviene ad opera della Camera, con decisione **vincolante** per le parti.

E' opportuno sottolineare come nel nuovo Regolamento Consob il compenso del conciliatore grava sempre in capo alle parti, che vi sono tenute solidalmente tra loro, sia per l'ipotesi in cui la conciliazione abbia esito positivo, sia per l'opposta ipotesi in cui la conciliazione fallisca. Scompare quindi la previsione originariamente contenuta nel Regolamento Consob 2008 secondo cui, in caso di fallimento della conciliazione, metà del compenso del conciliatore era posto a carico della Camera (mentre l'altra metà a

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. Art. 20 del Regolamento Consob.

⁽¹⁰⁶⁾ La tabella allegata sub II al Regolamento Consob prevede un compenso massimo dovuto da ciascuna parte che va da € 43,00 ad € 4.600,00 a seconda dello scaglione relativo al valore della controversia (fino a € 1.000,00 - oltre € 5.000.000,00). Per i compensi minimi, invece, si considerano quelli dovuti come massimi per il valore della lite ricompreso nello scaglione immediatamente precedente a quello effettivamente applicabile. Il compenso minimo relativo al primo scaglione, invece, è liberamente determinato. L'importo massimo del compenso per ciascun scaglione di riferimento può essere aumentato in misura non superiore al 25% in caso di successo della conciliazione. L'importo massimo è, invece, ridotto ad € 40,00 per il primo scaglione (i.e. controversie di valore sino ad € 1.000,00) e ad € 50,00 per tutti gli altri scaglioni, quando l'intermediario pur aderendo alternativo, non partecipa al procedimento.

⁽¹⁰⁷⁾ La tabella allegata sub II al Regolamento Consob prevede che le spese vive rimborsabili al conciliatore sono costituite da: a) le spese postali, telegrafiche, telefoniche e di cancelleria, rimborsabili fino ad un importo forfettario complessivo pari a euro 15; in relazione a tali spese, il conciliatore è esonerato dal fornire la relativa documentazione; b) le spese di trasferta, rimborsabili fino ad un importo massimo di euro 100; in relazione a tali spese, il conciliatore deve fornire adeguata documentazione; c) le eventuali altre spese (incluse le spese appartenenti alle tipologie indicate in precedenza, ivi comprese quelle oggetto di rimborso forfettario, e che eccedono gli importi massimi prefissati), sostenute dal conciliatore e previamente autorizzate anche nell'ammontare massimo da entrambe le parti, per lo svolgimento di adempimenti necessari per l'esecuzione dell'incarico; in relazione a tali spese, il conciliatore deve fornire adeguata documentazione.

carico solidale delle parti) ⁽¹⁰⁸⁾. Nel documento di consultazione diffuso dalla Consob non è dato rinvenire alcuna spiegazione alla modifica ⁽¹⁰⁹⁾, che è forse giustificabile sia in ragione della necessità di alleggerire il bilancio della Consob, sia in ragione del deciso ridimensionamento dei compensi massimi previsti per i conciliatori ⁽¹¹⁰⁾. Infatti, dal semplice esame dei “numeri” relativi ai compensi e alle spese rimborsabili è immediatamente percepibile come la procedura di conciliazione si caratterizzi oggi per un’economicità ancor più accentuata rispetto al recente passato, economicità della procedura che dovrebbe ancor più incentivare gli investitori ad avvalersi di tale strumento per le controversie di modesto valore (c.d. *small claims*).

* * *

VI. L'ARBITRATO AMMINISTRATO.

La Camera di Conciliazione e di Arbitrato, secondo quanto previsto dall'art. 5, D.Lgs 8 ottobre 2007, n. 179, amministra due diverse tipologie di arbitrato: *da una parte*, il procedimento di arbitrato c.d. ordinario attraverso cui l'investitore può conseguire un riconoscimento pieno ed integrale del risarcimento del pregiudizio subito ⁽¹¹¹⁾ e, *dall'altra parte*, il procedimento di arbitrato c.d. semplificato attraverso cui l'investitore può conseguire solo il ristoro del danno patrimoniale tramite il riconoscimento di un indennizzo ⁽¹¹²⁾. **Insomma, a seconda di “che cosa” l'investitore intende chiedere all'arbitro avrà la possibilità di attivare la procedura “ordinaria” o “semplificata” (benché, s'intende, vi sia una convenzione d'arbitrato che lo facoltizzi in tal senso) e quindi scegliere tra una procedura più formale e complessa ed una procedura più snella e rapida.**

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. Art. 16, c. 3, Regolamento Consob 2008.

⁽¹⁰⁹⁾ SANGIOVANNI, *La conciliazione stragiudiziale presso la Consob*, op. cit., p. 231, aveva rilevato che l'originaria previsione del Regolamento Consob produceva due effetti (positivi) perché “*da un lato, si incentiva il tentativo di conciliazione: l'investitore sa che, se non giungerà a un accordo, sarà tenuto a pagare solo la metà della metà del compenso. Trattandosi di importi così modesti, il costo di fruizione del servizio non dovrebbe disincentivare i risparmiatori. Contemporaneamente si è però scelto di non rendere il servizio gratuito in quanto tale soluzione avrebbe aperto la strada a tentativi di conciliazione strumentali. Sotto un altro profilo, il fatto che la Camera debba reggere la metà del compenso del conciliatore in caso di esito negativo della conciliazione spinge la Camera a scegliere conciliatori particolarmente abili. La Camera è cointeressata al buon esito della conciliazione*”.

⁽¹¹⁰⁾ I compensi massimi indicati nella tabella allegata sub II al Regolamento Consob 2012 sono stati ridotti di un terzo (i primi sei scaglioni) e della metà (i restanti), rispetto a quelli indicati nella tabella allegata al precedente Regolamento Consob 2008.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. Artt. 21-31, Regolamento Consob.

⁽¹¹²⁾ Cfr. Artt. 32-38, Regolamento Consob.

Ciò detto, prima di esaminare la disciplina di dettaglio dei due modelli di arbitrato, si precisa che il Regolamento Consob del 2012 ha lasciato sostanzialmente invariata la precedente normativa tracciata dal precedente Regolamento Consob del 2008, apportando solo alcuni limitati interventi integrativi relativamente ai criteri di nomina degli arbitri.

VI.1 L'ARBITRATO C.D. ORDINARIO.

VI.1.1 La convenzione d'arbitrato.

L'avvio del procedimento di arbitrato c.d. ordinario presuppone l'esistenza di una clausola compromissoria all'interno dei contratti d'intermediazione finanziaria che richiami espressamente le norme del D.Lgs 8 ottobre 2007, n. 179 ed il Regolamento Consob o faccia comunque rinvio all'arbitrato amministrato dalla Camera. In alternativa, è necessaria una concorde richiesta scritta delle parti di volere questa forma di arbitrato, di talché, anche quando non esiste tra le parti una clausola compromissoria che rinvia all'arbitrato disciplinato Regolamento Consob, ciascuna parte può farne richiesta scritta con gli atti indicati dall'art. 810, c. 1, c.p.c.. In questo caso, tuttavia, perché l'arbitrato possa svolgersi è necessario che l'adesione a tale richiesta pervenga alla Camera non oltre il termine stabilito dell'art. 24, c. 2, Regolamento Consob per il deposito dell'atto congiunto di nomina dell'arbitro unico o del terzo arbitro (i.e. dieci giorni dalla scadenza del termine di cui all'art. 810, c. 1, c.p.c.). In mancanza di tale adesione, la Camera informa senza indugio le parti e gli arbitri di non poter amministrare lo svolgimento dell'arbitrato.

Tanto premesso, è rilevante sottolineare che l'art. 6, D.Lgs 8 ottobre 2007, n. 179 prevede la sostanziale **facoltatività** dell'arbitrato Consob per l'investitore. Infatti, anche in presenza di una clausola compromissoria inserita nei contratti d'intermediazione finanziaria che faccia espressamente riferimento alle norme che disciplinano l'arbitrato Consob, l'**investitore** resta sempre **libero** di adire direttamente la giustizia ordinaria evitando il procedimento arbitrale, mentre il solo ad essere **vincolato** è l'**intermediario**, salvo il caso in cui la clausola compromissoria abbia formato oggetto di trattativa diretta, poiché in questa eventualità anche l'investitore è obbligato a intraprendere la strada dell'arbitrato se intende agire nei confronti dell'intermediario.

La regola (facoltatività dell'arbitrato per l'investitore) e l'eccezione (obbligatorietà quando la clausola sia il risultato di trattativa diretta) consentono d'individuare la *ratio* della disposizione nell'esigenza di tutelare l'investitore che, nel firmare il contratto con l'intermediario, potrebbe non avere piena consapevolezza della presenza di una clausola compromissoria e, a motivo di ciò, potrebbe essere costretto a "subire" un procedimento arbitrale, senza possibilità di rivolgersi all'autorità giudiziaria ordinaria. Quando, invece, la clausola compromissoria è stata oggetto di una specifica trattativa, allora l'investitore - avendo operato una scelta consapevole - non si può sottrarre alla procedura arbitrale che diventa l'unica strada attraverso cui far valere eventuali violazioni di legge compiute dall'intermediario (purché si rientri nell'ambito di applicazione oggettivo come definito sopra sub par. II.2).

Fermo quanto sopra, si è rilevato che nel contesto dell'arbitrato Consob la normativa si riferisce solo alla "clausola compromissoria" e non anche al compromesso ⁽¹¹³⁾. Tuttavia, non sembrano esservi motivi ostativi alla possibilità che le parti di un contratto d'intermediazione finanziaria, dopo il sorgere di una controversia tra le stesse, si accordino per devolverla a giudizio arbitrale avvalendosi di un compromesso *ad hoc* (anche se è ragionevole pensare che questa eventualità sia praticamente improbabile). La ragione per la quale il legislatore - nell'art. 6 del D.Lgs. 8 ottobre 2007 - faccia riferimento unicamente alla clausola compromissoria e non anche al compromesso è forse da ricercare nella volontà del legislatore di tutelare l'investitore quando la scelta è fatta al momento della sottoscrizione del contratto e la controversia con l'intermediario

⁽¹¹³⁾ Cfr. SANGIOVANNI, *La disciplina dell'arbitrato Consob*, in *Le società*, 2012, p. 316.

è meramente eventuale. Diversamente, nel caso di compromesso, la controversia è già insorta e chi firma un apposito atto di devoluzione ad arbitrato ben conosce quali sono le conseguenze immediate del proprio comportamento, talché gli impedito di revocare la scelta effettuata. Per questa ragione il compromesso non viene menzionato nell'art. 6, D.Lgs. 8 ottobre 2007, il cui unico (ma importante) contenuto precettivo consiste allora - in deroga all'art. 808 c.p.c. - nell'affermare che **la clausola compromissoria non è vincolante a meno che non sia stata frutto di una trattativa diretta con l'intermediario.**

Orbene, posto che nella totalità dei casi il contratto d'intermediazione finanziaria è predisposto dall'intermediario e viene sottoscritto, sostanzialmente per adesione, dall'investitore, si pone il tema di capire quando una clausola compromissoria inserita nel contratto possa dirsi frutto di "trattativa diretta".

Astrattamente sono state prospettate due diverse interpretazioni ⁽¹¹⁴⁾:

- quando la clausola è stata oggetto di specifica approvazione per iscritto da parte dell'investitore (si tratta del modello previsto dall'art. 1341, c. 2, c.c. per le clausole particolarmente favorevoli per chi le ha predisposte); oppure,
- quando la clausola è stata oggetto di vere e proprie apposite negoziazioni tra le parti.

Considerato che la *ratio* della "trattativa diretta" è - come si è detto - quella di far sì che i soggetti deboli del rapporto contrattuale (gli investitori) acquisiscano piena contezza del significato della clausola che sottoscrivono, la seconda opzione interpretativa è senz'altro quella preferibile, tuttavia la stessa pone non trascurabili problemi sotto il profilo probatorio per l'intermediario. Infatti, la prova dell'avvenuta trattativa "diretta" è assai ardua, per non dire diabolica (in questo senso è consigliabile che il testo contrattuale chiarisca come siano avvenute le trattative, evitando tuttavia l'utilizzo di clausole standard che potrebbero essere considerate di "stile" e quindi inidonee a fornire prova delle trattative) ed è quindi ragionevole pensare che l'eventuale eccezione di compromesso sollevata dall'intermediario nel corso del procedimento ordinario avviato dall'investitore è destinata ad essere respinta.

In dottrina non è mancato chi ha rilevato come tale disposizione, collocata all'interno di un procedimento arbitrale che già di per sé non può essere considerato vessatorio per il risparmiatore (si tratta, come si vedrà nel proseguo, di un arbitrato

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. SANGIOVANNI, *op. cit.*, p. 316-317.

rituale e di diritto, con un procedimento inderogabile che prevede tra l'altro un regime d'impugnativa che consente di far sempre valere violazioni di norme di diritto e un regime di ripartizione delle spese estremamente peculiare), finisce in realtà per costituire uno strumento di protezione eccessiva per il risparmiatore che, anziché rendere più efficace ed utile lo strumento arbitrale, rappresenta un serio ostacolo alla sua concreta diffusione (in tal senso sono esemplificativi i dati relativi ai primi dieci mesi di operatività della Camera, v. *infra* par. VII) ⁽¹¹⁵⁾.

VI.1.2 Il procedimento.

Per quanto concerne le norme del procedimento, l'art. 5, D.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 aveva previsto che la Consob nel dettare la disciplina attuativa dell'arbitrato dovesse tener di conto, in quanto applicabili, degli artt. 34, 35 e 36 del D.lgs 17 gennaio 2003, n. 5 relativi all'arbitrato societario e degli artt. 806 c.p.c. e ss relativi all'arbitrato di diritto comune. Tuttavia, il Regolamento Consob, sin dalla sua prima emanazione, stabilisce che il giudizio arbitrale amministrato dalla Camera è regolato dagli artt. 806 c.p.c. e ss, senza riferimento alcuno agli artt. 34, 35, 36 del D.lgs 17 gennaio 2003, n. 5, come invece richiesto dall'art. 5, D.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 ⁽¹¹⁶⁾.

Le ragioni che hanno determinato il mancato richiamo della disciplina dell'arbitrato societario sono state individuate, *da un lato*, nella incompatibilità tra la struttura del giudizio arbitrale davanti alla Camera e le particolari norme sull'arbitrato societario, caratterizzato da tratti peculiari in ordine alle questioni compromettibili (es. validità di delibere assembleari, con potere cautelare degli arbitri di disporre la sospensione) ed alla natura delle parti in conflitto (soci, società, amministratori, liquidatori e sindaci) e, *dall'altro lato*, nell'assorbimento degli artt. 34, 35, 36 D.lgs 17 gennaio 2003, n. 5 nelle previsioni del codice di rito innovate per effetto del D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 (es. la previsione dell'art. 35, c. 3, D.lgs 17 gennaio 2003, n. 5 che attribuisce agli arbitri il potere di risolvere con cognizione incidentale e senza autorità di giudicato tutte le questioni insorte nel

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. CORSINI, *op. cit.*, p. 368-369.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. Art. 18, c. 1, Regolamento Consob 2008 e Art. 22, c. 1, Regolamento Consob 2012.

giudizio e rilevanti per la decisione, anche se non compromettibili, è stata assorbita nel testo del nuovo art. 819 c.p.c.)⁽¹¹⁷⁾.

L'arbitrato c.d. ordinario amministrato dalla Camera ha natura **rituale** e, salvo quanto previsto dal Regolamento Consob, è disciplinato dalle disposizioni **di diritto comune** di cui agli artt. 806 e ss c.p.c.. Pertanto, qui di seguito si metteranno in evidenza solo le peculiarità del procedimento di arbitrato c.d. ordinario amministrato dalla Consob che valgono a differenziarlo da qualunque altro arbitrato di diritto comune. Si tratta di peculiarità che attengono alla disciplina della sede dell'arbitrato, al numero e alla nomina degli arbitri, alla c.d. *disclosure*, al procedimento di ricusazione, ai termini per la decisione, al regime probatorio e alla disciplina delle spese processuali. Ma procediamo nel dettaglio:

- l'arbitrato ha **sede** presso la Camera, salvo che le parti non dispongano diversamente⁽¹¹⁸⁾. Il Regolamento Consob, anche se non deroga al principio sotteso all'art. 816 c.p.c., ne capovolge la logica dal momento che nell'arbitrato di diritto comune è previsto che, in prima battuta, siano le parti chiamate a determinare la sede dell'arbitrato e, solo se tale scelta non viene compiuta, la determinazione, in seconda battuta, è rimessa agli arbitri; qui, invece, avviene esattamente l'opposto dato che la sede dell'arbitrato è presso la Camera e solo se le parti trovano un accordo la sede può essere modificata;
- la **nomina** degli arbitri è rimessa alla volontà delle parti, che possono scegliere soltanto tra gli iscritti nell'elenco tenuto dalla Camera. Esiste dunque una limitazione al principio di libertà delle parti tradizionalmente attuato in modo pieno all'interno delle procedure di arbitrato *ad hoc*. La loro nomina avviene con modalità differenti a seconda che si tratti di arbitro unico o di collegio arbitrale. Nel primo caso, l'arbitro viene nominato con atto congiunto delle parti da depositarsi presso la Camera entro dieci giorni dalla scadenza del termine previsto dall'art. 810, c. 1, c.p.c.⁽¹¹⁹⁾; nel secondo caso, invece, due arbitri vengono nominati dalle parti con gli atti di cui

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. CAVALLINI, *op.cit.*, p. 1450 e ss; MANCINI, *Sul regolamento di attuazione del D.Lgs 8 ottobre 2007, n. 179 (Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob, in Riv. arb., 2008, p. 351 - 352.*

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. Artt. 23, Regolamento Consob.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. Art. 24, c. 2, lett. a), Regolamento Consob.

all'art. 810, c. 1, c.p.c., mentre il terzo arbitro, chiamato a svolgere le funzioni di presidente del collegio, è nominato con atto congiunto delle parti o degli arbitri da queste nominati, da depositarsi presso la Camera entro dieci giorni dalla scadenza del termine previsto dall'art. 810, c. 1, c.p.c. ⁽¹²⁰⁾. Nell'ottica di un maggior grado indipendenza e imparzialità del giudizio e rapidità al procedimento, sarebbe stato forse preferibile disporre che l'arbitro unico fosse sempre nominato dalla Camera anche tenuto conto del criterio direttivo contenuto nell'art. 5, c. 1, D.Lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, che invitava la Consob a tener conto anche dell'art. 34 D.Lgs 17 gennaio 2003, n. 5 ⁽¹²¹⁾. Peraltro, il nuovo Regolamento Consob prevede che, in deroga all'art. 816-quater c.p.c., l'arbitro unico ovvero il collegio arbitrale è sempre nominato dalla Camera quando le parti sono più di due ⁽¹²²⁾, non si vede dunque perché una previsione analoga non sia stata introdotta anche per l'ipotesi "standard" di un arbitrato a due parti. In ogni caso, qualora le parti non abbiano tempestivamente nominato gli arbitri, la Camera svolge un ruolo suppletivo e vi provvede entro quindici giorni dalla scadenza del termine previsto per il deposito dell'atto di nomina dell'arbitro unico o del terzo arbitro ⁽¹²³⁾.

Avuto riguardo dei criteri di nomina degli arbitri, il nuovo Regolamento Consob stabilisce che la Camera debba ispirarsi ai principi di equa distribuzione degli incarichi e di tendenziale parità di trattamento tra uomini e donne e debba tener di conto *(i)* dell'esperienza e conoscenza maturata dall'arbitro sulle questioni specifiche oggetto della controversia e più in generale sulla materia finanziaria; *(ii)* numero di controversie già assegnate al medesimo arbitro nei dodici mesi; *(iii)* vicinanza del luogo di domicilio dell'arbitro alla sede dell'arbitrato, quando l'arbitrato non ha sede presso la Camera ⁽¹²⁴⁾.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. Art. 24, c. 2, lett. b), Regolamento Consob.

⁽¹²¹⁾ Cfr. Art. 24, c. 2, lett. a), Regolamento Consob.

⁽¹²²⁾ Cfr. Art. 24, c. 6, Regolamento Consob.

⁽¹²³⁾ Sul punto v. CORSINI, *op. cit.*, p. 364.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. Art. 24, c. 4, Regolamento Consob.

In ogni caso, la scelta degli arbitri deve cadere tra i soggetti iscritti nell'apposito elenco tenuto dalla Camera e devono appartenere ad una delle seguenti categorie: (i) professori universitari di ruolo, ordinari o associati, anche in quiescenza, in discipline economiche o giuridiche; (ii) magistrati ordinari, amministrativi o contabili, anche in quiescenza, con almeno dodici anni di servizio anche non consecutivi; (iii) avvocati iscritti, o che siano stati iscritti, agli albi ordinari e speciali ovvero abilitati o già abilitati al patrocinio avanti alle magistrature superiori; (iv) commercialisti iscritti, o che siano stati iscritti, nella sezione A) dell'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili per un periodo complessivo, anche non continuativo, di almeno dodici anni; (v) notai iscritti, o che siano stati iscritti, al ruolo notarile per un periodo complessivo, anche non continuativo, di almeno dodici anni; (vi) dirigenti di amministrazioni dello Stato, di organi Costituzionali, o di Autorità indipendenti anche in quiescenza, con almeno dodici anni di anzianità complessiva di servizio presso tali enti, laureati in discipline economiche o giuridiche ⁽¹²⁵⁾;

- a garanzia della imparzialità dell'organo decidente, il Regolamento Consob contempla un obbligo di c.d. **disclosure** per gli arbitri analogo a quanto è previsto nei regolamenti delle principali istituzioni arbitrali ⁽¹²⁶⁾, ma assente nella disciplina dell'arbitrato di diritto comune. Gli arbitri, all'atto di accettazione della nomina, devono rilasciare una dichiarazione che attesti l'inesistenza di: (i) rapporti con le parti e con i loro difensori tali da incidere sulla propria imparzialità e indipendenza; e, (ii) ogni personale interesse, diretto o indiretto, relativo all'oggetto della controversia ⁽¹²⁷⁾;
- la Camera gestisce e decide le istanze di **ricusazione** dell'arbitro, una volta sentito l'arbitro ricusato e le parti e assunte, quando occorre, sommarie informazioni. A differenza di quanto accade è previsto dall'art. 815 c.p.c. per l'arbitrato di diritto comune, l'istanza di ricusazione **sospende**

⁽¹²⁵⁾ Cfr. Art. 7, c. 3, Regolamento Consob.

⁽¹²⁶⁾ Cfr. Art. 18, Regolamento Camera Arbitrale di Milano, l'Art. 7 del Regolamento ICC e l'Art. 5 del Regolamento della *London Court of International Arbitration*.

⁽¹²⁷⁾ Cfr. Art. 26, Regolamento Consob.

immediatamente il procedimento ⁽¹²⁸⁾. La ragione di una tale previsione sembra doversi rinvenire nella velocità con cui auspicabilmente verrà definita dalla Camera la procedura di ricusazione ⁽¹²⁹⁾. Sul punto, occorre altresì segnalare che la manifesta inammissibilità e/o infondatezza della istanza di ricusazione viene valutata dagli arbitri in occasione della liquidazione delle spese sostenute dalle parti per conseguire la decisione, salvo quanto previsto dal Regolamento Consob in caso di soccombenza dell'investitore (v. *infra*) ⁽¹³⁰⁾;

- per quanto riguarda il **regime probatorio**, nonostante l'assenza di disposizioni specifiche sia nella legge delega (l. 28 dicembre 2005, n. 262), sia nel decreto legislativo (D.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179), si ritiene che nel procedimento arbitrale amministrato dalla Consob possa trovare applicazione l'art. 23 TUF ⁽¹³¹⁾. Tale disposizione prevede uno speciale regime probatorio nel caso di controversie risarcitorie contro gli intermediari finanziari avanti l'autorità giudiziaria statale. In particolare, l'onere della prova in ordine al fatto di aver agito con la specifica diligenza richiesta ricade sui soggetti abilitati e quindi, nel caso di specie, sull'intermediario. Posto che le controversie relative alla violazione degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza nascenti da un contratto di intermediazione finanziaria rientrano nell'ambito di applicazione del TUF, la disciplina probatoria prevista dall'art. 23 TUF deve essere applicata pur in mancanza di un espresso richiamo. Del resto, se si ritenesse che il regime probatorio di cui all'art. 23 TUF non potesse trovare applicazione nel procedimento arbitrale *de quo*, l'investitore scegliendo l'arbitrato presso la Consob vedrebbe modificata in senso deteriore la propria posizione rispetto a quella che avrebbe in sede giurisdizionale, senza dimenticare il rischio di vessatorietà della clausola compromissoria *ex art. 33, c. 2, lett. c)*

⁽¹²⁸⁾ Cfr. SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, 2010, p. 310 e ss.

⁽¹²⁹⁾ Cfr. Art. 27, Regolamento Consob.

⁽¹³⁰⁾ Cfr. Art. 27, c. 2, Regolamento Consob.

⁽¹³¹⁾ Cfr. CAVALLINI, *La camera di conciliazione e arbitrato della Consob*, cit., p. 1450 e ss; MANCINI, *I nuovi strumenti processuali di tutela degli investitori: l'arbitrato amministrato dalla Consob*, op. cit., p. 683; contra CARIDI, *Legge sul risparmio*, cit., p. 262.

cod. cons, nonché la *ratio* dell'istituto di assicurare una tutela più forte ed efficace per l'investitore nei rapporti con gli intermediari finanziari;

- la pronuncia del lodo deve avvenire nel termine di **centoventi giorni** dall'accettazione della nomina degli arbitri, ossia un termine dimezzato rispetto a quello previsto per l'arbitrato di diritto comune (art. 820 c.p.c.). E' comunque possibilità una proroga di centoventi giorni nei casi previsti dall'art. 820 c.p.c., contro i centottanta giorni previsti per l'arbitrato di diritto comune ⁽¹³²⁾;
- l'impugnazione del lodo emesso all'esito della procedura arbitrale amministrata dalla Camera presso la Consob è disciplinata dalle norme di diritto comune (art. 829 c.p.c.), con la precisazione che è sempre ammessa **l'impugnazione anche per violazione di norme di diritto** (cfr. Art. 5, c. 3, D.Lgs. 8 ottobre 2007, n. 179);
- la disciplina sull'**anticipazione delle spese** prevista dal Regolamento Consob è differente dalla disciplina di diritto comune contenuta nell'art. 816-septies c.p.c. (ove sono gli arbitri salvo diverso accordo delle parti a determinare la misura dell'anticipazione a carico di ciascuna parte), atteso che l'importo d'anticipo è determinato dalla Camera, a seguito di proposta (da ritenersi non vincolante) degli arbitri ⁽¹³³⁾. Inoltre, il Regolamento Consob prevede che siano anticipate anche le spese di difesa che le parti sosterranno per ottenere la decisione e gli arbitri devono stabilirne i criteri di ripartizione tra le parti. A tale riguardo, è stato correttamente rilevato ⁽¹³⁴⁾, che si tratta di una previsione assai peculiare e di difficile applicazione concreta, dovendo gli arbitri, in pratica, già alla loro prima "riunione" esprimere - di fatto - un giudizio prognostico di soccombenza (il che è inverosimile). Qualora poi gli arbitri optassero per un anticipo in porzioni eguali tra le parti, tale anticipo avrebbe poco senso. E' quindi auspicabile che la norma sia applicata con buon senso e che quantomeno l'acconto sia

⁽¹³²⁾ Cfr. Art. 29, Regolamento Consob.

⁽¹³³⁾ Cfr. Art. 25, c. 4, Regolamento Consob.

⁽¹³⁴⁾ Così CORSINI, *op. cit.*, p. 366.

richiesto soltanto per i diritti e spese degli arbitri e non anche per quelli degli avvocati di parte ⁽¹³⁵⁾;

- infine, le **tariffe del procedimento arbitrale** sono stabilite dalla Consob e sono liquidate dagli arbitri all'interno del lodo. Contrariamente a quanto previsto dall'art. 814, c. 2, c.p.c. (in base al quale la liquidazione delle spese e dell'onorario effettuato direttamente dagli arbitri **non** è vincolante per le parti che **non** l'accettano), il Regolamento Consob ha previsto un meccanismo in forza del quale è la Camera, dietro proposta degli arbitri, a provvedere alla liquidazione delle spese e dell'onorario (secondo la Tabella allegata al Regolamento Consob) e la liquidazione così effettuata è **vincolante per le parti** ⁽¹³⁶⁾. Il meccanismo di ripartizione delle spese è peculiare dal momento che, per certi versi, **deroga al principio della soccombenza**. Più precisamente, nel caso di soccombenza parziale o totale dell'investitore non determinata dalla temerarietà della pretesa azionata, gli onorari degli arbitri sono comunque posti a carico in egual misura di entrambe parti e le spese di difesa sono interamente compensate ⁽¹³⁷⁾. L'obbiettivo della disposizione è evidentemente quello incentivare il ricorso all'arbitrato da parte degli investitori, ma così facendo produce anche l'effetto (senz'altro non desiderato) di disincentivare gli intermediari all'inserzione nei contatti con gli investitori di clausole compromissorie che devolvano la controversia all'arbitrato amministrato dalla Camera, con ovvie conseguenze (negative) in termini di diffusione dell'istituto ⁽¹³⁸⁾.

VI.2 L'ARBITRATO C.D. SEMPLIFICATO.

Accanto all'arbitrato c.d. ordinario la Camera amministra anche un **procedimento arbitrale c.d. semplificato**, finalizzato a ristorare il “solo danno

⁽¹³⁵⁾ Così CORSINI, *op. cit.*, p. 366.

⁽¹³⁶⁾ Cfr. Art. 31, c. 2, Regolamento Consob.

⁽¹³⁷⁾ Cfr. Art. 31, c. 5, Regolamento Consob.

⁽¹³⁸⁾ Cfr. BASTIANON, *La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione ed arbitrato presso la Consob, op. cit.*, p. 14. E' appena il caso di sottolineare che i dati attualmente disponibili mostrano come nei primi mesi di operatività (21 marzo 2011 - 17 gennaio 2012) non è pervenuta alla Camera alcuna istanza di arbitrato, a fronte, invece, di n. 284 istanze di conciliazione (cfr. Camera di conciliazione e arbitrato - Fallimenti, analisti costi benefici e opzioni regolamentari, Roma - 14 marzo 2012, pubblicata su www.consob.it).

patrimoniale” sofferto dall’investitore a causa dell’inadempimento degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza da parte dell’intermediario, mediante la determinazione di un “indennizzo” ⁽¹³⁹⁾. Insomma è esclusa la possibilità per l’investitore di ricorrere a questa tipologia di arbitrato ogniqualvolta lamenti di aver subito un pregiudizio ulteriore e diverso da quello squisitamente patrimoniale (v. *infra*).

L’arbitrato c.d. semplificato si snoda attraverso un procedimento più snello e veloce dell’arbitrato c.d. ordinario e, anche a motivo di ciò, la sua attivazione è subordinata al rispetto di ben precise condizioni di ammissibilità. Precisamente: (i) la convenzione d’arbitrato deve contenere un espresso riferimento a questa particolare forma di arbitrato (non è dunque sufficiente il riferimento al D.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, ma sarà necessario richiamare le specifiche disposizioni del Regolamento Consob che disciplinano l’istituto in parola) ⁽¹⁴⁰⁾; (ii) l’istanza di accesso alla procedura può essere presentata esclusivamente dall’investitore non professionale, a differenza di quanto accade per l’arbitrato ordinario dove (teoricamente) la procedura può essere avviata anche dall’intermediario (ma come si è osservato sopra sub. par II.2, si tratta di un’ipotesi teorica) ⁽¹⁴¹⁾; e, infine, (iii) l’investitore deve avere preventivamente presentato all’intermediario un reclamo a cui sia stata fornita risposta negativa, ovvero siano trascorsi novanta giorni o un termine più breve stabilito dall’intermediario per la trattazione del reclamo senza che l’investitore abbia ottenuto alcuna ⁽¹⁴²⁾.

Nell’arbitrato c.d. semplificato gli arbitri hanno una **cognizione sommaria** della controversia poiché basata esclusivamente su prove precostituite ⁽¹⁴³⁾. Non è infatti ammessa la possibilità di assumere prove (es. escussione testimoni, consulenza tecnica d’ufficio, etc...) che richiederebbero un’istruttoria incompatibile con i principi di rapidità e concentrazione che ispirano questa forma di arbitrato.

In questo senso, a garanzia della rapidità del procedimento è previsto un **rigido sistema di preclusioni** sulla base del quale le prove devono essere introdotte (a pena di decadenza), rispettivamente, dall’investitore con la domanda di accesso e

⁽¹³⁹⁾ Cfr. Art. 3-5, D.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179.

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. Art. 33, c. 1, Regolamento Consob.

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. Art. 33, c., 2, Regolamento Consob.

⁽¹⁴²⁾ Cfr. Art. 33, c. 3, Regolamento Consob.

⁽¹⁴³⁾ Cfr. Art. 32, c. 3, e art. 37, c. 2, Regolamento Consob.

dall'intermediario con l'atto di risposta ⁽¹⁴⁴⁾. L'intermediario deve depositare anche tutta la documentazione relativa al rapporto contrattuale analogamente a quanto accade per il tentativo di conciliazione ⁽¹⁴⁵⁾. Si tratta quindi di una forma di arbitrato consigliabile per i casi meno complessi che necessitano di un'istruttoria semplice di tipo documentale.

Il procedimento si svolge sempre dinanzi ad un **arbitro unico** la cui nomina deve essere effettuata dalle parti congiuntamente tramite un atto da depositarsi presso la Camera entro dieci giorni della scadenza del termine previsto dall'art. 810, c. 1, c.p.c.. In difetto, è la Camera a provvedere entro i successivi quindici giorni ⁽¹⁴⁶⁾

La fase di trattazione deve tendenzialmente esaurirsi nella prima (ed unica) udienza che si tiene entro quindici giorni dalla accettazione dell'arbitro unico e nel corso della quale l'arbitro unico, verifica la regolarità del contraddittorio, interroga liberamente le parti e richiede ad esse i chiarimenti necessari, nonché indica le questioni rilevabili d'ufficio sui cui ritiene opportuna la trattazione. Al termine della trattazione, l'arbitro unico invita le parti a precisare le conclusioni, salvo che ricorrano particolari condizioni che consiglino la fissazione di una seconda udienza da celebrarsi (es. esigenze di tipo istruttorio a carattere esibitorio), in ogni caso, entro i successivi venti giorni ⁽¹⁴⁷⁾.

Una volta precisate le conclusioni, il procedimento si chiude con la pronuncia di un **lodo secondo diritto** emesso sulla base delle evidenze documentali (*rebus sic stantibus*), tenuto conto del contegno e delle deduzioni sollevate dalle parti nel corso dell'udienza ⁽¹⁴⁸⁾. La particolarità di questa forma di arbitrato è data dal fatto che, in caso di accoglimento della domanda, l'arbitro può solo condannare l'intermediario a pagare all'investitore una somma di denaro a titolo d'**indennizzo**, idonea a ristorare il solo danno patrimoniale sopportato in conseguenza (immediata e diretta) dell'inadempimento dell'intermediario, nei limiti della quantità per cui ritiene raggiunta la prova ⁽¹⁴⁹⁾. Il lodo così pronunciato deve poi essere depositato presso la segreteria della Camera che lo sottopone alla Consob per ottenere il visto di regolarità formale.

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr.. Art. 32, c. 3, Regolamento Consob.

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr.. Art. 32, c. 3, Regolamento Consob.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr.. Art. 35, Regolamento Consob.

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr.. Art. 36, Regolamento Consob.

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr.. Art. 36, Regolamento Consob.

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr.. Art. 37, Regolamento Consob.

Proprio perché il lodo di accoglimento può avere solo questo tipo di contenuto - si è correttamente parlato di **procedimento arbitrale speciale a “oggetto limitato”** ⁽¹⁵⁰⁾ - l'investitore può sempre adire l'autorità giudiziaria e richiedere la condanna dell'intermediario al maggior danno subito a seguito dell'inadempimento contrattuale, oltre all' “indennizzo” già stabilito ⁽¹⁵¹⁾.

Occorre precisare che, di fronte all'autorità giudiziaria, all'investitore non sarà mai possibile ottenere nuova deliberazione e decisione sull'*an debeatur*, ma esclusivamente sul *quantum debeatur* seppur nella prospettiva del riconoscimento del maggior danno rispetto all'indennizzo ottenuto (maggior danno che deve derivare da elementi non considerati nel giudizio arbitrale), talché nel caso in cui il giudizio arbitrale si sia concluso con il mancato accertamento dell'inadempimento dell'intermediario e il conseguente diniego dell' “indennizzo”, deve ritenersi preclusa all'investitore la possibilità di adire l'autorità giudiziaria ordinaria ⁽¹⁵²⁾.

Un'importante questione che si è posta all'attenzione dei commentatori concerne la **natura dell'indennizzo** che può essere accordato dall'arbitro all'investitore. In estrema sintesi, si è rilevato che tale indennizzo astrattamente può essere qualificato come una pena privata, oppure un indennizzo di tipo civilistico, oppure ancora una provvisoria sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 278 c.p.c. ⁽¹⁵³⁾.

In realtà, la soluzione preferibile e più corretta sembra essere quella che considera l'indennizzo come provvisoria risarcitoria, vale a dire "*una anticipazione parziale e provvisoria del risarcimento dei danni causati all'investitore dall'inadempimento dell'intermediario agli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza*" ⁽¹⁵⁴⁾. In questo senso assumono carattere

⁽¹⁵⁰⁾ SANGIOVANNI, *La disciplina dell'arbitrato Consob*, 2012, p. 315.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. Art. 3, D.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179.

⁽¹⁵²⁾ Cfr. SERRA, *op. cit.*, pag. 266 e SOLDATI, *op. cit.*, p. 428.

⁽¹⁵³⁾ Cfr. BASTIANON, *op. cit.*, p. 16; MANCINI, *I nuovi strumenti processuali di tutela degli investitori: l'arbitrato amministrato dalla Consob*, *op. cit.*, p. 681 ss.

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. MANCINI, *I nuovi strumenti processuali di tutela degli investitori: l'arbitrato amministrato dalla Consob*, *op. cit.*, p. 680 la quale, inoltre, rileva che in senso contrario alla qualificazione dell'indennizzo come pena privata depone il fatto che "*il riconoscimento di una pena privata prescinde dall'esistenza del danno e dalla sua prova ed è disposta automaticamente in caso di accertamento della violazione di una norma, mentre (...) il riconoscimento dell'indennizzo è subordinato all'accertamento, anche se sommario, del pregiudizio patrimoniale subito dall'investitore oltre all'accertamento, questa volta pieno, della violazione degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza da parte dell'intermediario*"; inoltre, in senso contrario alla qualificazione dell'indennizzo in parola come indennizzo in senso tecnico-civilistico depone il fatto che "*le caratteristiche peculiari di tale istituto sono tre: il*

assorbente i seguenti indici letterali:

- l'art. 37, c. 2, Regolamento Consob ove si prevede che l'indennizzo è finalizzato al ristoro del solo danno patrimoniale subito dall'investitore in conseguenza dell'inadempimento dell'intermediario agli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza. In altri termini, poiché il riconoscimento a favore dell'investitore dell'indennizzo presuppone, sempre e comunque, l'accertamento del danno subito, la natura di tale indennizzo non può che essere risarcitoria ⁽¹⁵⁵⁾;
- l'art. 3, c. 3, D.lgs. n. 8 ottobre 2007, n. 179 riconosce all'investitore il diritto di ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria per ottenere anche il risarcimento del maggior danno subito in conseguenza dell'inadempimento dell'intermediario, oltre all'indennizzo già stabilito. Pertanto, se l'investitore ha la possibilità di ottenere il pieno ed integrale ristoro di tutti i danni subiti, non par dubbio che l'indennizzo finalizzato a ristorare il solo danno patrimoniale ben possa essere configurato come un'anticipazione provvisoria e parziale del danno subito. Rispetto alla provvisoria prevista dall'art. 278 c.p.c., tuttavia, l'indennizzo in esame si caratterizza per il fatto di essere riconosciuto all'esito di una procedura a cognizione sommaria. Sul punto, infatti, è stato osservato che "*nel procedimento ordinario la condanna provvisoria presuppone un accertamento con cognizione piena del diritto al risarcimento del danno; nel procedimento arbitrale, invece, la determinazione dell'indennizzo è compiuta sulla base delle sole prove precostituite introdotte dalle parti e nei limiti per cui si ritiene raggiunta la prova*" ⁽¹⁵⁶⁾:

presupposto del suo riconoscimento è un fatto lecito, la sua determinazione è frutto di una valutazione equitativa dell'organo decidente; infine, il ristoro ottenuto con l'indennizzo è esclusivo". V. anche CARLEO, *op. cit.*, p. 394-395 ove si evidenzia che "a prescindere dalle diverse funzioni che può assumere l'indennità, in ogni caso è certamente diverso il criterio di determinazione rispetto al risarcimento. Infatti, l'indennità è liquidata non già mediante l'applicazione di parametri obbiettivi necessari e vincolanti per la esatta applicazione dell'equivalente in moneta del pregiudizio subito (quali sono appunto il danno emergente ed il lucro cessante ai fini della determinazione del risarcimento "per equivalente"), bensì essa - nella variegata pluralità delle ipotesi tipiche - è con maggiore libertà determinata dal Giudice, il quale è di solito chiamato ad un apprezzamento equitativo, che può essere più o meno discrezionale, a seconda che la legge stabilisca o meno la necessaria considerazione di particolari circostanze del caso o altri vincoli per la sua determinazione"; FIORUZZI-MAMONE, *op. cit.*; PIERUCCI, *op. cit.*, p. 334 e ss.

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. MANCINI, *I nuovi strumenti processuali di tutela degli investitori: l'arbitrato amministrato dalla Consob*, *op. cit.*, p. 681 ss.

⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. MANCINI, *Sul regolamento di attuazione del decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179 (Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob)*, *op. cit.*, p. 360. Cfr., altresì, il documento della Consob recante gli esiti della consultazione, 5 gennaio 2009, cit., 39, ove si afferma che "*il lodo riconosce al risparmiatore un indennizzo al fine di ristorarlo delle conseguenze pregiudizievoli di matrice esclusivamente patrimoniale derivanti dall'inadempimento dell'intermediario, laddove l'arbitro abbia accertato l'an debeatur*

- la relazione illustrativa del D.lgs. n. 8 ottobre 2007, n. 179 afferma che *“l’indennizzo sarà ovviamente commisurato al danno derivante dalla violazione accertata, rilevandosi che, in mancanza di danno, dovrà constatarsi nei riguardi dell’attore, la carenza d’interesse alla decisione, valendo l’atto introduttivo quale mera segnalazione di una condotta che potrà eventualmente dar luogo ad una procedura sanzionatoria da parte dell’autorità”*. Tale inciso, oltre a ribadire l’autonomia tra la decisione rimessa alla Camera e la vigilanza svolta dalla Consob, consente di ritenere che il risarcimento (anche parziale) riconosciuto all’investitore resta sempre saldamente ancorato alle regole che governano la responsabilità civile (che scaturisce dalla violazione da parte degli intermediari dei propri doveri di comportamento); pertanto, il c.d. indennizzo non può essere considerato come una sorta di impropria fideiussione imposta a carico dell’intermediario o altra forma di garanzia dell’investimento in favore dell’investitore. Se così è, non possono residuare dubbi sul fatto che l’indennizzo non coincida con la restituzione dell’intera somma investita e non recuperata (magari già maggiorata dagli interessi), con salvezza delle eventuali ulteriori conseguenze pregiudizievoli da richiedersi a titolo di “risarcimento del maggior danno”⁽¹⁵⁷⁾.

Infine, il lodo semplificato (che abbia o non abbia riconosciuto l’indennizzo)⁽¹⁵⁸⁾ è sempre suscettibile di essere impugnato sia da parte dell’intermediario, sia da parte dell’investitore per i motivi di cui all’art. 829 c.p.c., nonché per **motivi di diritto**, con la peculiarità che la Corte d’Appello, quando accoglie l’impugnazione per nullità, in deroga

(sempre sulla base della delibazione da compiersi sulla base degli atti). Il quantum debeatur, da corrispondere all’investitore a titolo di indennizzo, sarà costituito dalla somma in relazione alla quale si reputa raggiunta la prova, rebus sic stantibus”.

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. CARLEO, *op. cit.*, p. 396-397.

⁽¹⁵⁸⁾ E’ appena il caso di ricordare che l’art. 5 del D.Lgs. 8.10.2007, n. 179 parla testualmente di lodo non definitivo. Tuttavia, il lodo non definitivo racchiude la soluzione di questioni preliminari di merito o pregiudiziali di rito insorte nell’arbitrato; è il lodo parziale di merito che, semmai, rappresenterebbe l’unico provvedimento formale interlocutorio idoneo al riconoscimento dell’indennizzo, anche perché (unico) suscettibile di deposito e attribuzione di esecutorietà e di impugnazione immediata per *errores in iudicando*. In ogni caso, nel corso della procedura di arbitrato semplificato, il lodo che viene emesso chiude il processo e “risponde” integralmente alla domanda dell’attore, rigettandola ovvero accogliendola, talché sembra improprio l’utilizzo dell’espressione lodo non definitivo o lodo imparziale (così CAVALLINI, *op. cit.*, p. 1452). Correttamente nel Regolamento Consob si utilizza l’espressione di lodo semplificato, unicamente per indicare che si tratta di lodo pronunciato all’esito di un procedimento più snello e meno complesso (semplificato insomma) rispetto a quello ordinario.

all'art. 830 c.p.c. ⁽¹⁵⁹⁾ **non** può mai decidere la controversia nel merito ⁽¹⁶⁰⁾. Il Regolamento Consob si discosta da quanto stabilito dall'art. 830 c.p.c. ragionevolmente perché il legislatore ha inteso evitare di trasferire innanzi alla Corte d'Appello un giudizio di merito che, atteso il carattere semplificato della procedura arbitrale, può essere più rapidamente ed efficacemente svolto davanti all'arbitro ⁽¹⁶¹⁾.

* * *

VII. PRIME APPLICAZIONI E SPUNTI DI RIFORMA.

In conclusione è utile fornire alcuni “numeri” relativi alle procedura amministrata dalla Camera di Conciliazione e di Arbitrato durante i primi mesi di operatività, nonché esporre alcuni spunti di (ulteriore) riforma che si sono prospettati in fase di predisposizione del Regolamento Consob attualmente in vigore.

Quanto ai “numeri”, un interessante studio diffuso dalla Consob unitamente al Documento di Consultazione del 5 aprile 2012 ⁽¹⁶²⁾ ha evidenziato che nei primi 10 mesi di operatività della Camera ⁽¹⁶³⁾ le istanze di conciliazione pervenute sono state pari a 284 (insomma circa una al giorno), tuttavia nel 42% dei casi gli intermediari non hanno aderito al procedimento avviato dall'investitore. Nel restante 58% dei procedimenti ove gli intermediari hanno prestato adesione, la conciliazione è riuscita nel 71% dei casi (pari al 13% di tutte istanze avviate), mentre solo nel 29% dei casi l'esito è stato negativo (pari quindi al 6% di tutte le istanze avviate).

Insomma, *per un verso*, la procedura di conciliazione amministrata dalla Camera ha dimostrato di essere conosciuta e utilizzata dal pubblico degli investitori ma, *per altro*

⁽¹⁵⁹⁾ L'art. 830 c.p.c. prevede che “La corte d'appello decide sull'impugnazione per nullità e, se l'accoglie, dichiara con sentenza la nullità del lodo. Se il vizio incide su una parte del lodo che sia scindibile dalle altre, dichiara la nullità parziale del lodo. Se il lodo è annullato per i motivi di cui all'articolo 829, commi primo, numeri 5), 6), 7), 8), 9), 11) o 12), terzo, quarto o quinto, la corte d'appello decide la controversia nel merito salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente nella convenzione di arbitrato o con accordo successivo. Tuttavia, se una delle parti, alla data della sottoscrizione della convenzione di arbitrato, risiede o ha la propria sede effettiva all'estero, la corte d'appello decide la controversia nel merito solo se le parti hanno così stabilito nella convenzione di arbitrato o ne fanno concorde richiesta. Quando la corte d'appello non decide nel merito, alla controversia si applica la convenzione di arbitrato, salvo che la nullità dipenda dalla sua invalidità o inefficacia. Su istanza di parte anche successiva alla proposizione dell'impugnazione, la corte d'appello può sospendere con ordinanza l'efficacia del lodo, quando ricorrono gravi motivi”.

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. Art. 38, Regolamento Consob.

⁽¹⁶¹⁾ NASCOSI, *op. cit.*, p. 980.

⁽¹⁶²⁾ Il riferimento è al documento con il quale la Consob ha diffuso il progetto di riforma del Regolamento del 2008 al fine di raccogliere pareri e osservazioni da parte del pubblico.

⁽¹⁶³⁾ La Camera ha iniziato la propria operatività (ricezione istanze di conciliazione e arbitrato) il 21.3.2011 e i dati esaminati nello studio sono quelli raccolti sino al 17.1.2012.

verso, il numero dei procedimenti arrivato ad una conclusione positiva è ancora troppo ridotto rispetto al numero delle istanze presentate e ciò è da imputarsi in larga misura al comportamento degli intermediari che hanno scientemente deciso di non aderire al tentativo di conciliazione promosso dall'investitore, costringendo quest'ultimo ad avvalersi di altri strumenti per veder riconosciuti e tutelati i propri diritti, con ulteriori aggravio di costi e tempi.

Per quanto riguarda i “numeri” dei procedimenti arbitrali, il dato è invece di segno inequivocabilmente negativo, dato che nel corso di 10 mesi di operatività dell'istituto non è pervenuta alla Camera neppure una sola istanza di arbitrato (ordinario o semplificato). Lo studio pubblicato dalla Consob non indica le possibili cause di tale risultato, ma non è da escludere che le motivazioni debbano essere ricercate principalmente nella “scelta” degli intermediari di non inserire il rimedio dell'arbitrato amministrato dalla Camera presso la Consob all'interno dei contratti stipulati con gli investitori e ciò perché, *da un lato*, non sussiste alcun obbligo normativo in tal senso e, *dall'altro lato*, vi è il timore di essere giudicati da un soggetto particolarmente vicino all'autorità chiamata a vigilare sul loro operare nel mercato e, se del caso, ad irrogare sanzioni amministrative.

Le modifiche al Regolamento Consob entrato in vigore il 1° agosto 2012 sono state pensate nell'auspicio di migliorare l'efficienza e l'*appeal* delle procedure di conciliazione e (soprattutto) di arbitrato amministrato dalla Camera e, in particolare, per (i) garantire maggiore celerità (60/120 giorni dell'istanza per concludere la conciliazione/arbitrato) e semplicità delle procedure (altamente informatizzate per la Camera); (ii) migliorare l'economicità e la predeterminazione dei costi per gli utenti (tariffe predefinite, presenza solo eventuale del procuratore nel giudizio di conciliazione); (iii) ridurre la conflittualità tra intermediari e risparmiatori (che possono comporre eventuali controversie evitando il contenzioso giudiziario); (iv) incentivare indirettamente il rispetto dei principi di trasparenza e correttezza delle relazioni con la clientela (*moral suasion* sugli intermediari) migliorando la fiducia del pubblico nei prestatori dei servizi finanziari; (v) alleggerire i carichi di lavoro dei tribunali e fornire uno strumento di risoluzione delle controversie specializzato nel settore del mercato mobiliare; (vi) migliorare l'immagine della Consob, attraverso una gestione efficiente ed efficace della Camera, presso il pubblico dei risparmiatori; (vii) acquisire da parte della Consob *imput* di vigilanza al fine di intervenire sulle materie/vicende maggiormente

controverse.

Si tratterà ora di aspettare la diffusione di nuovi dati per valutare se le modifiche regolamentari sono state inidonee a conseguire i risultati auspicati o se, al contrario, sarà necessario mettere mano alla normativa pensando a modifiche più profonde e radicali, come è già stato prospettato dalla stessa Consob (tanto più oggi a seguito del venir meno della c.d. mediazione obbligatoria e della conseguente necessità di avviare procedimenti stragiudiziali quali la conciliazione amministrata dalla Camera per rendere procedibile l'azione giudiziale in materia di contratti bancari e finanziari).

Il riferimento è, in particolare, alla previsione a livello di normativa primaria (TUF) di un sistema di amministrazione delle controversie presso la Consob ad **adesione obbligatoria** da parte delle banche e degli intermediari, analogamente a quanto accade per l'Arbitro Bancario e Finanziario ⁽¹⁶⁴⁾ che, come si avrà modo di vedere, durante i primi tre anni di applicazioni ha dimostrato di costituire uno strumento conosciuto e utilizzato dai fruitori dei servizi, bancari e finanziari e, soprattutto, rispondente ai principi di efficienza, economicità, semplicità e rapidità a cui il legislatore aveva inteso ispirarsi ⁽¹⁶⁵⁾.

Il sistema di risoluzione delle controversie dell'ABF rappresenta senz'altro (almeno sulla base dell'esperienza sin d'ora maturata) un modello vincente, talché introdurre anche nel sistema che fa capo alla Camera di Conciliazione e di Arbitrato i tratti caratterizzanti la disciplina dell'ABF (*in primis* l'obbligatorietà di adesione) pare senz'altro auspicabile, quantomeno sotto un duplice profilo: *da un lato*, consentirebbe di azzerare i casi in cui la procedura non prende avvio perché l'intermediario si rifiuta di aderire al tentativo di conciliazione o perché (più semplicemente) non è contemplata nel

⁽¹⁶⁴⁾ Ad esito della consultazione che si è svolta anteriormente all'entrata in vigore del nuovo Regolamento Consob, i dati raccolti e le analisi svolte dalla Consob hanno evidenziato come astrattamente la soluzione che sarebbe più efficiente in termini di costi/benefici e idonea a garantire una maggior tutela degli investitori, una maggiore efficacia nei confronti degli intermediari e a rispondere alle istanze di tutte le associazioni dei consumatori che hanno partecipato alle consultazioni, sarebbe quella d'inserire nel TUF un sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie ad adesione obbligatoria analogamente a quanto si è previsto per l'ABF (cfr. Documento del 6.6.2012 "Modifiche al regolamento di attuazione del decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, concernente la Camera di Conciliazione Arbitrato presso la Consob con delibera n. 16763 del 29 dicembre 2008 - Esiti della consultazione" pubblicato su www.consob.it).

⁽¹⁶⁵⁾ Un sistema di carattere obbligatorio avrebbe senz'altro il pregio di evitare sia le mancate adesioni degli intermediari alle procedure di conciliazione avviate dagli investitori, sia l'assenza di clausole compromissorie all'interno dei contratti d'investimento, insomma evitare il verificarsi di quelle situazioni di fatto che hanno costituito il tratto caratterizzante di questa prima fase di operatività dell'istituto.

contratto d'intermediazione la possibilità di attivare l'arbitrato amministrato dalla Camera e, *dall'altro lato*, potrebbe facilitare i soggetti c.d. "deboli" (i.e. i fruitori dei servizi bancari e finanziari) nell'utilizzo e accesso agli strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie con banche e intermediari, potendo contare su meccanismi di funzionamento simili e (magari) su (nuove) strutture di coordinamento per l'individuazione del sistema competente e/o l'inoltro al sistema competente dell'istanza erroneamente presentata al sistema non competente.

CAPITOLO 5

L'ARBITRO BANCARIO E FINANZIARIO

SOMMARIO: I. Nascita ed funzione dell'ABF nel sistema di risoluzione delle controversie bancarie e finanziarie. - II. Il quadro normativo. - III. Ambito soggettivo di applicazione. - IV. Ambito oggettivo di applicazione. - V. Rapporti tra ABF e altri sistemi di risoluzione (giudiziale e stragiudiziale) delle controversie bancarie. - VI. Organo decidente. - VI.1 Struttura. - VI.2 Requisiti soggettivi. - VI.3 Funzionamento. - VI.4 Collegio di Coordinamento. - VI.5 Segreteria tecnica. - VII. Procedimento e decisione. - VII.1 Reclamo all'intermediario. - VII.2 Ricorso all'ABF - VII.2.1 Termini e modalità del ricorso. - VII.2.2 Oggetto del reclamo e oggetto del ricorso. - VII.3 Decisione sul ricorso - VII.4 Segnalazione del Prefetto all'ABF. - VII.5 Sanzione reputazionale per l'intermediario. - VII.6 Caratteristiche ed efficacia della decisione - VII.7 Rimedi dell'intermediario contro la decisione. - VIII. La natura giuridica dell'istituto. - VIII.1 ABF e conciliazione. - VIII.2 ABF e arbitrato. - VIII.3 ABF e arbitraggio. - VIII.4 ABF e accertamento tecnico strumentale all'azione di vigilanza. - VIII.5 Considerazioni conclusive. - IX. Adesione dell'ABF alla rete Fin.Net.. - X. Qualche "numero" sull'ABF.

I. NASCITA E FUNZIONE DELL'ABF NEL SISTEMA DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE BANCARIE E FINANZIARIE.

La materia dei contratti bancari e finanziari è caratterizzata da un elevato grado di complessità e vede contrapposti agli intermediari soggetti normalmente sprovvisti di nozioni e conoscenze necessarie a consentire loro una corretta e adeguata valutazione dei rischi connessi al rapporto contrattuale che hanno avviato o sono in procinto di avviare con l'intermediario.

Date queste premesse non stupisce che l'esperienza pratica abbia evidenziato come non di rado (e, anzi, con una certa frequenza) i fruitori dei servizi bancari e finanziari si trovano costretti a subire una lesione dei loro diritti a causa di comportamenti non corretti o non regolari degli intermediari ⁽¹⁾.

Nondimeno, questi soggetti (ingiustamente) pregiudicati da comportamenti degli intermediari bancari e finanziari spesso non ottengono (*rectius* non chiedono) alcuna giustizia per i pregiudizi subiti, ciò in quanto l'esiguo valore o le caratteristiche della controversia costituiscono un forte incentivo a non affrontare i tempi (lungi) e i costi (significativi) di un ordinario processo davanti al giudice civile, con il risultato finale di alimentare il deterioramento della qualità dei rapporti

⁽¹⁾ Basti considerare che nel 2009, anno di nascita dell'Arbitro Bancario Finanziario, il numero di esposti ricevuti dalla Banca d'Italia è stato superiore a 6.700, con una crescita del 29% rispetto al 2008.

tra clienti e intermediari e, al contempo, la fiducia dei clienti nel sistema bancario e finanziario, con tutto ciò che segue in termini di (in)stabilità del sistema nel suo complesso (v. *supra* sub Cap. 1).

L'Arbitro Bancario Finanziario ("ABF") nasce come strumento che risponde a questa esigenza di giustizia (veloce, effettiva ed economica) per i fruitori di servizi bancari e finanziari, consentendo loro di conseguire in modo semplice, rapido e poco costoso una decisione imparziale e autorevole su controversie che non hanno trovato soluzione nel rapporto diretto con l'intermediario. Invero l'ABF si colloca tra i sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie (ADR) insorte tra intermediari bancari e finanziari e loro clienti e trova il proprio fondamento normativo nell'art. 128-*bis* del TUB introdotto dalla L. 28 dicembre 2005, n. 262 (c.d. legge sul risparmio) ⁽²⁾, anche se la disciplina di dettaglio è di carattere sub-legislativo ed è

⁽²⁾ Sul tema dell'ABF v. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Le società*, 2011, I, p. 83 e ss.; CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, pubblicato su www.judicium.it; CAPRIGLIONE, *La Giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La Prospettiva dell'ADR*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, p. 261 e ss.; CARADONNA-BOSSI, *L'arbitro bancario e finanziario quale strumento di gestione delle liti fra intermediari finanziari e la propria clientela*, in *Riv. dott. comm.*, 2010, p. 283 e ss.; CONSOLO - STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, in *Analisi giur. econ.*, 2011, p. 121 e ss.; COSTANTINO, *La istituzione dell'«Arbitro Bancario Finanziario»*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 297 e ss.; DE CAROLIS, *L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, pubblicato su www.bancaditalia.it; DESARIO, *Profili d'impatto delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario sugli intermediari*, *Banca borsa tit. cred.*, 2011, p. 495; FANTETTI, *L'arbitro bancario finanziario quale sistema di risoluzione alternativa delle controversie tra investitore e intermediario*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 855 e ss.; FERRETTI, *L'arbitrato e l'ADR nel settore bancario*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Rubino Sammartano, Padova, 2010, Tomo II, p. 1559 e ss.; GUCCIONE - RUSSO, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, fasc. 3, p. 492; GUIZZI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Le società*, 10, 2011, p. 1216 e ss.; LA TORRE, *Intermediari finanziari e soggetti operanti nel settore finanziario*, in *Trattato di diritto dell'Economia*, Picozza-Gabrielli (diretto da), Padova, 2010, p. 255 e ss.; MAIONE, *Profili ricostruttivi di una (eventuale) legittimazione a quo dei Collegi dell'Arbitro Bancario Finanziario*, pubblicato su www.judicium.it; MAIONE, *Forma e sostanza delle delibere dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Le società*, 2012, p. 437 e ss.; PIERUCCI, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Arbitrato*, a cura di Bonelli Erede Pappalardo Studio Legale, Milano, 2011, p. 342 e ss.; PETRELLA, *L'arbitrato bancario finanziario*, in *Disegno sistematico dell'arbitrato*, a cura di Punzi, Padova, 2012, volume III, p. 287 e ss.; QUADRI, *L'arbitrato bancario e finanziario nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 305 e ss.; RUPERTO, *L'arbitro bancario e finanziario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, p. 325 e ss.; SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisori dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Le società*, fasc. 8-9, 2012, p. 953 e ss.; SANGIOVANNI, *Bancomat, carte di credito e responsabilità civile nella giurisprudenza dell'ABF*, in *Resp. civ.*, fasc. 10, 2012, p. 697 e ss.; SOLDATI, *L'arbitrato bancario e finanziario della Banca d'Italia (ABF)*, in *Contratti*, 2009, p. 853 e ss.; TAVORMINA, *L'Arbitro Bancario e Finanziario (un altro episodio de "I nuovi mostri")*, in *Corr. giur.*, 2011, 7, p. 1021 e ss.

tracciata dalle disposizioni di carattere amministrativo emanate dal CICR e dall'organismo di vigilanza sul settore bancario (i.e. la Banca d'Italia, v. *infra* sub II).

L'ABF costituisce un sistema di ADR **polifunzionale** in quanto dotato di caratteristiche assolutamente peculiari che consentono all'istituto di perseguire simultaneamente obiettivi di primario rilievo, benché profondamente diversi tra di loro. Precisamente:

➤ in primo luogo, l'ABF, al pari di qualsivoglia sistema di ADR, risponde ad una logica **deflattivo-contenitiva** del contenzioso davanti al giudice ordinario. Preso atto della cronica inefficacia del sistema pubblico di giustizia l'ABF si propone come un'alternativa che racchiude in sé tutte le virtù che uno strumento di risoluzione delle controversie dovrebbe possedere: economicità, rapidità, efficacia ed efficienza ⁽³⁾.

L'organo decidente è composto da soggetti di comprovata esperienza e professionalità (v. *infra* sub par. IV.2) il che rappresenta garanzia per le parti sull'autorevolezza e qualità della decisione e (con buone probabilità) sulla sua equipollenza contenutistica all'eventuale sentenza che sarebbe pronunciata all'esito di un processo davanti al giudice statale. In tal senso, è condivisibile l'opinione di chi sostiene che l'ABF svolga una **valutazione di tipo prognostico** sull'esito finale della lite in quanto, mimando le fasi del processo, mostra subito alle parti quale sarebbe l'esito verosimile della lite una volta che un (vero) giudice fosse investito della domanda giudiziale, bloccando per tale via il possibile approdo giudiziario della lite stessa ⁽⁴⁾;

➤ in secondo luogo, l'ABF svolge una **funzione di risoluzione anticipata delle controversie** bancarie e finanziarie secondo lo schema degli ADR di tipo *determinative*. L'ABF non propone una soluzione, ma decide sulla controversia accogliendo o rigettando la domanda, il tutto attraverso un

Informazioni aggiornate su decisioni, orientamenti, normativa e pubblicazioni relative all'Arbitro Bancario Finanziario sono reperibili sul sito web www.arbitrobancariofinanziario.it e www.bancaditalia.it.

⁽³⁾ Tuttavia, come acutamente è stato fatto notare, l'unico valido deterrente al ricorso alla giurisdizione statale a fini dilatori è costituito proprio dall'efficienza della stessa giurisdizione statale (COSTANTINO, *op. cit.*, p. 297 e ss.).

⁽⁴⁾ CONSOLO - STELLA, *op. cit.*, p. 125.

procedimento snello, rapido e poco formalizzato. La decisione dell'ABF non è di per sé idonea a produrre effetti giuridici vincolanti in capo alle parti e non è suscettibile di essere portata in esecuzione, ma la sua “forza” e la sua “cogenza” (nei confronti però del solo intermediario) è legata ad un sistema sanzionatorio di carattere reputazionale che trova applicazione in caso d'inadempimento a quanto statuito nella decisione (v. *infra* sub par. VII.5 e VII.6);

- in terzo luogo, l'ABF promuove (indirettamente) lo svolgimento di rapporti corretti e trasparenti tra intermediari e clienti ciò in quanto, *per un verso*, le decisioni dell'ABF possono contenere indicazioni di carattere generale volte a favorire le relazioni tra intermediari e clienti, ossia individua **principi e raccomandazioni** che devono essere applicati e seguiti nell'ambito dei rapporti bancari e finanziari al fini di migliorare (o, quantomeno, ripristinare) le relazioni di fiducia tra i ricorrenti e gli intermediari, svolgendo al contempo una vera e propria funzione “interpretativa” della normativa bancaria (v. *infra* sub par. VII.3) e, *per altro verso*, gli uffici reclami degli intermediari devono essere costantemente aggiornati sugli **orientamenti dell'ABF** e devono valutare i nuovi reclami presentati dai clienti proprio alla luce dei predetti orientamenti, verificando se la questione sottoposta dal cliente rientri in fattispecie analoghe a quelle già decise dai collegi e considerando le soluzioni adottate in tali casi (v. *infra* sub par. VII.1);
- in quarto luogo, l'azione dell'ABF assume rilievo per le **finalità di vigilanza sul sistema bancario e finanziario**, infatti il mancato adempimento dell'intermediario alla decisione assunta dall'ABF determina per l'intermediario *sia* l'irrogazione (certa) di sanzioni reputazionali da parte della Banca d'Italia (v. *infra* sub par. VII.5), *sia* l'irrogazione (eventuale) di sanzioni (ulteriori) che la stessa Banca d'Italia può applicare all'intermediario nell'esercizio delle proprie attività di controllo sulla conformità dei comportamenti degli intermediari alle prescrizioni del D.lgs 1° settembre 1993, n. 385 (“TUB”) e, in particolare, alle regole di trasparenza e correttezza (Titolo VI, artt. 115 e ss del TUB). In questo senso, l'ABF costituisce uno

strumento di *private enforcement* che opportunamente opera a fianco di sistemi di regolazione e sanzionatori di stampo pubblicistico ⁽⁵⁾;

- infine, l'ABF contribuisce a migliorare l'**efficienza e la stabilità del sistema bancario e finanziario** nel suo complesso ⁽⁶⁾. Infatti, come si è avuto modo di osservare in precedenza (v. *supra* sub Cap. 1), meccanismi efficaci di definizione delle liti tra intermediari e clienti, incentivando il rispetto dei principi di trasparenza e correttezza nelle relazioni con la clientela, migliorano la fiducia del pubblico nel sistema bancario e finanziario, nella sua capacità di proteggere il risparmio, di generare profitto, di soddisfare i bisogni e le esigenze economiche della clientela, contribuendo in questo modo a rafforzare e stabilizzare il sistema stesso, rendendolo più efficiente e meno sensibile agli *shock* determinati da improvvise situazione di crisi.

Così individuati gli obbiettivi dell'azione dell'ABF, è poi evidente che gli stessi possano essere tanto più efficacemente perseguiti, quanto più il sistema dell'ABF è conosciuto e utilizzato e, in questo senso, a distanza di tre anni dalla sua entrata in funzione (i.e. 15 ottobre 2009) si può senz'altro affermare che l'istituto in parola ha dato un'ottima prova di sé, dimostrando di essere uno strumento particolarmente efficiente e apprezzato dai fruitori dei servizi bancari e finanziari (v. *infra* sub. par. X), le cui decisioni ed i cui orientamenti hanno iniziato a condizionare anche la decisioni dei giudizi in materia bancaria e finanziaria pendenti avanti l'autorità giudiziaria ordinaria ⁽⁷⁾.

* * *

II. IL QUADRO NORMATIVO.

La struttura e il funzionamento del sistema dell'ABF trova la propria regolamentazione all'interno di una pluralità di atti di diverso ordine e grado che, per maggior chiarezza espositiva, si riepilogano qui di seguito:

⁽⁵⁾ PERASSI, *op. cit.*, p. 153 ove ultt. riff.

⁽⁶⁾ AULETTA, *op. cit.*, p. 89, rileva che “*il procedimento innanzi all'ABF è strumentale a un'attività di vigilanza della Banca d'Italia e solo indirettamente a prevenire l'insorgere della controversia innanzi al giudice o all'arbitro, ai quali può essere comunque deferita*”; CAPRIGLIONE, *op. cit.*, p. 270 e ss. osserva che le specifiche modalità di tutela degli operatori finanziari introdotte dall'ABF “*danno luogo ad una commistione nel perseguimento di finalità di giustizia e di obbiettivi di natura diversa (connessi all'esercizio della supervisione nel settore finanziario)*”.

⁽⁷⁾ Cfr. Trib. Rimini, ord., 22.8.2011, in www.ilcaso.it, ove l'Autorità giudiziaria fa riferimento a una decisione dell'ABF (in materia di nozione di “giustificato motivo” per l'esercizio dello *ius variandi*) per fondare la propria decisione, in considerazione del fatto che non ha rinvenuto precedenti giurisprudenziali editi sul punto.

- l'art. 128-bis, TUB, introdotto dalla L. 28 dicembre 2005, n. 262 (c.d. legge sul risparmio), il quale ha previsto l'adesione obbligatoria dei soggetti di cui all'art. 115 TUB (banche e intermediari finanziari di cui al 106 e 107 TUB ⁽⁸⁾) a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela, rimettendo al CICR la definizione dei criteri di svolgimento delle procedure e di composizione dell'organo decidente ⁽⁹⁾;
- l'art. 40 del D.lgs 27 gennaio 2010, n. 11 che ha previsto il diritto per gli utilizzatori dei servizi di pagamento di avvalersi di sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie e, a tal fine, ha stabilito che le banche e gli istituti di pagamento ⁽¹⁰⁾ aderiscano ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie previsti dall'art. 128-bis TUB;
- l'art. 5 del D.lgs 4 marzo 2010, n. 28 (la c.d. legge sulla mediazione) che ha (aveva) previsto, per le controversie in materia di contratti bancari e finanziari, a partire dal 20 marzo 2011 l'obbligo di esperire preliminarmente il procedimento di mediazione ai sensi del medesimo decreto o, in alternativa, il procedimento davanti all'ABF, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale. La Corte Costituzionale ha tuttavia dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione per eccesso di delega con sentenza 6 dicembre 2012, n. 272;
- l'art. 27-bis, c. 1-quinquies, del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, come modificato dal D.L. 24 marzo 2012 n. 29, convertito con modificazioni dalla L. 18 maggio 2012 n. 62 che ha introdotto la possibilità per i prefetti di segnalare all'ABF comportamenti della banca ritenuti illegittimi o illeciti relativamente a operazioni di finanziamento che implicino valutazioni del merito creditizio del cliente;
- la deliberazione CICR 29 luglio 2008, n. 275, recante “*Disciplina dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela ai sensi dell'articolo 128-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni?*” ⁽¹¹⁾ che ha imposto agli intermediari bancari e finanziari di aderire a sistemi dell'ABF, tracciandone il

⁽⁸⁾ Il richiamo all'art. 107 TUB ha carattere transitorio (cfr. art. 10 D. Lgs. 13.8.2010, n. 141).

⁽⁹⁾ L'attuale formulazione dell'art. 128-bis deriva dalle modifiche infine recatevi dall'art. 4, c. 2, D. lgs. 13.8.2010, n. 141.

⁽¹⁰⁾ La disciplina degli istituti di pagamento è prevista dagli artt. 114-sexies e ss del TUB.

⁽¹¹⁾ In G.U. 22.9.2008, n. 222.

campo di applicazione, determinando la composizione dell'organo giudicante, nonché le regole fondamentali di svolgimento della procedura;

- il provvedimento di Banca Italia del 18 giugno 2009, recante “*Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*”, che individua le Disposizioni Applicative dell’ABF (“Disp. App.”) ⁽¹²⁾. Con il provvedimento del 12 dicembre 2011 di “*revisione delle disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*” la Banca d’Italia ha integrato e modificato in modo significativo le Disp. App. sia per apportare alla disciplina dell’ABF gli adeguamenti imposti dal D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 sulla c.d. mediazione, sia per recepire esigenze emerse nella prima fase applicativa dell’ABF, riguardanti principalmente il funzionamento dei collegi, le procedure di ricorso e la fase successiva alla decisione ⁽¹³⁾. Da ultimo, le Disp. App. sono state integrate con provvedimento del 13 novembre 2012 della Banca d’Italia che ha previsto una sorta di procedimento “speciale” avanti l’ABF che prende avvio su iniziativa del Prefetto ⁽¹⁴⁾.

Tracciato il quadro normativo all’interno del quale vive il sistema dell’ABF si può ora passare ad una più puntuale analisi dell’istituto, esaminando nell’ordine (i) l’ambito di applicazione (v. *infra* sub par. III e IV); (ii) i rapporti con le altre procedure giudiziali e stragiudiziali di risoluzione delle controversie (v. *infra* sub par. V); (iii) le caratteristiche dell’organo decidente (v. *infra* sub par. VI); (iv) il procedimento e la decisione (v. *infra* sub par. VII); (v) la natura dell’istituto (v. *infra* sub par. VIII) e, (vi) la sua adesione alla rete Fin.Net (v. *infra* sub par. IX).

* * *

III. AMBITO SOGGETTIVO DI APPLICAZIONE.

Da un punto di vista **soggettivo**, l’art. 128-bis TUB circoscrive la cognizione dell’ABF alle controversie insorte tra «cliente» e «intermediario», tuttavia la predetta disposizione non contiene alcuna utile indicazione a definire la nozione di «cliente» e

⁽¹²⁾ In G.U. 24.7.2009, n. 144.

⁽¹³⁾ Si rileva sin che le nuove Disp. App. sono entrate in vigore l’1.1.2012 ad eccezione della previsione secondo cui «non possono essere sottoposte all’ABF controversie relative ad operazioni o comportamenti anteriori al 1° gennaio 2009» (Sez. I, par. 4), in vigore dell’1.7.2012.

⁽¹⁴⁾ In G.U. 28.11.2012, n. 278.

quella di «intermediario». Per dare corpo e significato a tali espressioni occorre volgere lo sguardo alla normativa secondaria e, in particolare, alla deliberazione CICR 29 luglio 2008, n. 275 e, soprattutto, alle Disp. App. emanate da Banca d'Italia ove si prevede che:

- per **cliente** s'intende il soggetto che ha o ha avuto un rapporto contrattuale o è entrato in relazione con un intermediario per la prestazione di servizi bancari e finanziari, ivi compresi i servizi di pagamento. Per le operazioni di *factoring*, si considera cliente il cedente, nonché il debitore ceduto con cui il cessionario abbia convenuto la concessione di una dilazione di pagamento ⁽¹⁵⁾.

Il cliente può essere indistintamente una persona fisica o una persona giuridica, tuttavia **non** rientrano nel novero dei clienti i soggetti che svolgono in via professionale attività nei settori bancario, finanziario, assicurativo, previdenziale e dei servizi di pagamento, salvo il caso che agiscano per scopi estranei all'attività professionale. Il cliente normalmente coincide con un consumatore ⁽¹⁶⁾.

E' interessante osservare come il rapporto tra il cliente e l'intermediario può essere "pendente", oppure "esaurito" o, ancora, "mai perfezionato", insomma la responsabilità dell'intermediario può scaturire *non soltanto* da comportamenti posti in essere durante la fase di esecuzione del contratto o successivamente al suo venir meno, *ma anche* nella fase delle trattative precontrattuali ⁽¹⁷⁾;

- per **intermediari** si intendono le banche, gli intermediari finanziari iscritti nell'albo previsto dall'art. 106 TUB ⁽¹⁸⁾, i cofidi iscritti nell'elenco previsto

⁽¹⁵⁾ Disp. App. Sez. I, par. 3.

⁽¹⁶⁾ L'art. 3 del Codice del Consumo (D.Lgs. 6.9.2005, n. 206) definisce i "consumatori e utenti" come "le persone fisiche che acquistino o utilizzino beni o servizi per scopi non riferibili all'attività imprenditoriale e professionale eventualmente svolta".

⁽¹⁷⁾ Il riferimento alla fase delle trattative precontrattuali e la precisazione che cliente è anche colui che entra in relazione con l'intermediario (senza stipulare un vero e proprio contratto) è stato inserito nelle Disp. App., Sez. I, par. 3 con il provvedimento di Banca d'Italia del 12.12.2011.

⁽¹⁸⁾ L'art. 106 TUB prevede che «1. L'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma e' riservato agli intermediari finanziari autorizzati, iscritti in un apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia. 2. Oltre alle attività di cui al comma 1 gli intermediari finanziari possono: a) emettere moneta elettronica e prestare servizi di pagamento a condizione che siano a cio' autorizzati ai sensi dell'articolo 114-quinquies, comma 4, e iscritti nel relativo albo, oppure prestare solo servizi di pagamento a condizione che siano a cio' autorizzati ai sensi dell'articolo 114-novies, comma 4, e iscritti nel relativo albo; b) prestare servizi di investimento se autorizzati ai sensi dell'articolo 18,

dall'art. 112 TUB ⁽¹⁹⁾, gli istituti di moneta elettronica ⁽²⁰⁾, Poste Italiane S.p.A. in relazione all'attività di banco posta ⁽²¹⁾, le banche e gli intermediari esteri che svolgono in Italia nei confronti del pubblico operazioni e servizi disciplinati dal Titolo VI del TUB, nonché gli istituti di pagamento ⁽²²⁾.

Gli intermediari sono tenuti ad aderire all'ABF e a uniformarsi a quanto previsto nella delibera CICR 29 luglio 2008, n. 275 e dalle Disp. App., ciò in quanto a mente dell'art. 128-bis TUB l'adesione all'ABF costituisce una

comma 3, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58; c) esercitare le altre attività a loro eventualmente consentite dalla legge nonché attività connesse o strumentali, nel rispetto delle disposizioni dettate dalla Banca d'Italia. 3. Il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, specifica il contenuto delle attività indicate nel comma 1, nonché in quali circostanze ricorra l'esercizio nei confronti del pubblico».

⁽¹⁹⁾ L'art. 112 TUB prevede che «1. I confidi, anche di secondo grado, sono iscritti in un elenco tenuto dall'Organismo previsto dall'articolo 112-bis ed esercitano in via esclusiva l'attività di garanzia collettiva dei fidi e i servizi a essa connessi o strumentali, nel rispetto delle disposizioni dettate dal Ministro dell'economia e delle finanze e delle riserve di attività previste dalla legge. 2. L'iscrizione è subordinata al ricorrere delle condizioni di forma giuridica, di capitale sociale o fondo consortile, patrimoniali, di oggetto sociale e di assetto proprietario individuate dall'articolo 13 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, e successive modificazioni, nonché al possesso da parte di coloro che detengono partecipazioni e dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo dei requisiti di onorabilità stabiliti ai sensi degli articoli 25 e 26. La sede legale e quella amministrativa devono essere situate nel territorio della Repubblica. 3. Il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, determina i criteri oggettivi, riferibili al volume di attività finanziaria in base ai quali sono individuati i confidi che sono tenuti a chiedere l'autorizzazione per l'iscrizione nell'albo previsto dall'articolo 106. La Banca d'Italia stabilisce, con proprio provvedimento, gli elementi da prendere in considerazione per il calcolo del volume di attività finanziaria. In deroga all'articolo 106, per l'iscrizione nell'albo i confidi possono adottare la forma di società consortile a responsabilità limitata. 4. I confidi iscritti nell'albo esercitano in via prevalente l'attività di garanzia collettiva dei fidi. 5. I confidi iscritti nell'albo possono svolgere, prevalentemente nei confronti delle imprese consorziate o socie, le seguenti attività: a) prestazione di garanzie a favore dell'amministrazione finanziaria dello Stato, al fine dell'esecuzione dei rimborsi di imposte alle imprese consorziate o socie; b) gestione, ai sensi dell'articolo 47, comma 2, di fondi pubblici di agevolazione; c) stipula, ai sensi dell'articolo 47, comma 3, di contratti con le banche assegnatarie di fondi pubblici di garanzia per disciplinare i rapporti con le imprese consorziate o socie, al fine di facilitarne la fruizione. 6. I confidi iscritti nell'albo possono, in via residuale, concedere altre forme di finanziamento ai sensi dell'articolo 106, comma 1, nei limiti massimi stabiliti dalla Banca d'Italia. 7. I soggetti diversi dalle banche, già operanti alla data di entrata in vigore della presente disposizione, i quali, senza fine di lucro, raccolgono tradizionalmente in ambito locale somme di modesto ammontare ed erogano piccoli prestiti, sono iscritti in una sezione separata dell'elenco di cui all'articolo 111, comma 1, e possono continuare a svolgere la propria attività, in considerazione del carattere marginale della stessa, nel rispetto delle modalità operative e dei limiti quantitativi determinati dal CICR. 8. Le agenzie di prestito su pegno previste dall'articolo 115 del reale decreto 18 giugno 1931, n. 773, sono sottoposte alle disposizioni dell'articolo 106. La Banca d'Italia può dettare disposizioni per escludere l'applicazione alle agenzie di prestito su pegno di alcune disposizioni previste dal presente titolo ».

⁽²⁰⁾ La disciplina degli istituti di moneta elettronica è contenuta nel Titolo V-bis del TUB (art. 114-bis e ss).

⁽²¹⁾ Bancoposta è una divisione di Poste Italiane S.p.A. deputata allo svolgimento dell'attività definite dall'art. 2, DPR 14.3.2001, n. 144.

⁽²²⁾ La disciplina degli istituti di pagamento è contenuta nel Titolo V-ter del TUB (artt. 114-sexies e ss).

condizione per lo svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria e per la prestazione di servizi di pagamento, tanto che la Banca d'Italia ne valuta l'eventuale violazione nell'ambito della sua azione di controllo ⁽²³⁾.

* * *

IV. AMBITO OGGETTIVO DI APPLICAZIONE.

Da un punto di vista **oggettivo**, la delibera del CICR ⁽²⁴⁾ e le Disp. App. di Banca d'Italia ⁽²⁵⁾ identificano l'ambito di applicazione dell'ABF viene con le controversie riguardanti **operazioni e servizi bancari e finanziari** ⁽²⁶⁾ **ivi compresi i servizi di pagamento** ⁽²⁷⁾.

⁽²³⁾ La mancata adesione all'ABF comporta anche l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art. 144, c. 4, del TUB.

⁽²⁴⁾ Cfr. Art. 1.b) delibera CICR del 29.7.2008 n. 275

⁽²⁵⁾ Cfr. Disp. App., Sez. I, par. 4.

⁽²⁶⁾ L'art. 10, c. 1, TUB definisce l'attività bancaria come «*la raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito*», mentre il c. 3 stabilisce che «*le banche esercitano, oltre all'attività bancaria, ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna, nonché attività connesse o strumentali*». La raccolta del risparmio tra il pubblico consiste nell'«*acquisizione di fondi con obbligo di rimborso, sia sotto forma di depositi sia sotto altra forma*» (art. 11 TUB) e, pertanto, si realizza per il tramite di negozi che garantiscano al cliente quantomeno il diritto alla restituzione della somma versata (es. depositi bancari, emissione di certificati di deposito, emissione di vaglia cambiari e di assegni circolari). L'esercizio del credito consiste nella conclusione di negozi tramite cui le banche concedono liquidità a clienti «bisognosi» e, per tale via, acquistano nei confronti di quest'ultimi un credito in restituzione (sconto, anticipazioni su pegno di titoli o di merci, aperture di credito, finanziamenti speciali). La competenza dell'ABF può inoltre essere estesa a tutte le attività finanziarie che possono essere ricondotte all'esercizio del credito e quindi a «*tutti i negozi che perseguano uno scopo analogo ossia un accrescimento patrimoniale dell'accreditato accompagnato da un obbligo di restituzione di quest'ultimo verso l'accreditante*» (così Costi, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2007, p. 207). Per quanto concerne le attività finanziarie di bancoposta condotte da Poste Italiane S.p.A. è sufficiente fare riferimento alle Istruzioni di Vigilanza di Banca d'Italia ove vengono definite come: «*a) raccolta di risparmio tra il pubblico, come definita dall'art. 11, comma 1° del t.u. e attività connesse e strumentali; b) raccolta del risparmio postale; c) servizi di pagamento, comprese l'emissione, la gestione e la vendita di carte prepagate e di altri mezzi di pagamento, di cui all'art. 1, comma 2° del t.u.; d) servizio di intermediazione in cambi; e) promozione e collocamento presso il pubblico di finanziamenti concessi da banche e intermediari finanziari abilitati; f) servizi di investimento e accessori previsti, rispettivamente all'art. 1, comma 5°, lett. b), c) ed e) e dall'art. 1, comma 6°, lett. a), b), d), e), f) e g), del t.u.f., nonché le attività connesse e strumentali ai servizi di investimento*» mentre «*Poste non può esercitare attività di concessione di finanziamenti nei confronti del pubblico*» ⁽²⁶⁾. Riguardo all'attività indicata alla lett. f) si può dubitare della competenza dell'ABF in quanto Poste Italiane s.p.a. rientra nella definizione di intermediario di cui alle Disp. App. limitatamente all'attività di bancoposta, senza distinzione alcuna tra servizi bancari finanziari e servizi di investimento, nondimeno sembra maggiormente coerente con la *ratio legis* escludere questo tipo di attività da quelle su cui l'ABF può pronunciarsi.

⁽²⁷⁾ Cfr. Art. 40, D.lgs. 27.1.2010, n. 11. I servizi di pagamento sono elencati nell'art. 1, c. 1, del predetto D.lgs. 27.1.2010, n. 11.

Sono invece escluse le controversie relative a servizi che, ai sensi dell'art. 23, c. 4, del D.Lgs. 24.2.1998, n. 58 ("TUF"), non sono soggetti all'applicazione del titolo VI del TUB ossia le controversie attinenti ai servizi e alle attività d'investimento, al collocamento di prodotti finanziari, nonché alle operazioni e ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell'art. 25-bis ovvero della parte IV, titolo II, cap. I del TUB ⁽²⁸⁾.

L'esclusione trova giustificazione *sia* nel fatto che si tratta di operazioni e contratti che non rientrano nell'ambito di applicazione del titolo VI del TUB (di cui l'art. 128-bis fa parte); *sia* perché con riguardo ai servizi di investimento e gestione collettiva del risparmio è prevista la procedura di conciliazione e arbitrato amministrata dalla Camera di Conciliazione e di Arbitrato presso la Consob (v. *supra* sub Cap. 4) ⁽²⁹⁾.

Tuttavia, non sempre i limiti di competenza riferibili al disposto dell'art. 23, c. 4, TUF risultano facilmente identificabili, come nel caso dei c.d. prodotti "composti", soggetti in parte alla disciplina di cui al titolo VI del TUB ed in parte a quella del TUF ⁽³⁰⁾. A tale riguardo, una serie di criteri interpretativi sono offerti dalle Disposizioni sulla trasparenza emanate dalla Banca d'Italia ⁽³¹⁾, nelle quali si individua una linea di

⁽²⁸⁾ Sui contratti d'intermediazione finanziaria v. CARBONETTI, *I contratti d'intermediazione mobiliare*, Milano, 1992; GUERINONI, *Contratti di investimento e responsabilità degli intermediari finanziari*, Milano, 2010; MICCOLI, *Nuovi limiti dell'autonomia contrattuale nei contratti per servizi di investimento finanziario*, Napoli, 2005; BARATELLA, *La forma scritta e i c.d. contratti di intermediazione finanziaria nella ricostruzione giurisprudenziale*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 688 e ss; CALLEGARO, *Validità del contratto, conflitti di interesse e responsabilità nell'intermediazione finanziaria*, in *Contratti*, 2010, p. 605 e ss; GUERINONI, *Le controversie in tema di contratti di investimento: forma, informazione, ripensamento e operatore qualificato*, in *Corr. giur.* 2011, p. 35 e ss; MARAGNO, *La nullità del contratto di intermediazione di valori mobiliari per difetto di sottoscrizione dell'intermediario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 932 e ss; SANGIOVANNI, *Il contratto d'intermediazione finanziaria*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 770 e ss..

⁽²⁹⁾ LA TORRE, *op. cit.*, p. 269.

⁽³⁰⁾ L'obiettivo difficoltà di accertare la competenza dell'ABF in tema di "prodotti composti" è stata riconosciuta dal Regolamento Consob adottato con delibera del 29.12.2008 n. 16763 relativo procedure di conciliazione e arbitrato in materia di servizi di investimento e gestione collettiva del risparmio (v. *supra* Cap. 4) ove era stata evidenziata la necessità di predisporre un protocollo d'intesa tra la Camera di Conciliazione e Arbitrato istituita presso la Consob e l'ABF per dirimere eventuali dubbi interpretativi relativamente all'ambito delle reciproche competenze, tuttavia sino ad oggi siffatto protocollo non è stato adottato (è tuttavia appena il caso di ricordare che il nuovo regolamento adottato con delibera Consob n. 18275 del 18.7.2012 non prevede più alcun riferimento al protocollo d'intesa).

⁽³¹⁾ Cfr. Provvedimento di Banca d'Italia del 29.7.2009 (aggiornato da ultimo il 20.6.2012), in tema di "Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti".

demarcazione sulla base delle “finalità” che caratterizzano il “prodotto”. In particolare, è stabilito che le “presenti disposizioni” (sulla trasparenza bancaria e finanziaria) “*non si applicano ai servizi e alle attività d’investimento come definiti dal TUF e al collocamento di prodotti finanziari aventi finalità d’investimento, quali, ad esempio, obbligazioni e altri titoli di debito, certificati di deposito, contratti derivati, pronti contro termine*”; si precisa altresì che “*in caso di prodotti composti la cui finalità esclusiva o preponderante non sia di investimento [le disposizioni sulla trasparenza bancaria e finanziaria] si applicano: - 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); - alle sole componenti riconducibili a servizi o operazioni disciplinati ai sensi del titolo VI del T.U. negli altri casi?*” ⁽³²⁾.

Insomma, in caso di dubbio l’ambito oggettivo di competenza dell’ABF può essere ricavato facendo perno sul **criterio di prevalenza delle “finalità”** dei servizi e delle operazioni oggetto del ricorso, assumendo la competenza in caso di “prevalenza” delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari rientranti nel Titolo VI ⁽³³⁾. Da quanto precede consegue che, laddove non sussista una “finalità esclusiva o preponderante”, si potrebbero determinare ipotesi di competenza “parziale”

⁽³²⁾ Cfr. Provvedimento di Banca d’Italia del 29.7.2009 (aggiornato da ultimo il 20.6.2012), in tema di “*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*”, Sez. I, par. 1.1, ove è altresì precisato che “*in caso di prodotti composti la cui finalità esclusiva o preponderante sia di investimento, si applicano le disposizioni del TUF sia al prodotto nel suo complesso sia alle sue componenti, a meno che queste non costituiscano un’operazione di credito al consumo (alle quali si applica quanto previsto dalle presenti disposizioni)*”.

⁽³³⁾ GUCCIONE - RUSSO, *op. cit.*, p. 492 rilevano e risolvono due ordini di questioni che l’individuazione dei confini dell’attività presenta: da un lato, se la collocazione di obbligazioni emesse dalla banca senza l’obbligo di prospetto e offerte direttamente alla clientela costituiscano o meno un servizio di negoziazione o collocamento di prodotti finanziari e, in quanto tale, al di fuori della competenza dell’ABF e, dall’altro lato, se i certificati di deposito e i buoni fruttiferi (ossia i titoli di debito ex art. 13, c 6, TUB), di regola non sottoposti alla disciplina di collocamento, rientrano nell’ambito di applicazione dell’ABF. Con riferimento alla prima questione, partendo dal rilievo che si tratta di obbligazioni a basso rischio, il cui prospetto non richiede neppure l’approvazione della Consob, ma è redatto in forma semplificata, si giunge a qualificarli come strumenti di finanziamento della banca attuati tramite la raccolta presso il pubblico piuttosto che come attività d’investimento, di talché un cliente che lamenti una violazione o un inadempimento collegati a tali titoli dovrebbe rivolgersi all’ABF (e non alla Camera di Conciliazione e di Arbitrato presso la Consob). Con riferimento alla seconda questione, si rileva che i certificati di deposito e i buoni fruttiferi costituiscono “titoli individuali” e sono soggetti alla disciplina di cui al Titolo VI del TUB sulla trasparenza bancaria, pertanto non sussistono ostacoli nel riconoscere la competenza dell’ABF in caso di violazioni o inadempimenti di una delle parti collegati a siffatti titoli di debito.

dell'ABF, limitata cioè soltanto alle contestazioni riferibili a “servizi e operazioni” rientranti nella disciplina del Titolo VI del TUB ⁽³⁴⁾.

Così individuate le materie su cui possono vertere le controversie di competenza dell'ABF, si rileva che il *petitum* delle domande formulate dai clienti può consistere: (i) nell'accertamento di diritti, obblighi e facoltà, indipendentemente dal valore del rapporto cui si riferiscono ⁽³⁵⁾; o (ii) nella corresponsione di una somma di denaro a qualunque titolo, a condizione che l'importo richiesto non sia superiore ad Euro 100.000,00 ⁽³⁶⁾.

Restano invece escluse dalla cognizione dell'ABF le richieste aventi ad oggetto: (i) risarcimento danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione posta in essere dall'intermediario (si tratta di una previsione superflua dal momento che ripropone i contenuti dell'art. 1223 c.c. norma che l'ABF è tenuto a rispettare dovendo la sua decisione essere emessa secondo diritto ⁽³⁷⁾, v. *infra* sub VII.3); e (ii) questioni relative a beni materiali o a servizi diversi da quelli bancari e finanziari oggetto del contratto tra il cliente e l'intermediario ovvero di contratti ad esso collegati (es. questioni riguardanti eventuali vizi del bene concesso in *leasing* o fornito mediante operazioni di credito al consumo; quelle relative alle forniture connesse a crediti commerciali ceduti nell'ambito di operazioni di *factoring*).

⁽³⁴⁾ Così DE CAROLIS, *op. cit.*, p. 30.

⁽³⁵⁾ Disp. App., Sez. I, par. 4.

⁽³⁶⁾ Disp. App., Sez. I, par. 4. In dottrina si osserva che il limite di € 100.000,00 non appare funzionale alla determinazione della competenza dell'ABF, ma segna piuttosto un limite alla forma di tutela erogabile, inibendo la dichiarazione di condanna a somme eccedenti (così AULETTA, *op. cit.*, p. 85). A quanto precede, si aggiunga che la *ratio* di siffatto limite deve essere rinvenuta nell' “*esigenza di aiutare il soggetto che, litigando con la banca per un piccolo importo, non ha interesse a rivolgersi ai giudici, in quanto i tempi, i costi e le fatiche di un procedimento giudiziario non sono giustificati dalla scarsa importanza della vicenda che lo interessa. Nel caso di questioni bagatellari (ad esempio del valore di decine o poche centinaia di euro), i clienti potrebbero essere portati a evitare un confronto giudiziario; così facendo, però, i comportamenti scorretti degli intermediari non verrebbero in alcun modo redarguiti e tenderebbero a perpetuarsi*” (così SANGIOVANNI, *op. cit.*, p. 955-956).

⁽³⁷⁾ Disp. App., Sez. I, par. 4, pertanto rientra nella competenza dell'ABF il risarcimento danni conseguente all'inosservanza degli obblighi di trasparenza e correttezza o di informativa nella fase precontrattuale; all'inosservanza degli obblighi di esecuzione del rapporto secondo buona fede e correttezza; alla mancata erogazione o all'ingiustificato ritardo nell'erogazione del finanziamento dopo la stipula del contratto; all'assenza di giustificati motivi per l'esercizio dello *ius variandi* che abbiano indotto il cliente al recesso del rapporto (così LA TORRE, *op. cit.*, p. 266).

In ogni caso, non possono essere sottoposte all'ABF controversie relative a operazioni o comportamenti anteriori al 1° gennaio 2009 ⁽³⁸⁾.

Da un punto di vista più squisitamente **applicativo**, i dati statistici pubblicati dalla Banca d'Italia nell'ultima relazione annuale sull'attività dell'ABF ⁽³⁹⁾ evidenziano come le controversie abbiano riguardato prevalentemente (28%) strumenti e servizi di pagamento (carte di credito, bancomat e carte di debito, assegni, bonifici, cambiale e cambio di valute) e (26,3%) finanziamenti (mutuo, credito al consumo, cessione del quinto, apertura di credito, leasing, credito su pegno, anticipazione bancaria, ricevuta bancaria, sconto bancario, factoring) in misura minore (17,5%) le segnalazioni degli intermediari a sistemi d'informazione creditizia (SIC, Centrale rischi, Centrale d'allarme interbancaria - CAI) e (10,5%) la raccolta del risparmio (conto corrente, deposito di titoli in amministrazione e depositi a risparmio).

* * *

V. RAPPORTI TRA L'ABF E LE ALTRE PROCEDURE (GIUDIZIALI E STRAGIUDIZIALI) DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE BANCARIE.

Onde evitare la contemporanea pendenza di più procedure aventi il medesimo oggetto innanzi a diversi organismi, le Disp. App. emanate dalla Banca d'Italia in ossequio ad un basilare **principio di economia processuale** regolano espressamente il caso in cui altre procedure di soluzione giudiziale o stragiudiziale delle controversie siano attivate prima o contemporaneamente alla presentazione del ricorso all'ABF ⁽⁴⁰⁾.

In particolare:

- a) quando sulle questioni oggetto del ricorso all'ABF pende un procedimento avanti al giudice statale (sia esso un procedimento a cognizione piena ⁽⁴¹⁾ o

⁽³⁸⁾ Così prevedono le Disp. App., Sez. I, par. 4 in vigore dall'1.1.2012.

⁽³⁹⁾ BANCA D'ITALIA, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario - 2011*, p. 16 consultabile su www.arbitrobancariofinanziario.it.

⁽⁴⁰⁾ Disp. App. Sez. I, par. 4 e Sez. VI, par. 2.

⁽⁴¹⁾ Nel caso di azione collettiva risarcitoria ex art. 140-bis del Codice del Consumo, la controversia si intende sottoposta all'autorità giudiziaria dal momento in cui il consumatore o utente aderisce all'azione collettiva, pertanto è solo successivamente all'adesione che al cliente sarà impedito l'accesso all'ABF.

sommatoria, sia esso un procedimento cautelare ⁽⁴²⁾, sia esso un procedimento esecutivo) o all'arbitro ovvero pende un tentativo di conciliazione o di mediazione ⁽⁴³⁾, il ricorso all'ABF è **improponibile** e, se proposto, sarà **inammissibile** ⁽⁴⁴⁾;

b) quando, invece, il ricorso all'ABF viene proposto successivamente all'avvio di altro procedimento giudiziale o stragiudiziale di soluzione delle controversie è necessario operare un distinguo. Precisamente:

(i) nel caso sia stato avviato dal cliente un tentativo di conciliazione o di mediazione il collegio dichiara, anche d'ufficio, l'interruzione del procedimento ⁽⁴⁵⁾. In dottrina si è osservato che la disciplina esprime un netto *favor* per la conciliazione *inter partes*, che sarebbe verosimilmente frustrata dal sopravvenire di una decisione che riconoscesse la fondatezza delle pretese di taluna delle parti: si

⁽⁴²⁾ Cfr. Decisioni ABF n. 1029/2011 e n. 2163/2011. Non costituisce invece ostacolo alla cognizione dell'ABF una precedente pronuncia dell'Ombudsman Giurì- Bancario dato che quest'ultimo non rientra tra i sistemi previsti dalle disposizioni che escludono espressamente la sottoponibilità all'ABF delle sole controversie "rimesse a decisione arbitrale" o per cui "sia pendente un tentativo di conciliazione ai sensi delle norme di legge" (Cfr. Decisione ABF n. 146/2011).

⁽⁴³⁾ L'art. 5, D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 attribuisce alla procedura dinanzi all'ABF carattere alternativo rispetto al procedimento di mediazione ivi previsto. Pertanto, il procedimento relativo ai ricorsi proposti avanti all'ABF è da annoverarsi tra quelli il cui esperimento è idoneo a realizzare la condizione di procedibilità introdotta dal predetto art. 5, D.lgs. 4.3.2010, n. 28 anche per le controversie in materia bancaria e finanziaria (v. CAPOBIANCO, *op. cit.*, p. 3), senonché oggi di condizione di procedibilità non è più dato discorrere dal momento che la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della c.d. mediazione obbligatoria con conseguente venir meno nessun dell'obbligo di avviare un procedimento di mediazione o il procedimento avanti l'ABF prima di poter adire il giudice statale anche in materia bancaria e finanziaria.

⁽⁴⁴⁾ Salvo i ricorsi proposti entro il termine fissato dal giudice ai sensi dell'art. 5, c. 1, D.lgs. 4.3.2010, n. 28, prevedono (ancora) le Disp. App., Sez. I, par. 4 avendo a mente l'ipotesi di un giudizio avviato senza aver prima esperito la (oramai defunta) condizione di procedibilità prevista dal predetto art. 5, D.lgs. 4.3.2010, n. 28 (oramai espunto dall'ordinamento a seguito della sentenza n. 272 d'illegittimità costituzionale resa dalla Corte Costituzionale il 7.12.2012)

⁽⁴⁵⁾ Le Disp. App. così come modificate con provvedimento 12.12.2011 circoscrivono opportunamente l'improponibilità del ricorso (qualora sia già pendente un tentativo di conciliazione o di mediazione, v. sopra sub lett. a) e l'interruzione del procedimento davanti all'ABF (qualora la conciliazione o la mediazione vengano avviate in un momento successivo, v. sopra sub. lett. b. i)) ai soli casi in cui la procedura conciliativa sia stata promossa dal cliente o questi vi abbia aderito. Diversamente, far scaturire l'improponibilità del ricorso o l'interruzione del procedimento anche quando il tentativo di conciliazione o di mediazione sia stato avviato dall'intermediario, comprometterebbe significativamente il diritto irrinunciabile del cliente stesso a chiedere una pronuncia all'ABF.

tratterebbe di un fortissimi disincentivo per la «*parte che ha (virtualmente) ragione*» a fare qualsivoglia concessione al proprio avversario ⁽⁴⁶⁾;

(ii) invece, nel caso in cui l'intermediario abbia avviato un procedimento giudiziario o arbitrale, è prevista l'estinzione del procedimento stragiudiziale davanti all'ABF solo se il cliente vi rinunci espressamente, ben potendo il ricorrente dichiarare di avere comunque interesse alla prosecuzione del procedimento dinanzi all'organo decidente ⁽⁴⁷⁾.

Laddove sia stato invece il cliente ad avviare un procedimento giudiziario o arbitrale, l'effetto estintivo del procedimento davanti all'ABF è automatico, poiché, in tal caso, è il cliente che manifesta per *facta concludentia* il suo disinteresse alla procedura di ABF ⁽⁴⁸⁾.

Quanto precede se, da un lato, conferma il carattere non giurisdizionale dell'ABF (diversamente opinando potrebbero verificarsi inaccettabili violazioni del principio del *ne bis in idem* ⁽⁴⁹⁾), dall'altro lato, ammette l'eventualità di un contrasto pratico tra decisioni, senza che sia previsto alcun meccanismo di raccordo tra il sistema dell'ABF e il sistema di giustizia ordinaria (o arbitrale) ⁽⁵⁰⁾.

Fermo quanto precede, all'esito della procedura di ABF, è **sempre possibile** sia per il cliente insoddisfatto sia per l'intermediario soccombente ricorrere all'autorità

⁽⁴⁶⁾ CONSOLO - STELLA, *op. cit.*, p. 139..

⁽⁴⁷⁾ Si è voluto in tal modo evitare che l'intermediario utilizzi il ricorso all'autorità giudiziaria (o al giudizio arbitrale) in modo strumentale per paralizzare lo svolgimento della procedura dinanzi al Collegio dell'ABF, costringendo il cliente a sopportare i costi di una difesa davanti all'autorità giudiziaria (o, quelli ancor più onerosi, di una difesa davanti all'arbitro).

⁽⁴⁸⁾ Le nuove Disp. App., Sez. VI, par. 2, prevedono espressamente questa eventualità.

⁽⁴⁹⁾ PETRELLA, *op. cit.*, p. 303.

⁽⁵⁰⁾ Nondimeno, in dottrina si rileva correttamente che «in ogni caso la decisione dell'ABF non potrà mai prevalere sulla decisione assunta dal giudice ordinario o dall'altro organismo adito dall'intermediario, qualunque decisione questo dovesse assumere, sia conforme che difforme da quella dell'ABF, [pertanto] non si comprende il motivo di aver attribuito in questi casi la disponibilità della prosecuzione del ricorso in capo al cliente, in luogo della sospensione del giudizio dinanzi all'ABF, al fine di evitare, non solo una duplicità di giudizi, ma soprattutto il rischio di un'eventuale difformità di opinioni, che pur non integrando un contrasto tra giudicati, di fatto potrebbero indebolire l'autorevolezza degli orientamenti espressi dall'Arbitro Bancario Finanziario» (così LA TORRE, *op. cit.*, p. 272).

giudiziaria ovvero attivare ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento per veder riconosciuti e tutelati i propri diritti ⁽⁵¹⁾.

* * *

VI. L'ORGANO DECIDENTE.

VI.1 STRUTTURA.

L'ABF è strutturalmente articolato in tre diversi collegi con sede rispettivamente a Milano, Roma e Napoli la cui competenza è determinata in ragione del domicilio eletto dal cliente nel proprio ricorso ⁽⁵²⁾. Ciascun collegio è composto da cinque membri: il presidente e due componenti sono designati dalla Banca d'Italia, un componente è designato da organismi associativi degli intermediari che presentano requisiti di ampia diffusione territoriale e adeguata rappresentatività degli intermediari, mentre l'ultimo componente è designato dalle associazioni rappresentative dei clienti ⁽⁵³⁾.

L'attribuzione del potere di nomina di due componenti del collegio alle associazioni degli intermediari e a quelle dei clienti punta ad assicurare ai soggetti portatori dei diversi **interessi coinvolti** nel procedimento decisionale **un'effettiva**

⁽⁵¹⁾ Disp. App., Sez. VI, par. 3. In ogni caso, resta inteso che l'intermediario soccombente se inadempiente sarà soggetto all'applicazione delle sanzioni di cui *infra* sub VII.5.

⁽⁵²⁾ Le Disp. App., Sez. III, par. 1, prevedono che “*Il collegio con sede a Milano è competente per le decisioni sui ricorsi presentati da clienti aventi il proprio domicilio in una delle seguenti Regioni: Emilia Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Lombardia, Piemonte, Trentino-Alto Adige, Valle d'Aosta, Veneto. Il collegio con sede a Roma è competente per le decisioni sui ricorsi presentati da clienti aventi il proprio domicilio in: Abruzzo, Lazio, Marche, Sardegna, Toscana, Umbria. Il collegio è inoltre competente per i ricorsi presentati da clienti aventi il proprio domicilio in uno Stato estero. Il collegio con sede a Napoli è competente per la decisione sui ricorsi presentati da clienti aventi il proprio domicilio in: Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sicilia.*”.

⁽⁵³⁾ Le Disp. App. Sez. II, par. 2 prevedono che “*in casi eccezionali, ove sussistono comprovate esigenze di specializzazione e di rappresentatività dei componenti e a condizione che ciò non pregiudichi l'economicità e l'efficienza della procedura*”, la Banca d'Italia può permettere a un organismo associativo di designare più componenti dell'organo decidente, che si alternino in funzione delle caratteristiche del ricorso. Al riguardo, si segnala che le associazioni degli intermediari hanno designato due distinti rappresentanti che si alternano a seconda che i ricorsi siano proposti dai “consumatori” oppure da “non consumatori”.

La designazione del componente espresso dalle associazioni rappresentative dei clienti è effettuata per i consumatori dal Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti (CNCU) di cui all'art. 136 del Codice del Consumo; mentre, per le altre categorie di clienti, la designazione è fatta da associazioni di categoria che raccolgono, anche attraverso accordi con altre associazioni di categoria, un significativo numero di clienti distribuiti sull'intero territorio nazionale e che hanno svolto attività continuativa nei tre anni precedenti. Ad esempio le prime nomine sono avvenute su designazione di Confindustria, di concerto con Confcommercio, Confagricoltura e Confartigianato.

rappresentanza all'interno dell'ABF, mentre la scelta di affidare alla Banca d'Italia il potere di designare la maggioranza dei componenti del collegio (il presidente e due membri) sembra diretta a garantire la necessaria **terzietà** (rispetto alle parti) ed **equidistanza** (rispetto agli interessi in conflitto) dell'organo decidente⁽⁵⁴⁾.

Accanto ai cinque membri effettivi del collegio, sono nominati con le medesime modalità sopraindicate anche uno o più componenti supplenti che sostituiscano i primi in caso di loro assenza, impedimento o astensione⁽⁵⁵⁾, nonché quando tale sostituzione si rendesse necessaria per assicurare la funzionalità dell'attività del collegio in ragione del flusso dei ricorsi e dei carichi di lavoro dei membri effettivi.

Sempre al fine di assicurare effettività e continuità al funzionamento dell'organo decidente, qualora le associazioni non provvedano a designare i membri (effettivi o supplenti) di loro competenza, la Banca d'Italia può sollecitarli a provvedere e, qualora tale designazione comunque non intervenga nei successivi 30 giorni dal sollecito, la stessa Banca d'Italia nomina dei membri provvisori che restano in carica sino alla reintegrazione dell'organo con la nomina dei membri designati dalle associazioni di categoria. I componenti del Collegio restano in carica per tre anni (con possibilità di rinnovo dell'incarico per altri tre anni), ad eccezione del Presidente che ha un mandato quinquennale (rinnovabile il successivo quinquennio).

VI.2 REQUISITI SOGGETTIVI.

I componenti del collegio devono possedere requisiti di esperienza, professionalità, integrità e indipendenza.

Quanto alla **esperienza e professionalità**, i componenti del Collegio sono scelti tra docenti universitari in discipline giuridiche o economiche, professionisti iscritti da almeno dodici anni ad albi professionali nelle medesime materie (es. avvocati o dottori commercialisti), magistrati in quiescenza o altri soggetti in

⁽⁵⁴⁾ Cfr. AULETTA, *op. cit.*, p. 85 e SOLDATI, *op. cit.*, p. 858.

⁽⁵⁵⁾ Laddove assenza, impedimento o astensione colpiscono il Presidente, il suo ruolo verrà svolto dal membro più anziano di quelli effettivi ovvero, in mancanza, di quelli supplenti tra quelli designati dalla Banca d'Italia. L'anzianità si determina in base alla permanenza in carica e, in caso di eguale permanenza, in base all'età anagrafica (Disp. App., Sez. III, par. 2).

possesso di una significativa e comprovata competenza in materia bancaria, finanziaria o di tutela dei consumatori ⁽⁵⁶⁾.

Quanto all'**integrità**, è previsto che non possono essere nominati componenti dell'organo decidente coloro che (i) siano stati condannati per uno dei reati previsti dalle norme che disciplinano l'attività bancaria, finanziaria, mobiliare, assicurativa, dalle norme in materia di mercati e valori mobiliari e di strumenti di pagamento, ovvero per i reati di riciclaggio e usura; (ii) abbiano riportato condanne definitive per altri delitti non colposi o a pena detentiva, anche per contravvenzione; (iii) abbiano riportato condanne a pena detentiva, applicata su richiesta delle parti, non inferiore a sei mesi; (iv) siano incorsi nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici; (v) siano stati sottoposti a misure di prevenzione o di sicurezza ⁽⁵⁷⁾.

Infine, quanto all'**indipendenza**, è previsto che i componenti del collegio che versino in situazioni di conflitto d'interessi rispetto alle parti o alle questioni oggetto della controversia (ad esempio, per aver occasionalmente prestato la propria collaborazione professionale a favore di una delle parti della controversia ⁽⁵⁸⁾) devono darne immediatamente notizia alla segreteria tecnica, ai fini della convocazione dei rispettivi supplenti; nel caso la situazione di conflitto di interessi emerga solo nel corso della riunione, la trattazione del ricorso viene rinviata ⁽⁵⁹⁾.

Ogni membro del collegio nell'esercizio delle sue funzioni è tenuto al rispetto del Regolamento per il funzionamento dell'Organo decidente dell'ABF e del codice deontologico predisposto dalla Banca d'Italia ⁽⁶⁰⁾.

La stessa Banca d'Italia può dichiarare la **decadenza dall'ufficio** di un componente del collegio in caso di reiterate assenze, così come può disporre la

⁽⁵⁶⁾ Disp. App., Sez. III, par. 2.

⁽⁵⁷⁾ Disp. App., Sez. III, par. 3.

⁽⁵⁸⁾ La normativa secondaria (Disp. App., Sez. III, par. 3) contiene un espresso divieto di nomina di coloro che, nel biennio precedente, abbiano ricoperto cariche sociali o svolto attività di lavoro subordinato ovvero di lavoro autonomo avente carattere di collaborazione coordinata e continuativa presso gli intermediari o le loro associazioni o presso le associazioni dei consumatori o delle altre categorie di clienti. Tale previsione è evidentemente diretta a garantire che l'ABF venga percepito anche all'esterno come un organo effettivamente imparziale, insomma a garantire la c.d. "apparenza" di imparzialità.

⁽⁵⁹⁾ Disp. App., Sez. III, par. 4.

⁽⁶⁰⁾ Il Regolamento per il funzionamento dell'Organo decidente dell'ABF ed il codice deontologico sono pubblicati sul sito web dell'ABF.

revoca in presenza di giusta causa (i.e. perdita dei requisiti per la nomina o violazioni del codice deontologico) ⁽⁶¹⁾. In tali ipotesi la continuità dell'organo viene garantita dalla nomina di componenti provvisori che restano in carica fino alla nomina di nuovi componenti in sostituzione di quelli decaduti o revocati.

Per lo svolgimento della propria attività ciascun membro del Collegio ha diritto a percepire un compenso determinato dalla Banca d'Italia secondo una tabella pubblicata sul sito web della medesima autorità di vigilanza ⁽⁶²⁾, tuttavia mentre per i membri designati dalla stessa Banca d'Italia e dalle associazioni rappresentative dei clienti i compensi sono a carico della Banca d'Italia, per i membri designati dalle associazioni rappresentative degli intermediari sono le stesse associazioni a farsi carico dei relativi costi attraverso un sistema di contribuzione obbligatoria ⁽⁶³⁾. Vi è dunque una diversa ripartizione tra clienti e intermediari dei costi del sistema che, *per un verso*, riflette i diversi rapporti di forza sussistenti tra le due categorie e, *per altro verso*, è conforme alla natura dell'istituto nato e concepito come strumento di tutela del cliente contro comportamenti illegittimi e non corretti dell'intermediario di talché i relativi costi sono addossati in larga misura in capo ai soggetti (gli intermediari) che con il loro comportamento (illegittimo e/o scorretto) hanno determinato i presupposti per avviare il procedimento avanti l'ABF ⁽⁶⁴⁾.

VI.3 FUNZIONAMENTO.

Ciascun collegio è regolarmente e validamente costituito con la presenza di tutti i suoi membri. Eventuali impedimenti alla partecipazione alle riunioni sono comunicati senza indugio dal componente interessato alla segreteria tecnica che provvede a convocare il componente supplente.

Il presidente coordina i lavori, approvando il calendario delle riunioni e l'agenda di ogni riunione, inoltre, per ogni ricorso nomina un **relatore** tra i componenti del

⁽⁶¹⁾ Disp. App., Sez. III, par. 2.

⁽⁶²⁾ www.bancaditalia.it.

⁽⁶³⁾ Disp. App., Sez. V, par. 1.

⁽⁶⁴⁾ Il *funding* dell'ABF avviene dunque secondo modalità che si collocano a "metà strada" tra quelle previste per il *Financial Ombudsman Service* inglese (ove i costi del sistema sono integralmente a carico degli intermediari, v. *supra* sub Cap. 2, par. III.4) e il *Servicio de Reclamaciones* spagnolo (ove i costi del sistema sono completamente a carico del *Banco de Espana*, v. *supra* sub Cap. 2, par. VI.4).

collegio che avrà la funzione di studiare la causa ed illustrare agli altri membri del collegio gli elementi di fatto e di diritto della controversia, nonché di prospettare le possibili soluzioni della stessa. Il collegio assume la decisione a **maggioranza** e il presidente vota per ultimo, accerta i risultati della votazione e sottoscrive la decisione ⁽⁶⁵⁾.

VI.4 COLLEGIO DI COORDINAMENTO.

L'elevato numero di ricorsi all'ABF durante il primo biennio di funzionamento del sistema (2009-2011) ⁽⁶⁶⁾ e la rilevanza delle decisioni che i collegi sono chiamati ad assumere nell'ambito dei rapporti tra intermediari e clienti ⁽⁶⁷⁾, hanno reso opportuno predisporre un meccanismo idoneo a ridurre il rischio d'incoerenze (o, addirittura, veri e propri contrasti) negli indirizzi interpretativi di volta in volta seguiti dai tre collegi territoriali.

Le Disp. App. in vigore dal 1° gennaio 2012 prevedono così l'istituzione di un "Collegio di coordinamento" ⁽⁶⁸⁾, ossia un particolare collegio costituito dai presidenti dei tre collegi territoriali, da un membro designato dalle associazioni degli intermediari e da un membro designato dalle associazioni dei clienti appartenenti ai singoli collegi territoriali ⁽⁶⁹⁾, a cui ciascun collegio territorialmente competente sul ricorso o il suo presidente può sottoporre la decisione quando ritiene che ricorrano questioni di

⁽⁶⁵⁾ Le nuove Disp. App. in vigore dal 1.1.2012 ampliano significativamente le prerogative del presidente attribuendogli poteri decisorii del ricorso in casi di manifesta irricevibilità o inammissibilità (v. *infra* sub par. VII.3)

⁽⁶⁶⁾ La "Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario - anno 2011" consultabile su www.arbitrobancariofinanziario.it ha evidenziato che nel corso del biennio 2010-2011 sono stati quasi 7.000 i ricorsi presentati all'ABF.

⁽⁶⁷⁾ I ricorsi hanno ad oggetto questioni che toccano in modo diretto e importante la vita dei consumatori e delle imprese riguardando, tra l'altro, mutui, conti corrente, carte di credito e bancomat, segnalazioni a sistemi privati d'informazione creditizia (SIC), alla centrale rischi e alla centrale d'allarme interbancaria (CAI).

⁽⁶⁸⁾ Cfr. Disp. App. Sez. III, par. 5.

⁽⁶⁹⁾ I componenti effettivi e supplenti del collegio di coordinamento sono estratti a sorte annualmente tra i membri dei singoli collegi secondo meccanismi che garantiscano la rappresentatività e neutralità dell'organo. L'attività di segreteria tecnica per il collegio di coordinamento sarà svolta dalla segreteria del collegio territorialmente competente per il ricorso o, nel caso di pluralità di ricorsi, dalla segreteria individuata dalla struttura centrale di coordinamento.

particolare rilievo o comunque tali ha aver generato (o comunque idonee a generare) orientamenti non uniformi tra i singoli collegi territoriali ⁽⁷⁰⁾.

Il Collegio di Coordinamento **non** costituisce un **organo autonomo** al quale il cliente può rivolgersi direttamente, né un **“secondo grado di giudizio”**. Si tratta, invece, di una particolare composizione dell’ABF cui si è inteso attribuire una vera e propria **funzione nomofilattica** (insomma, una sorta di Sezioni Unite specializzate), particolarmente importante in materia bancaria, perché contribuisce a dare certezza e sicurezza ai rapporti (spesso complessi) tra intermediari e clienti e, al contempo, garantisce maggior autorevolezza ed efficacia al sistema dell’ABF nel suo complesso le cui decisioni, in tal modo, sembrano con più forza costituire precedenti (non giuridicamente vincolanti, ma quantomeno “moralmente”) idonei a condizionare la giurisprudenza dei Tribunali e delle Corti d’Appello. Da un punto di vista procedimentale, si osserva che il Collegio di Coordinamento decide sulla controversia senza ulteriori rinvii al Collegio territoriale e, al contempo, fissa il principio di diritto che i Collegi territoriali sono tenuti a seguire per decidere i ricorsi futuri sulla stessa materia, salvo che ritengano di discostarsene, dovendo in tal caso motivare le ragioni del loro disallineamento.

* * *

VI.5 SEGRETERIA TECNICA.

Per lo svolgimento della propria attività decisionale i collegi dell’ABF sono supportati da una segreteria tecnica gestita e organizzata dalla Banca d’Italia presso ciascuna delle sedi dei collegi territoriali (i.e. Roma, Milano, Napoli). Il compito primario di ciascuna segreteria tecnica è offrire al Collegio una ricostruzione ordinata e documentata degli elementi di fatto che sono oggetto della controversia ⁽⁷¹⁾. In altri termini, la segreteria cura l’attività istruttoria preliminare che culmina

⁽⁷⁰⁾ Disp. App., Sez III, par. 5.

⁽⁷¹⁾ Nel dettaglio, la segreteria tecnica: (i) riceve i ricorsi della clientela, provvedendo alla loro classificazione e all’apertura dei relativi fascicoli, e ne trasmette copia agli intermediari qualora non vi abbia già provveduto il cliente; (ii) riceve la documentazione da parte degli intermediari (controdeduzioni e documenti relativi alla procedura di reclamo); (iii) accerta la completezza, la regolarità e la tempestività della documentazione presentata dalle parti e, ove necessario, chiede le necessarie integrazioni fissando un termine per la loro produzione; (iv) nei casi di manifesta irricevibilità o inammissibilità del ricorso, sottopone prontamente l’atto al Presidente del Collegio affinché questi provveda a dichiararlo inammissibile, salvo il caso in cui rilevi irregolarità sanabili e, in tal caso, fissa un termine per la regolarizzazione o per le

con una **relazione tecnica** ove è riportata la ricostruzione dei fatti esposta dalle parti, corredata dai documenti acquisiti e da chiarimenti sui dati tecnici oggetto delle deduzioni delle parti. La relazione è inoltre corredata dall'elencazione delle norme che regolano la materia oggetto del ricorso, dall'indicazione di eventuali massime giurisprudenziali, nonché, soprattutto, dalla segnalazione di precedenti pronunce del medesimo o di altri collegi. Si tratta, dunque, di compiti particolarmente importanti perché volti a facilitare l'attività del collegio nel pronto inquadramento e nella rapida decisione del caso oggetto del ricorso ⁽⁷²⁾.

Le tre segreterie tecniche sono poi coordinate da una **struttura centrale** istituita presso l'Amministrazione Centrale della Banca d'Italia, la quale è, tra l'altro, incaricata di predisporre e pubblicare sul sito internet dell'ABF un archivio elettronico delle decisioni pronunciate dai collegi; curare la redazione della relazione che la Banca d'Italia deve pubblicare annualmente sull'attività svolta dall'ABF; monitorare i processi di lavoro e individuare le linee guida per migliorare l'efficienza del sistema; svolgere le attività connesse alla nomina, revoca e decadenza dei componenti dell'organo decidente; individuare la segreteria tecnica competente in caso di pluralità di ricorsi rimessi contestualmente al Collegio di coordinamento; nonché, gestire gli adempimenti connessi alla partecipazione dell'ABF alla rete Fin. Net (v. *supra* sub Cap. 2, par. II e *infra* sub par. IX). ⁽⁷³⁾.

* * *

integrazioni necessarie, restituendo al contempo il ricorso alla segreteria; (v) cura la formazione del fascicolo contenente il ricorso, le controdeduzioni, la documentazione presentata dalle parti e ogni altro documento utile ai fini della decisione; (vi) istruisce il ricorso per il Collegio, predisponendo una relazione da rendere disponibile per ciascun componente del Collegio prima della riunione in cui viene discusso il ricorso; (vii) fissa il calendario delle riunioni del Collegio che deve essere approvato dal Presidente, ne convoca i membri e li informa sull'agenda dei ricorsi da trattare; (viii) assiste alle riunioni del Collegio e ne redige il verbale; (ix) cura le comunicazioni alle parti nel corso della procedura; (x) alimenta l'archivio elettronico delle decisioni; (xi) assume provvedimenti in caso di accertato inadempimento delle decisioni da parte degli intermediari. A tale ultimo riguardo si precisa che il compito di accertare il mancato adempimento alla decisione da parte dell'intermediario spetta esclusivamente al Collegio mentre la segreteria tecnica si limita ad eseguire gli adempimenti amministrativi necessari a dar corso alla conseguente pubblicazione, senza disporre di alcuna discrezionalità in proposito.

⁽⁷²⁾ DE CAROLIS, *op. cit.*, p. 17.

⁽⁷³⁾ Disp. App., Sez. IV, par. 2.

VII. PROCEDIMENTO E DECISIONE.

VII.1 RECLAMO ALL'INTERMEDIARIO.

L'accesso all'ABF è subordinato al previo espletamento di una fase di reclamo davanti all'intermediario. In altri termini, il cliente che è stato pregiudicato (o, comunque, ritiene di essere stato pregiudicato) da un comportamento ingiusto o non regolare dell'intermediario prima di poter ricorrere all'ABF è tenuto, a **pena d'improcedibilità del ricorso**, a presentare all'intermediario un reclamo ossia un atto (in forma scritta o su altro supporto durevole) con cui contesta a quest'ultimo un suo comportamento o una sua omissione, ciò in quanto «è essenziale che l'intermediari assicurati la massima cura alla funzione di gestione dei reclami, al fine di prevenire l'insorgere di controversie e di risolvere già in questa fase preliminare le situazioni di potenziale insoddisfazione del cliente»⁽⁷⁴⁾.

Unica deroga al meccanismo del reclamo preventivo è (era) rappresentata dai ricorsi relativi a controversie pendenti avanti l'autorità giudiziaria in relazione alle quali il giudice rilevi (avesse rilevato) il mancato esperimento della condizione di procedibilità di cui all'art. 5, c. 1, D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e, quindi, rinvii (avesse rinviato) la causa per consentire medio tempore di avviare un procedimento davanti all'ABF (o ad altro organismo di conciliazione). Ma a seguito della declaratoria d'incostituzionalità della predetta disposizione legislativa e del conseguente venir meno della c.d. mediazione obbligatoria, in nessun caso è oggi possibile avviare un procedimento avanti l'ABF senza il preventivo esaurimento della fase di reclamo presso l'intermediario, benché le Disp. App. attualmente vigenti non abbiano ancora recepito gli effetti conseguenti alla sentenza della Corte Costituzionale del 6 dicembre 2012, n. 272.

Al fine di dare pronto riscontro alle contestazioni sollevate dalla clientela, gli intermediari sono tenuti a costituire un apposito ufficio reclami o, in alternativa, a individuare un responsabile della relativa funzione, insomma un soggetto preposto a rispondere alle lamentele provenienti dalla clientela⁽⁷⁵⁾. L'ufficio reclami dell'intermediario si pronuncia entro trenta giorni dalla ricezione del reclamo e, qualora l'accolga, indica le iniziative che l'intermediario si impegna ad assumere e i

⁽⁷⁴⁾ Così mettevano in evidenza le Disp. App. Sez. VI, par. 1 in vigore sino al 31.12.2011.

⁽⁷⁵⁾ Art. 4, c. 2, Delibera CICR del 29.7.2008, n. 275.

tempi entro i quali le stesse verranno realizzate ⁽⁷⁶⁾. L'intermediario non può pertanto limitarsi ad accogliere genericamente il reclamo, ma deve indicare i termini per l'adempimento ⁽⁷⁷⁾, decorsi i quali il cliente può senz'altro rivolgersi all'ABF. Se, invece, il reclamo è ritenuto infondato, l'intermediario illustra in maniera chiara ed esauriente i motivi di rigetto e fornisce al cliente tutte le indicazioni per adire l'ABF.

In ogni caso, gli uffici reclami degli intermediari devono essere **costantemente aggiornati** sugli orientamenti dell'ABF e devono **valutare i nuovi reclami pervenuti proprio alla luce dei predetti orientamenti**, verificando se la questione sottoposta dal cliente rientri in fattispecie analoghe a quelle già decise dai collegi e considerando le soluzioni adottate in tali casi ⁽⁷⁸⁾.

Questo **non** significa che le decisioni assunte dall'ABF abbiano **valore di precedente vincolante** per l'intermediario nel decidere il reclamo ricevuto dal cliente; ma solo che l'intermediario deve tenere i precedenti dell'ABF nella debita considerazione, per cui se il medesimo caso ha già formato oggetto di una o più pronunce dello stesso tenore da parte del medesimo collegio o dei diversi collegi territoriali, salvo vi siano aspetti particolari che lo differenzino da queste o siano nel frattempo intervenute novità normative, lodi arbitrali autorevoli, sentenze, anche di merito, oltre che di legittimità, o anche autorevoli contributi di dottrina di segno contrario o semplicemente difforme dall'orientamento assunto dall'ABF, è opportuno che l'intermediario si attenga a tali decisioni, onde evitare l'eventuale soccombenza a seguito dell'accoglimento del successivo ricorso del cliente ⁽⁷⁹⁾. L'esigenza di conformarsi all'orientamento dell'ABF è ancor più pregnante in relazione alle questioni per le quali vi è stata anche una pronuncia del Collegio di

⁽⁷⁶⁾ Le nuove Disp. App. non prevedono più un'analitica disciplina della fase di reclamo davanti all'intermediario (diversamente da quanto accadeva nella vigenza delle vecchie Disp. App.), perché con la riforma della disciplina di trasparenza (v. provvedimento della Banca d'Italia del 29.7.2009 in tema di "*Trasparenza delle operazioni e dei servizi finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*"), la necessità d'istituire procedure efficienti di gestione dei reclami della clientela è stata prevista come requisito organizzativo di tutti gli intermediari che offrono servizi disciplinati dal TUB, indipendentemente dalla rilevanza che essa assume nel sistema dell'ABF. La presenza di queste disposizioni di carattere generale ha reso quindi superfluo mantenere una disciplina del tutto analoga all'interno delle Disp. App. relative all'ABF.

⁽⁷⁷⁾ Art. 4, c. 3, Delibera CICR del 29.7.2008, n. 275

⁽⁷⁸⁾ Disp. App. Sez. VI, par. 1.

⁽⁷⁹⁾ LA TORRE, *op. cit.*, p. 258-259.

coordinamento che ha espressamente trattato e disatteso una determinata interpretazione/soluzione decisionale che l'ufficio reclami potrebbe astrattamente fa propria.

Resta peraltro inteso che, quando la medesima questione ha già formato oggetto di una decisione dell'ABF nei confronti del medesimo intermediario contro cui è proposto il nuovo ricorso, la vincolatività del precedente per l'ufficio reclami di quell'intermediario sarà senz'altro più forte e difficilmente l'intermediario potrà distaccarsene, anche considerando che la Banca d'Italia considera non conforme al principio generale di correttezza il comportamento dell'intermediario che, a fronte di un orientamento costante e uniforme dell'ABF favorevole al cliente sulla questione sottoposta, non abbia risolto la controversia in fase di reclamo e abbia invece accolto le ragioni del cliente solo dopo l'avvio della procedura dinanzi all'ABF ⁽⁸⁰⁾.

VII.2 RICORSO ALL'ABF.

VII.2.1 Termini e modalità di ricorso.

Quando il cliente è insoddisfatto dell'esito della procedura di reclamo espletata davanti all'intermediario (perché il suo reclamo è stato in tutto o in parte respinto) ovvero il reclamo non ha avuto esito nel termine di trenta giorni, entro i successivi dodici mesi ⁽⁸¹⁾ il cliente può presentare o inviare il ricorso alla segreteria tecnica del collegio competente (i.e. collegio nella cui zona di competenza territoriale ha sede o residenza il cliente) o a qualsiasi filiale della Banca d'Italia che provvede ad inoltrarlo alla segreteria tecnica del collegio competente ⁽⁸²⁾. In questo senso, si è affermato che il ricorso all'ABF assumerebbe la funzione di "gravame" contro il silenzio o le decisioni di rigetto, anche parziale, dell'intermediario ⁽⁸³⁾. Da quanto precede, si ricava una prima importante caratteristica del procedimento

⁽⁸⁰⁾ Cfr. BANCA D'ITALIA, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario - 2011*, p. 16 consultabile www.arbitrobancariofinanziario.it.

⁽⁸¹⁾ Il mancato rispetto del termine di dodici mesi determina l'improcedibilità del ricorso (Disp. App., Sez. VI, par. 2), infatti se il reclamo non viene seguito in tempi relativamente brevi del ricorso, si può concludere che il cliente abbia perso interesse ad agire nei confronti della banca. Ciò non significa che sarà precluso *tout court* l'accesso all'ABF, ma solo che sarà necessario esperire preventivamente una nuova procedura di reclamo.

⁽⁸²⁾ Art. 5, c. 2, Delibera CICR del 29.7.2008, n. 275 e Disp. App. Sez. VI, par. 2.

⁽⁸³⁾ LA TORRE, *op. cit.*, p. 267.

davanti all'ABF: **la legittimazione attiva appartiene esclusivamente al cliente insoddisfatto** (e mai all'intermediario).

Il ricorso deve essere corredato, a pena d'irricevibilità, dalla documentazione attestante l'avvenuto versamento dell'importo di Euro 20,00 a titolo di spese di procedura ⁽⁸⁴⁾ e può essere presentato direttamente dal cliente interessato oppure da un'associazione di categoria alla quale il cliente medesimo aderisca ovvero da altro soggetto munito di procura.

Il ricorso deve essere redatto utilizzando l'apposita modulistica (disponibile sul sito web dell'ABF, ma reperibile anche presso tutte le filiali della Banca d'Italia) e deve essere tempestivamente comunicato all'intermediario ⁽⁸⁵⁾.

Il diritto del cliente di ricorrere all'ABF **non può formare oggetto di rinuncia**, pena la nullità dell'eventuale dichiarazione di rinuncia formulata dal cliente stesso ⁽⁸⁶⁾. Gli intermediari, anche a motivo del regime di mediazione obbligatoria introdotta dall'art. 5 D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (e solo di recente dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Consulta con sentenza 6 dicembre 2012, n. 272), hanno inserito nei contratti con la clientela clausole che individuano in anticipo un organismo conciliativo al quale sottoporre le eventuali controversie. Tuttavia, la sottoscrizione di questa tipologia di clausole da parte della clientela non

⁽⁸⁴⁾ Il costo del procedimento per il cliente è praticamente nullo se si considera che l'importo di Euro 20,00 è destinato ad essere rimborsato dall'intermediario nel caso di accoglimento del ricorso. Tuttavia, è stato correttamente rilevato che la previsione di una simbolica spesa di procedura rimborsabile assolve ad una duplice funzione: incentiva chi ritiene di avere effettivamente ragione e, al contempo, disincentiva la presentazione di ricorsi meramente pretestuosi e infondati (così SANGIOVANNI, *op. cit.*, p. 958).

⁽⁸⁵⁾ Le nuove Disp. App., Sez. VI, par. 1 attribuiscono un ruolo suppletivo alla segreteria tecnica nel comunicare all'intermediario l'avvenuta presentazione del ricorso laddove tale comunicazione non venga effettuata dal cliente.

⁽⁸⁶⁾ Potrebbe sorgere il dubbio che una simile previsione - in assenza di un riferimento normativo nel testo dell'art. 128-bis - si traduca nella comminatoria di una nullità (della eventuale clausola di rinuncia) non supportata da idonea fonte normativa (in quanto disposta solo da disciplina di carattere regolamentare e non da norma avente forza di legge). Ciò con la conseguenza di restringere il possibile giudizio di nullità della eventuale clausola di rinuncia nei limiti della tutela disposta dal codice del consumo, in quanto vessatoria ai sensi del relativo art. 33, lett. b). Il dubbio, peraltro, pare superabile, ove si ponga mente a quanto previsto, in via generale, dall'art. 127, c. 1, TUB, secondo cui le disposizioni del Titolo VI - quelle cioè in materia di trasparenza, tra cui l'art. 128-bis - "*sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente*". Ed è nella prospettiva, appunto, di un simile generale divieto di derogare *in peius* quanto previsto a tutela del cliente che può, allora, essere apprezzata - e conseguentemente legittimata - la previsione della irrinunciabilità del diritto di avvalersi della peculiare forma di tutela di cui all'art. 128 - bis TUB (così QUADRI, *op. cit.*, p. 311)

determina la perdita del diritto di ricorrere all'ABF che, come detto, è irrinunciabile⁽⁸⁷⁾.

Entro trenta giorni dalla ricezione della comunicazione del ricorso, l'intermediario trasmette le proprie controdeduzioni, unitamente a tutta la documentazione utile ai fini della valutazione del ricorso, ivi compresa quella relativa alla fase di reclamo. Se l'intermediario aderisce ad un'associazione degli intermediari, le controdeduzioni e la citata documentazione sono trasmesse, entro il medesimo termine di trenta giorni, alla predetta associazione, la quale, verificata la completezza della documentazione ed il rispetto della norme procedurali, la inoltra, entro i successivi quindici giorni, alla segreteria tecnica. La condotta dell'intermediario che omettendo o ritardando l'invio della documentazione, ivi compresa quella integrativa richiesta dalla segreteria tecnica, renda impossibile una pronuncia sul merito, può essere valutata anche al fine dell'applicazione delle sanzioni reputazionali che si esamineranno nel proseguo della trattazione (v. *infra* sub par. VII.5).

La segreteria tecnica trasmette al ricorrente copia delle controdeduzioni dell'intermediario, benché poi le norme procedurali non prevedono alcuna possibilità per il cliente di replicare alle controdeduzioni avversarie e/o modificare la domanda formulata nel proprio ricorso.

Da quanto precede si ricava come il procedimento avanti l'ABF sia caratterizzato da una **forma di contraddittorio molto attenuata**. Infatti, *da un lato*, è previsto che a fronte del ricorso del cliente l'intermediario tramite le controdeduzioni può far valere le proprie ragioni (i.e. contraddire/confutare le richieste avanzate dal cliente) ma, *dall'altro lato*, al cliente non è riconosciuta possibilità alcuna di controreplicare all'intermediario, né per iscritto attraverso il deposito di un'apposita memoria difensiva, né oralmente nell'ambito di un'udienza di discussione. Insomma, le esigenze di celerità e concentrazione del procedimento davanti all'ABF, determinano una (inevitabile) compressione del diritto al contraddittorio sull'oggetto del ricorso secondo un modello che non ha

⁽⁸⁷⁾ In questo senso si osserva che l'irrinunciabilità del diritto del cliente di ricorrere all'ABF è stata rafforzata dalle nuove Disp. App. ove si prevede l'obbligo per l'intermediario d'indicare espressamente nel contratto la possibilità di rivolgersi all'ABF anche quando il contratto medesimo contiene clausole compromissorie o prevede il ricorso ad altri meccanismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie (v. Disp. App., Sez. VII, par. 2)

“precedenti” tra i procedimenti che possono essere avviati avanti l’autorità giudiziaria ordinaria nel nostro ordinamento ⁽⁸⁸⁾.

D’altra parte però tale circostanza non deve preoccupare oltremodo dato che l’ABF **non è un giudice** (né potrebbe esserlo stante il divieto di istituzione di giudici speciali sancito dall’art. 102 Cost.) e le sue **decisioni non hanno il valore, né producono gli effetti di una sentenza** (la sua attività non assurge dunque ad esercizio di *iurisdictio*), tanto che il cliente (così come l’intermediario) sono sempre liberi di avviare un procedimento giurisdizionale ove far valere i propri diritti e le proprie pretese con tutte le garanzie offerte da un processo davanti l’autorità giudiziaria ordinaria ivi incluso il diritto ad un contraddittorio pieno (v. *infra* sub VII.6).

VII.2.2 Oggetto del reclamo e oggetto del ricorso.

Il ricorso all’ABF deve avere ad oggetto la medesima contestazione formulata dal cliente nel reclamo presentato all’intermediario ⁽⁸⁹⁾. Tuttavia, nel valutare la sussistenza del requisito dell’**identità di oggetto** tra reclamo e ricorso, l’ABF adotta un approccio “flessibile” ossia prende in considerazione tutte le eventuali comunicazioni inviate dal cliente all’intermediario ove si evidenziano le specifiche ragioni di contrasto con l’intermediario poi trasfuse nel ricorso ⁽⁹⁰⁾.

Occorre tuttavia rilevare che le Disp. App. della Banca d’Italia non indicano quale siano gli effetti sul piano procedimentale nel caso in cui il ricorso contenga una contestazione (parzialmente o totalmente) diversa rispetto a quella oggetto del reclamo inoltrato all’intermediario o nel caso in cui il cliente, pur sollevando la medesima contestazione nei confronti dell’intermediario, adduca una nuova e diversa pretesa ovvero allegghi nuove argomentazioni o produca ulteriori documenti rispetto a quanto eventualmente avvenuto in sede di reclamo. In caso di

⁽⁸⁸⁾ Il diritto al contraddittorio è pienamente garantito *sia* nell’ambito di procedimenti giurisdizionali a cognizione piena (quand’anche siano caratterizzati da un rigido sistema di preclusioni e decadenze, si pensi al rito del lavoro), *sia* nell’ambito dei procedimenti a cognizione sommaria (es. rito sommario di cognizione ex art. 702-bis e ss.), *sia* nell’ambito di procedimenti sommari (es. procedimento per decreto ingiuntivo e procedimento di convalida di licenza o di sfratto caratterizzati da una prima (necessaria) fase *in audita altera parte* ed una seconda (eventuale) fase a contraddittorio integro).

⁽⁸⁹⁾ Disp. App. Sez. VI, par. 1.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. Decisione ABF n. 151/2011

contestazione o pretesa nuova, si sostiene correttamente che il ricorso debba essere dichiarato **improcedibile** o **irricevibile**, poiché integra un mutamento della domanda che, *da un lato*, viola la condizione di procedibilità della preventiva presentazione del reclamo all'intermediario e, *dall'altro lato*, viola il principio del contraddittorio, posto che durante la fase del reclamo l'intermediario non si è potuto pronunciare sulle nuove contestazioni o sulle nuove richieste e non si può quindi escludere che, se tali contestazioni o richieste fossero state formulate dal cliente, avrebbero potuto essere accolte dall'intermediario ⁽⁹¹⁾. La Banca d'Italia ha però precisato che è ammissibile la pronuncia su una domanda di risarcimento del danno proposta dal cliente per la prima volta nel ricorso, purché la nuova domanda si riferisca alla medesima contestazione oggetto del preventivo reclamo fatto all'intermediario ⁽⁹²⁾.

Per le stesse ragioni poc'anzi esposte, il ricorso deve essere dichiarato **inammissibile** nel caso in cui il cliente abbia formulato nuove argomentazioni a giustificazione della medesima contestazione o della medesima richiesta avanzata in sede di reclamo, mentre non dovrebbero porsi problemi di ammissibilità nel caso di nuove produzioni documentali. In questa ipotesi, infatti, la nuova documentazione, riguardando il rapporto con l'intermediario, deve ritenersi da questi già integralmente conosciuta e, quindi, deve escludersi che essa possa costituire una novità tale da ledere il principio del contraddittorio ⁽⁹³⁾.

Nessun problema di ammissibilità di pone allorquando venga riproposto un ricorso avente il medesimo *petitum* di altro precedente ricorso, dato che **il principio del *ne bis in idem*** (i.e. divieto per qualsiasi giudice di pronunciarsi su una materia che costituito oggetto di una precedente pronuncia passata in giudicato) **non trova applicazione** nell'ambito del sistema dell'ABF e ciò in quanto i Collegi non svolgono funzioni giurisdizionali e le loro decisioni non sono idonee al giudicato sostanziale ex art. 2909 c.c. al punto che la medesima questione decisa dall'ABF può essere oggetto di successivo esame e decisione da parte di un giudice ordinario ⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹¹⁾ LA TORRE, *op. cit.*, 271.

⁽⁹²⁾ Disp. App., Sez. VI, par. 1.

⁽⁹³⁾ LA TORRE, *op. cit.*, 271.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. Decisione ABF n. 1645/2011.

In ogni caso, tenuto conto che il *thema decidendum* deve essere il medesimo del giudizio di reclamo e considerato altresì che la legittimazione ad avviare il procedimento avanti l'ABF spetta unicamente al cliente, è condivisibile l'opinione di chi ritiene che alla banca sia precluso ampliare l'oggetto del giudizio attraverso la formulazione di domande riconvenzionali ⁽⁹⁵⁾. La banca potrà dunque svolgere solo difese dirette esclusivamente ad impedire l'accoglimento delle pretese fatte valere dal cliente con il **ricorso** che rappresenta l'**unico atto idoneo a tracciare i confini dell'ambito di cognizione e decisione del collegio**.

VII.3 DECISIONE SUL RICORSO.

Il collegio si pronuncia sul ricorso nel termine di sessanta giorni dal momento in cui ha ricevuto le controdeduzioni dell'intermediario o, in mancanza, dalla scadenza del termine per la loro presentazione da parte dello stesso intermediario o degli organismi associativi.

Complessivamente, in base alle disposizioni applicative, il tempo massimo che dovrebbe attendere il cliente tra la proposizione del ricorso e la decisione è di centocinque giorni fatti salvi gli eventuali periodi di sospensione che, secondo quanto previsto da Banca Italia, vanno ogni anno dal 1° al 31 agosto e dal 23 dicembre al 6 gennaio. La durata media delle procedure di ricorso concluse nel 2011 tuttavia è stata pari a 127,2 giorni con un significativo allungamento dei tempi rispetto al 2010 ove la durata media era invece stata pari a soli 88 giorni ⁽⁹⁶⁾.

L'**istruttoria** vera e propria sul ricorso è svolta dal collegio ed è completamente **documentale**, non essendo consentito al collegio l'audizione delle parti o di terzi, disporre consulenze tecniche d'ufficio e, più in generale, l'utilizzo di ogni prova costituenda ⁽⁹⁷⁾. Possono invece trovare ingresso nella procedura le presunzioni ed il fatto notorio (art. 2727 e ss. c.c.), il principio di non contestazione

⁽⁹⁵⁾ SANGIOVANNI, *op. cit.*, 959.

⁽⁹⁶⁾ BANCA D'ITALIA, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario*, 2011, p. 30 consultabile su www.arbitrobancariofinanziario.it.

⁽⁹⁷⁾ Sotto questo profilo il procedimento davanti all'ABF non può dirsi conforme alle *best practices* individuate dalla Commissione Europea a garanzia del principio del contraddittorio (v. supra Cap. 2, par. II).

(art. 115 c.p.c.)⁽⁹⁸⁾ e la confessione (art. 2733 e ss. c.c.)⁽⁹⁹⁾. Del resto, si è osservato, la prova costituenda risulterebbe inessenziale ad una prognosi *in iure* sulla fondatezza della domanda nel merito (più unici che rari saranno i casi in cui tale risposta non possa essere fornita «allo stato degli atti» acquisiti nel corso del procedimento)⁽¹⁰⁰⁾.

L'onere della prova ricade sempre ed integralmente sul cliente che deve porre l'organo giudicante in condizione di procedere ad un compiuto apprezzamento della questione oggetto del ricorso, a prescindere dalle difese dell'intermediario, che invero potrebbe anche mancare. In particolare, spetta alla parte ricorrente l'onere di provare il titolo costitutivo dell'obbligo dell'intermediario, l'inadempimento di quest'ultimo e l'entità del danno eventualmente subito⁽¹⁰¹⁾.

Il procedimento può essere sospeso una o più volte per un periodo massimo di 60 giorni sia dalla segreteria tecnica nel corso della fase preparatoria, sia dal presidente ai fini della regolarizzazione del ricorso (v. *infra*), sia, infine, dal collegio per chiedere ulteriori elementi alle parti⁽¹⁰²⁾.

La decisione del ricorso, da comunicarsi alle parti per il tramite della segreteria tecnica entro trenta giorni dalla pronuncia, è motivata e viene assunta sulla base documentazione raccolta nell'ambito dell'istruttoria, applicando le previsioni di legge e regolamentari in materia, nonché eventuali codici di condotta ai

⁽⁹⁸⁾ I fatti dedotti da parte ricorrente e non contestati dall'intermediario possono essere posti a fondamento della decisione dell'ABF ai sensi dell'art. 115 c.p.c..

⁽⁹⁹⁾ FERRETTI, *op. cit.*, p. 1579, nota 64.

⁽¹⁰⁰⁾ CONSOLO - STELLA, *op. cit.*, p. 135. Gli Autori teorizzano comunque un *restyling* del procedimento avanti l'ABF ove sia riconosciuta la facoltà in capo a entrambe le parti di produrre deposizioni testimoniali in forma scritta unitamente alla documentazione che accompagna il ricorso e le controdeduzioni (il riferimento è al modello di cui all'art. 257-bis c.p.c.), nonché maggiori poteri partecipativi della associazioni dei consumatori e degli intermediari da esercitare in corso di procedimento (i.e. partecipazione tramite propri legali all'interno di un'eventuale udienza di discussione da tenersi a valle del deposito del ricorso e delle controdeduzioni a modello dell'udienza di cui all'art. 379 c.p.c.).

⁽¹⁰¹⁾ Nel caso in cui il ricorrente contesti l'autenticità della firma apposta sulla contabile di addebito è onere del medesimo fornire la prova, eventualmente producendo i relativi documenti e un parere di un esperto calligrafo. Esula infatti dalle competenze dell'ABF disporre perizie tecniche, dovendo la decisione essere assunta sulla base della documentazione prodotta dalle parti (Cfr. Decisione ABF n. 1434/2011).

⁽¹⁰²⁾ Disp. App. Sez. VI. Par. 2.

quali l'intermediario aderisca: quello dell'ABF è dunque un **giudizio secondo diritto**, reso da un organo specializzato e, come tale, idoneo a concludersi con una decisione dotata di particolare autorevolezza. La regola per cui la decisione deve essere assunta secondo diritto, *da un lato*, esclude il possibile ricorso all'equità nella decisione sulla pretesa fatta valere dal cliente bancario e, *dall'altro lato*, tende ad assicurare un maggior grado di osservanza spontanea in capo alle parti: se l'ABF ha identificato la "giusta" soluzione del caso di specie, le parti sono incentivate a darvi seguito in quanto la successiva azione in giudizio è verosimilmente destinata a concludersi come indicato dall'ABF ⁽¹⁰³⁾.

A quanto precede si aggiunga che, da un punto di vista contenutistico, la decisione non solo dirime la controversia insorta tra il singolo cliente ed il singolo intermediario, ma può anche contenere indicazioni di carattere generale volte a favorire le relazioni tra intermediari e clienti ⁽¹⁰⁴⁾, ossia individuare **principi e raccomandazioni** che devono essere applicati e seguiti nell'ambito dei rapporti bancari e finanziari al fini di migliorare (o, quantomeno, ripristinare) le relazioni di fiducia tra i ricorrenti e gli intermediari ⁽¹⁰⁵⁾. Insomma, l'ABF svolge anche una funzione "interpretativa" della normativa bancaria e finanziaria e contribuisce alla diffusione delle *best practices* nei rapporti tra intermediari e clienti.

In caso di accoglimento totale o parziale del ricorso, l'intermediario è tenuto ad adempiere alla decisione entro trenta giorni dalla comunicazione della pronuncia, ovvero nel diverso termine previsto dalla medesima, entro lo stesso termine l'intermediario deve rimborsare al cliente il costo del contributo di Euro 20,00 pagato per la presentazione del ricorso, nonché versare alla segreteria tecnica l'importo di Euro 200,00 a titolo di contributo alle spese di procedura ⁽¹⁰⁶⁾.

Occorre segnalare che le Disp. App. della Banca d'Italia entrate in vigore il 1° gennaio 2012, nell'ambito di un più ampio potenziamento e rafforzamento delle prerogative del presidente del collegio, hanno attribuito al Presidente una sorta di **funzione filtro** dei ricorsi presentati all'ABF il tutto nell'ottica di rendere più

⁽¹⁰³⁾ Così SANGIOVANNI, *op. cit.*, p. 962.

⁽¹⁰⁴⁾ Disp. App., Sez. VI, par. 3.

⁽¹⁰⁵⁾ Sul sito web dell'ABF è pubblicato un documento predisposto da Banca d'Italia denominato "*Principi e raccomandazioni contenuti nelle decisioni dell'ABF*" ove sono raccolti, suddivisi per materia, i principi e le raccomandazioni elaborate dall'ABF nel corso del 2010.

⁽¹⁰⁶⁾ Disp. App., Sez. V, par. 2.

efficiente e rapida la gestione dei ricorsi che anno dopo anno sono cresciuti di numero in modo significativo. In particolare, il Presidente può decidere immediatamente il ricorso quando ne rilevi la manifesta irricevibilità o inammissibilità ⁽¹⁰⁷⁾. In presenza invece di semplici irregolarità sanabili o di documentazione incompleta, il presidente fissa un termine al cliente per la regolarizzazione o per le integrazioni necessarie e restituisce il ricorso alla segreteria. Laddove il predetto termine decorra inutilmente senza che il cliente abbia provveduto alla regolarizzazione o integrazioni richieste, il Presidente dichiara il ricorso inammissibile ⁽¹⁰⁸⁾.

VII.4 SEGNALAZIONE DEL PREFETTO ALL'ABF

La decisione dell'ABF può concludere non solo la procedura “ordinaria” sin qui esaminata ossia la procedura che prende avvio su ricorso del cliente insoddisfatto dell'esito del reclamo all'intermediario, ma può concludere anche la procedura “speciale” introdotta dall'art. 27-bis, c. 1-quinquies, del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, come modificato dal D.L. 24 marzo 2012 n. 29 convertito con modificazioni dalla L. 18 maggio 2012 n. 62 che ha previsto la possibilità per i Prefetti di segnalare all'ABF comportamenti della banca ritenuti illegittimi o illeciti relativamente a operazioni di finanziamento che implicino valutazioni del merito creditizio del cliente ⁽¹⁰⁹⁾.

In altri termini, la procedura “speciale” *de qua* può trovare applicazione nei casi in cui la contestazione del cliente alla banca tragga origine dalla mancata erogazione, dal

⁽¹⁰⁷⁾ Disp. App. Sez. VI, par. 2. La manifesta irricevibilità o inammissibilità ricorre nei casi di palese incompletezza, irregolarità o intempestività del ricorso (es. ricorsi che non rientrino palesemente nell'ambito di applicazione dell'ABF; ricorsi presentati dopo la scadenza del termine di 12 mesi dalla presentazione del reclamo all'intermediario; ricorsi in cui sia indeterminato il cliente o l'intermediario oppure proposti nei confronti di soggetti che non sono intermediari; ricorsi in cui manchi la contestazione di un comportamento dell'intermediario; ricorsi per i quali non sia attestato il versamento del contributo spese; ricorsi presentati senza utilizzare l'apposita modulistica oppure privi di firma).

⁽¹⁰⁸⁾ Disp. App. Sez. VI, par. 2.

⁽¹⁰⁹⁾ La citata disposizione legislativa prevede testualmente che «*Ove lo ritenga necessario e motivato, il prefetto segnala all'Arbitro bancario e finanziario, istituito ai sensi dell'art. 128-bis del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, specifiche problematiche relative ad operazioni e servizi bancari e finanziari. La segnalazione avviene a seguito di istanza del cliente in forma riservata e dopo che il prefetto ha invitato la banca in questione, previa informativa sul merito dell'istanza, a fornire una risposta argomentata sulla meritevolezza del credito. L'Arbitro si pronuncia non oltre trenta giorni dalla segnalazione.*».

mancato incremento o dalla revoca di un finanziamento, dall'inasprimento delle condizioni applicate a un rapporto di finanziamento o da altri comportamenti della banca conseguenti alla valutazione del merito di credito del cliente.

Per intendere il significato e la portata della nuova disposizione può essere utile esaminarla congiuntamente a quella introdotta nell'art. 27-bis, c. 1-bis, del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1 con il quale è stato costituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze un Osservatorio sull'erogazione del credito e sulle relative condizioni da parte delle banche alla clientela (in particolare, imprese micro, piccole e medie e imprese giovanili e femminili). Al neonato Osservatorio ⁽¹¹⁰⁾ la legge attribuisce il compito di:

- monitorare l'andamento dei finanziamenti erogati nel settore bancario e finanziario e delle relative condizioni con riguardo ai soggetti di cui sopra e, in tal senso, può richiedere alla Banca d'Italia dati su finanziamenti erogati e sulle condizioni applicate (l'Osservatorio analizza tassi, commissioni e condizioni accessorie);
- elaborare le segnalazioni e le informazioni ricevute, analizza l'attuazione di accordi e protocolli volti a sostenere l'accesso al credito e formula proposte in un "Dossier sul credito" che viene messo a disposizione delle istituzioni e dei soggetti interessati;
- promuovere la formulazione delle migliori prassi per la gestione delle pratiche di finanziamento alle imprese, alle famiglie e ai consumatori volte a favorire un miglioramento delle condizioni di accesso al credito, in relazione alle specifiche situazioni locali.

Orbene, tenuto conto di quanto precede, sembra corretto sostenere che il "potere" di segnalazione all'ABF attribuito al Prefetto si colloca (al pari dell'Osservatorio) nell'ambito dei nuovi **strumenti predisposti dal legislatore per monitorare i comportamenti delle banche nelle operazioni che implicano una**

⁽¹¹⁰⁾ L'Osservatorio sull'erogazione del credito è un organismo composto da due rappresentanti del Ministero dell'economia e delle finanze (di cui uno svolge le funzioni di presidente), uno del Ministero dello sviluppo economico e uno della Banca d'Italia, alle cui riunioni possono prendere parte anche un rappresentante delle associazioni dei consumatori indicato dal Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti, un rappresentante dell'Associazione Bancaria Italiana (ABI), tre rappresentanti indicati dalle associazioni delle imprese maggiormente rappresentative a livello nazionale e un rappresentante degli organismi di società finanziarie regionali.

valutazione del merito creditizio del cliente. Ma scendiamo nel dettaglio della procedura.

L'art. 27-bis, c. 1-quinquies, del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1 è stata attuata dalla Banca d'Italia con provvedimento del 13 novembre 2012 che ha introdotto all'interno delle Disp. App. la nuova Sezione VI-bis ove viene disciplinato il procedimento davanti all'ABF conseguente alla segnalazione del Prefetto ⁽¹¹¹⁾, restando inteso che siffatto procedimento "speciale" su iniziativa del Prefetto si affianca - e non si sostituisce - a quello "ordinario" sin d'ora esaminato con il quale condivide le norme di procedura, salvo per quanto di seguito esposto.

In particolare, le nuove Disp. App. prevedono che il cliente che lamenti di aver subito un'illegittima limitazione nell'accesso al credito bancario, può presentare (in forma riservata) un'apposita istanza al Prefetto ove, tra l'altro, indica le richieste relative alla meritevolezza di credito che intende avanzare al prefetto stesso e quelle che intende avanzare all'ABF ⁽¹¹²⁾. Ricevuta l'istanza, il Prefetto invita la banca interessata a fornire una risposta argomentata sulle questioni sollevate dal cliente in ordine alla meritevolezza del credito e su quelle diverse e ulteriori che il Prefetto stesso decidesse di sottoporle. La banca, a sua volta, è tenuta a formulare osservazioni (i.e. vere e proprie difese sulla legittimità e correttezza del proprio operato) sui rilievi sollevati dal cliente o dal Prefetto. A questo punto, il prefetto, se lo ritiene necessario (ossia se ritiene che il comportamento della banca non sia stato in realtà legittimo e/o corretto e, al contempo, il suo intervento non ha consentito un componimento del contrasto insorto tra intermediario e cliente), predisponde una relazione con la quale motiva le ragioni per le quali ritiene di dover sottoporre la questione dell'ABF e riporta l'oggetto del ricorso (è previsto altresì che, qualora il prefetto intenda formulare richieste o indicare fatti sui quali la banca non ha avuto modo di esprimere le proprie difese nella risposta di cui sopra, acquisisce le controdeduzioni della banca su tali aspetti e ne tiene conto ai fini della relazione).

La segnalazione del Prefetto viene inoltrata alla segreteria tecnica dell'ABF unitamente a tutta la documentazione sopra richiamata (i.e. l'istanza del cliente, l'invito

⁽¹¹¹⁾ Il provvedimento della Banca d'Italia del 13.11.2012 è stato pubblicato in G.U. del 28.11.2012 n. 278.

⁽¹¹²⁾ Il modello dell'istanza che il cliente può trasmettere al prefetto è consultabile e scaricabile sul sito web www.prefettura.it.

del Prefetto alla banca, le osservazioni e le eventuali controdeduzioni della banca, nonché la relazione del Prefetto).

Il Prefetto può effettuare la segnalazione all'ABF anche qualora la banca non fornisca la propria risposta o le controdeduzioni entro 30 giorni dalla relativa richiesta ovvero entro il diverso termine fissato dall'Amministrazione degli Interni.

Sempre da un punto di vista squisitamente procedurale, si segnala che lo svolgimento del procedimento “speciale” *de quo* si distingue da quello “ordinario” anche perché: (i) la segreteria tecnica territorialmente competente non predispose la relazione di cui sopra sub par. VI.5, in quanto siffatta relazione è sostituita dalla relazione predisposta dal Prefetto e trasmessa all'ABF al momento della segnalazione; e, (ii) il Collegio si pronuncia sulla segnalazione del Prefetto entro trenta giorni dalla data della sua ricezione da parte della segreteria tecnica, senza dunque alcun ulteriore contraddittorio con l'intermediario bancario, diversamente da quanto accade nella procedura ordinaria dove l'intermediario può esprimere la propria posizione e far valere le proprie ragioni *sia* nel momento in cui decide il reclamo del cliente, *sia* quando deposita le proprie controdeduzioni relative al ricorso presentato dal cliente all'ABF.

Tanto doverosamente esposto, passando ad un esame di “merito” delle nuove disposizioni, ad una prima lettura sembra corretto rilevare che l'intervento del Prefetto (stimolato dall'istanza del cliente) sia volto all'esercizio di un'immediata “*moral suasion*” nei confronti della banca e, conseguentemente, a stimolare un “ripensamento” del comportamento precedentemente assunto dall'intermediario nei rapporti con il cliente istante, giungendo così ad una rapida risoluzione della controversia, senza necessità di dover istaurare il procedimento avanti l'ABF e attenderne la relativa decisione. Insomma, nell'attuale contesto storico caratterizzato da una grave crisi economica, pare che in un settore particolarmente delicato quale la concessione del credito si sia voluto garantire al cliente una forma di tutela “speciale” ancor più rapida ed efficace (perché vede direttamente coinvolto un “pubblico ufficiale” in veste di difensore dell'interesse del cliente bancario) rispetto a quella garantita dal procedimento “ordinario” (che impone un preventivo reclamo all'intermediario prima di poter adire l'ABF).

Fermo quanto sopra, non è però del tutto chiaro in che termini l'ABF possa valutare il comportamento della banca quando l'intervento del Prefetto non sia risolutivo e venga quindi inoltrata la segnalazione di cui sopra.

Infatti, l'ABF - come visto - è un organismo che decide secondo diritto, applicando norme giuridiche e senza possibilità di svolgere discrezionali valutazioni che implicino l'applicazione di regole afferenti a campi diversi dal diritto (i.e. economia e finanza).

Tuttavia, la valutazione sulla meritevolezza di credito ossia la valutazione che la banca svolge prima di concedere (incrementare/revocare) credito al cliente o modificare le condizioni inizialmente negoziate al momento della concessione implica anche apprezzamenti di carattere economico, patrimoniale e finanziario (non giuridico) ossia valutazioni che l'ABF non può svolgere. Sarò dunque interessante vedere se ed in che termini l'ABF si riterrà competente a valutare la legittimità e correttezza del comportamento assunto nei confronti del cliente in queste particolari fattispecie, tanto più considerando che nelle decisioni rese sino ad oggi l'ABF ha riconosciuto un principio di autonomia e non sindacabilità delle scelte imprenditoriali compiute dall'intermediario nell'esercizio della propria attività ⁽¹¹³⁾.

A quanto precede si aggiunga che non è chiaro il contenuto della decisione che l'ABF possa assumere in siffatte ipotesi: deve limitarsi al mero accertamento dell'illegittimità del comportamento assunto dalla banca o può spingersi sino a statuizioni di condanna ad un fare o meglio ad un contrarre (a concedere credito o applicare condizioni contrattuali diverse) o, comunque, condanna risarcitoria ?

Ad avviso di chi scrive sembra che sia difficilmente ipotizzabile un ABF che imponga all'intermediario un obbligo di concludere un contratto con il cliente o addirittura l'applicazione di condizioni contrattuali diverse da quelle predisposte dall'intermediario (salvo non si tratti di ripristinare condizioni precedenti già applicate nei rapporti tra le parti), mentre pare più realistico pensare a statuizioni di mero

⁽¹¹³⁾ L'ABF ha sino ad oggi escluso la responsabilità precontrattuale dell'intermediario che, a fronte della richiesta di finanziamento presentata da un cliente, l'abbia rigettata senza indicare gli specifici motivi (cfr. decisione n. 290/2011 e n. 645/2011 ove l'ABF ha comunque raccomandato all'intermediario l'adozione di procedure operative affinché, in caso di diniego, siano fornite al cliente indicazioni sulle valutazioni che hanno indotto a non accogliere la richiesta di credito).

Ferma l'autonomia imprenditoriale dell'intermediario e, al contempo, il principio di correttezza nell'esecuzione del contratto, l'ABF ha in più occasioni affermato che la decisione di revoca dell'affidamento - così come quella di "sospensione", con la quale l'intermediario si limita a consentire utilizzi ulteriori delle somme in precedenza affidate, senza pretendere però il rientro dell'esposizione debitoria - non è sindacabile a meno che non ricorra una concreta violazione del principio di correttezza (cfr. decisione n. 1468/2011 e n. 1513/2011).

accertamento dell'illegittimità del comportamento assunto dall'intermediario e di condanna al risarcimento del danno, laddove il cliente sia in grado di dimostrarne l'effettiva esistenza e consistenza. Sarà tuttavia necessario attendere le prime applicazioni della nuova procedura per poterne valutare esattamente la portata e la pratica efficacia.

VII.5 SANZIONE REPUTAZIONALE PER L'INTERMEDIARIO.

In tutte le ipotesi in cui vi sia un **inadempimento dell'intermediario** al *decisum* dell'ABF (vale a dire nel caso in cui l'intermediario non esegua o esegua solo in parte la prestazione imposta dalla decisione dell'ABF; oppure nel caso ometta di rimborsare al cliente del contributo di Euro 20,00 oppure, ancora, nel caso ometta di versare alla Banca d'Italia del contributo di Euro 200,00), ovvero un ritardo nell'adempimento della decisione, oppure ancora nei casi di mancata cooperazione dell'intermediario (vale a dire nel caso in cui non versi il contributo dovuto ai fini della liquidazione dei compensi dei membri dei Collegi designati dalle associazioni degli intermediari, oppure ometta o invii in ritardo la documentazione richiesta impedendo all'ABF di decidere), l'inadempienza dell'intermediario accertata dal Collegio viene resa pubblica dalla segreteria tecnica mediante pubblicazione sul sito internet dell'ABF ⁽¹¹⁴⁾, nonché, a spese dell'intermediario, su due quotidiani a diffusione nazionale.

Le informazioni sulle inadempienze di ciascun intermediario sono inoltre rese note nella relazione sull'attività svolta dall'organo decidente annualmente pubblicata dalla Banca d'Italia ove viene anche indicato il numero dei ricorsi nei quali l'intermediario è risultato soccombente rispetto al numero totale dei ricorsi decisi nei suoi confronti. La sanzione ha, dunque, per l'intermediario carattere esclusivamente **reputazionale**, per questo, ove non vi sia adeguamento dell'intermediario a quanto deciso dal collegio, difetta la possibilità per il cliente di costringerlo con gli ordinari mezzi che presidiano l'esecuzione forzata delle decisioni giudiziali o arbitrali ⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹⁴⁾ Le nuove Disp. App. hanno eliminato la pubblicazione (originariamente prevista) dell'inadempimento dell'intermediario sul sito web della Banca d'Italia, spiegando questa modifica con la considerazione che il sistema dell'ABF è sempre più conosciuto presso la clientela degli intermediari e quindi appare sufficiente la pubblicazione sul sito web dell'ABF per assicurare ampia diffusione dell'inadempimento sulla rete.

⁽¹¹⁵⁾ QUADRI, *op. cit.*, 317.

VII.6 CARATTERISTICHE ED EFFICACIA DELLA DECISIONE.

Quanto sin qui esposto consente di guardare ora alla (rilevante) questione concernente l'**efficacia** della decisione dell'ABF.

A tale riguardo, si può oggi affermare con sicurezza che la decisione emessa dal Collegio dell'ABF **difetta dei requisiti di definitività e vincolatività** propri di una sentenza e di un lodo arbitrale dato che, *per un verso*, con comunicato del 26 ottobre 2010 la Banca d'Italia ha affermato che «*le decisioni dell'ABF...non incidono sulle situazioni giuridiche delle parti*»⁽¹¹⁶⁾, fornendo così un'interpretazione autentica delle normativa che regola l'efficacia dell'atto conclusivo del procedimento avanti l'ABF e, *per altro verso*, la Corte Costituzionale con l'ordinanza del 22 luglio 2011, n. 218 ha negato il potere dell'ABF di sollevare questioni di legittimità costituzionale, tra l'altro, sull'assunto che **l'ABF non ha natura giurisdizionale e non emette decisioni che hanno l'idoneità al giudicato ex art. 2909 c.c.**⁽¹¹⁷⁾

In questa situazione sembra condivisibile sostenere che la decisione dell'ABF costituisce una sorta di **parere pro veritate** in cui l'organo decidente attribuisce “una ragione e un torto”⁽¹¹⁸⁾, salvo che sulla decisione dell'ABF vada a convergere la spontanea attuazione della stessa da parte dell'intermediario e l'accettazione (anche tacita) del cliente, ipotesi in cui l'accordo così prodottosi da vita ad un atto con funzione transattiva⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁶⁾ Il comunicato è pubblicato su www.bancaditalia.it.

⁽¹¹⁷⁾ Corte Cost. 21.7.2011, n. 218, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1652 e ss, con nota di CONSOLO - STELLA.

⁽¹¹⁸⁾ RUPERTO, *op. cit.*, 335 secondo cui «la decisione dell'Organo sembra allora ridursi a una sorta di parere *pro veritate* essendo l'organo decidente sostanzialmente investito dalla Banca d'Italia dell'incarico di esprimere una valutazione sulla controversia in atto tra l'intermediario e il cliente: incarico per l'esecuzione di una prestazione intellettuale. L'organo svolge un'attività logica di giudizio, consistente nel prendere posizione rispetto alla controversia attribuendo una ragione e un torto, ma solo in astratto, cioè senza che si producano effetti propriamente accertativi». In senso analogo, CONSOLO-STELLA, *op. cit.*, p. 1655 secondo cui gli scarni indici normativi fanno pensare «*ad un procedimento sui generis la cui finalità precipua, lungi dall'essere quella di risolvere autoritativamente una controversia in essere tra le parti, sembra a noi piuttosto quella di prevenire l'insorgenza (stroncando sul nascere il possibile suo approdo giudiziario) facendo vedere subito alle parti quale sarebbe stato l'esito verosimile della lite una volta che un (vero) giudice fosse investito della domanda giudiziale. E' segnatamente questa possibilità di ottenere, in tempi celeri e senza soverchi costi per il ricorrente una valutazione di tipo prognostico sull'esito finale della lite (ancora potenziale), tra cliente ed intermediario la ratio che secondo noi permea l'ABF*»

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. CAPOBIANCO, *op. cit.*, p. 5; LA TORRE, *op. cit.*, 274; RUPERTO, *op. cit.*, 336; SANGIOVANNI, *op. cit.*, p. 965.

Seguendo una raffinata ricostruzione giuridica il ricorso all'ABF appare ai suoi utenti come un sistema che “mima” le fasi del processo, dando un risultato analogo a quello che sarebbe raggiungibile con un procedimento giurisdizionale ordinario, ma in tempi estremamente ridotti, con costi quasi inesistenti e con la garanzia di un giudice collegiale competente. Una sorta di **giudizio prognostico**, di *early evaluation*, che si coniuga perfettamente con la natura meramente reputazionale della sanzione, in quanto le decisioni prese dall'ABF sono sprovviste di forza esecutiva ⁽¹²⁰⁾.

Nondimeno, la circostanza che la decisione dell'ABF non può costituire, modificare o estinguere il rapporto intercorrente tra il cliente e l'intermediario, né può contenere condanne che possono formare oggetto di esecuzione forzata **non deve indurre a credere che la decisione sia effettivamente non vincolante**. Infatti, l'adempimento dell'intermediario alla decisione dell'ABF è - di fatto - tutt'altro che spontaneo, posto che gli esiti dei ricorsi sono valutati dalla Banca d'Italia per i profili di rilievo che essi possono avere per l'attività di vigilanza ⁽¹²¹⁾.

In altri termini, il mancato adempimento dell'intermediario alla decisione assunta dall'ABF espone l'intermediario non solo all'irrogazione delle sanzioni reputazionali sopravviste da parte della Banca d'Italia, ma anche (e soprattutto) di sanzioni (ulteriori) che la Banca d'Italia può irrogare nell'esercizio delle proprie attività di controllo sulla conformità dei comportamenti degli intermediari alle prescrizioni del TUB e, in particolare, alle regole di trasparenza e correttezza ⁽¹²²⁾.

L'apparato di sanzioni a cui si espone l'intermediario è quindi tale da garantire la **vincolatività “di fatto”** della decisione ed il suo adempimento da parte dell'intermediario ⁽¹²³⁾. Del resto i dati resi noti dalla Banca d'Italia parlano chiaro: nel corso del 2010 non si sono registrati casi d'inadempimento dell'intermediario alle decisioni pronunciate dall'ABF, mentre nel corso del 2011 si sono registrati solo

⁽¹²⁰⁾ CONSOLO - STELLA, *op. cit.*, p. 125 e ss.

⁽¹²¹⁾ Disp. App., Sez. VI, par. 4.

⁽¹²²⁾ Cfr. Artt. 115 e ss TUB e Provvedimento di Banca d'Italia del 29.7.2009 (aggiornato da ultimo il 20.6.2012), in tema di “*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti?*”.

⁽¹²³⁾ QUADRI, *op. cit.*, 318.

due casi d'inadempimento su un totale di 1.109 ricorsi decisi in senso favorevole al cliente ⁽¹²⁴⁾.

A quanto precede, si aggiunga altresì che se è vero che le parti restano sempre (giuridicamente) libere di avviare un ordinario processo di cognizione davanti al giudice e quest'ultimo resta, a sua volta, (giuridicamente) libero di decidere la controversia già affrontata dall'ABF anche in modo diverso da quest'ultimo, è innegabile che, *da un lato*, le parti dovranno “confrontarsi” con il ragionamento logico giuridico svolto dall'ABF (ognuna di esse tenderà a difenderlo o smontarlo a seconda se è risultata vittoriosa o soccombente davanti al Collegio) e, *dall'altro lato*, lo stesso Giudice a fronte di un “precedente esattamente in termini” proveniente da un organismo specializzato e autorevole sarà, a sua volta, portato a “confrontarsi” con le decisioni dell'ABF valutando la fondatezza del ragionamento logico giuridico svolto dal Collegio, benché la decisione dell'ABF, di per sé, nell'ambito di un ordinario processo giurisdizionale costituisce un elemento liberamente valutabile dal giudice ⁽¹²⁵⁾.

VII.7 RIMEDI DELL'INTERMEDIARIO CONTRO LA DECISIONE.

Le norme che disciplinano l'ABF (v. *supra* sub par. II) **non prevedono alcun mezzo d'impugnazione** specifico avverso le decisioni del Collegio, né richiamano le norme che regolano i mezzi d'impugnazione ordinari e straordinari previsti per le sentenze e i lodi.

Insomma, la decisione dell'ABF, una volta emessa, non è suscettibile di essere in alcun modo riformata e/o annullata da parte di un organismo diverso e distinto dall'ABF. Tutto ciò non deve stupire. L'ABF è un sistema “autoreferente”: le decisioni sono prive di carattere decisorio e definitivo della controversia, non producono effetti giuridici sulle parti, non determinano alcuna soccombenza sostanziale, pertanto (del tutto coerentemente) non vi alcuna necessità di prevedere rimedi “speciali” e/o mezzi d'impugnazione “generali” tramite cui si realizza una forma di raccordo con la giurisdizione statale (come invece accade nel caso di arbitrato), ciò tanto più considerando che sia l'intermediario, sia il cliente sono

⁽¹²⁴⁾ BANCA D'ITALIA, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario - 2011*, p. 28.

⁽¹²⁵⁾ Cfr. PETRELLA, *op. cit.*, p. 309, *contra* AULETTA, *op. cit.*, p. 90 che riconosce alla decisione dell'ABF valore di prova scritta ex art. 634 c.p.c. idonea a ottenere la tutela monitoria.

sempre liberi di ricorrere alla giustizia ordinaria e di attivare ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento ⁽¹²⁶⁾.

A conferma di quando precede, la stessa Banca d'Italia nella relazione sull'attività dell'ABF - anno 2011 ha sottolineato che «*il procedimento davanti all'ABF non prevede per sua natura, mezzi d'impugnazione della decisione: le parti non possono chiedere una revisione della stessa ovvero un riesame nel merito della controversia*» ⁽¹²⁷⁾.

Nondimeno, non si può comunque non rilevare che se, *per un verso*, le caratteristiche del sistema dell'ABF **non** rendono necessari strumenti di “critica” del merito delle decisioni pronunciate dai Collegi, *per altro verso*, qualora la decisione emessa dall'ABF sia fondata su errori di fatto o di diritto oggettivamente accertabili, si pone il problema di tutelare l'intermediario contro i rischi e gli effetti connessi all'applicazione a suo carico della sanzione reputazionale ⁽¹²⁸⁾. Sarebbe invero arbitrario ritenere che l'intermediario debba comunque assoggettarsi alla sanzione per inadempimento anche quando la propria posizione nella controversia con il cliente è oggettivamente conforme a ragione.

In dottrina si è allora (correttamente) posto il tema d'individuare quali possibili rimedi sono esperibili dall'intermediario per impedire il verificarsi di una siffatta tipologia di effetti pregiudizievoli.

In tal senso, si è in primo luogo sostenuto che all'intermediario vada riconosciuta un'**azione risarcitoria** per tutti i danni conseguenti all'applicazione della sanzione reputazionale nel caso sia ravvisabile il dolo o la colpa grave dei componenti dell'organo giudicante (ipotesi residuale, per non dire di scuola) ⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁶⁾ Occorre segnalare che il Collegio di Milano, con decisione 28.4.2011 edita su *Le società*, 2012, p. 437 e ss con nota contraria di Maione, ha affermato che «*benché la revocazione non sia prevista nelle “Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari” emanate dalla Banca d'Italia - ai sensi dell'art. 7 della deliberazione CICR 29 luglio 2008, n. 275 - non si può escludere una applicazione analogica dell'art. 395 c.p.c., mentre è sicuramente da escludere la possibilità di concedere il rimedio revocatorio anche in casi non previsti dal tassativo elenco di cui alla norma di rito citata*». Insomma, il Collegio non ha escluso in “astratto” la possibilità di esperire il rimedio di cui all'art. 395 c.p.c., benché poi in “concreto” tale possibilità è stata esclusa dato che non si ricorreva in alcuna delle ipotesi di revocazione tassativamente indicate dall'art. 395 c.p.c.

⁽¹²⁷⁾ BANCA D'ITALIA, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario - 2011*, p. 23.

⁽¹²⁸⁾ Per il cliente non si pone invece alcun analogo rischio di pregiudizio in quanto il rigetto del ricorso ha come unica conseguenza la “perdita” del contributo di Euro 20,00 versati al momento della presentazione del ricorso a titolo di contributo alla spese di procedura.

⁽¹²⁹⁾ In questo senso, RUPERTO, *op. cit.*, p. 337 e LA TORRE, *op. cit.*, p. 274. Il limite del dolo e della colpa grave è del resto proprio di tutti i sistemi processuali, come confermato dalle

In secondo luogo, accanto ad una tutela di carattere risarcitorio, si è prospettata una **tutela di carattere inibitorio** finalizzata ad impedire la pubblicazione dell'inadempimento alla decisione dell'ABF e, quindi, il verificarsi degli effetti pregiudizievoli ad essa conseguenti. In particolare, si è affermato ⁽¹³⁰⁾ che, laddove l'intermediario voglia dolersi dell'applicazione della sanzione reputazionale irrogata dalla Banca d'Italia, può adire il giudice amministrativo ai sensi dell'art. 29, D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (c.d. codice del processo amministrativo) con l'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere entro sessanta giorni dall'applicazione della sanzione e, per tale via, può ottenere dal giudice amministrativo l'eliminazione degli effetti che la Banca d'Italia, in virtù del potere attribuitogli dalla legge, ha prodotto unilateralmente nella sua sfera giuridica ⁽¹³¹⁾. Al contempo, l'intermediario, ai sensi dell'art. 55, D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, per chiedere al giudice amministrativo la «*emanazione di misure cautelari (...) che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso*» ossia inibire alla Banca d'Italia l'applicazione della sanzione reputazionale conseguente all'inadempimento a quella decisione dell'ABF ⁽¹³²⁾.

In ogni caso, che quelli poc'anzi indicati - si ribadisce - non costituiscono rimedi contro la decisione dell'ABF, bensì strumenti processuali attraverso cui l'intermediario può tutelarsi avverso le conseguenze derivanti da una decisione dell'ABF quando tale decisione è ritenuta ingiusta o non corretta.

previsioni di cui all'art. 813-ter c.p.c. in materia di arbitrato rituale e di cui all'art. 2, L. 13.4.1988, n. 117 in materia di responsabilità del magistrato.

⁽¹³⁰⁾ Cfr. RUPERTO, *op. cit.*, p. 338 e LA TORRE, *op. cit.*, p. 274. Cfr. AULETTA, *op. cit.*, p. 90 e MAIONE, *Forma e sostanza delle delibere dell'Arbitro Bancario e Finanziario*, in *Le Società*, 2012, p. 445.

⁽¹³¹⁾ Unitamente all'azione di annullamento, si è affermato che l'intermediario può chiedere al giudice amministrativo la condanna della Banca d'Italia al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa ex art. 30, c. 2, D.Lgs. 2.7.2010, n. 104 (MAIONE, *ibidem*, p. 445). In realtà, ad avviso di chi scrive, la Banca d'Italia nell'irrogare la sanzione reputazionale all'intermediario si limita a prendere atto dell'inadempimento ad una decisione pronunciata dall'ABF e non può quindi essere ritenuta direttamente responsabile per eventuali danni che, in realtà, sono conseguenza dell'erronea valutazione di merito svolta dall'ABF e quindi imputabili solo ed esclusivamente a quest'ultimo.

⁽¹³²⁾ In alternativa al ricorso al giudice amministrativo taluno ha prospettato comunque la possibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria cfr. LA TORRE, *op. cit.*, p. 275.

Del pari, non costituisce un mezzo d'impugnazione delle decisioni dell'ABF il **meccanismo di correzione delle decisioni** introdotto con le Disp. App. entrate in vigore il 1° gennaio 2012. Si tratta infatti di uno strumento ispirato a quello previsto per le sentenze dagli artt. 287 e ss c.p.c. volto a rimediare omissioni o errori materiali o di calcolo e adeguare così il testo formale della decisione alle intenzioni del giudice che palesemente emergono dal contesto dell'atto (al punto sia l'intermediario, sia il cliente possono presentare istanza di correzione). Da un punto di vista procedimentale, l'istanza di correzione può essere presentata nei trenta giorni successivi alla comunicazione della decisione completa della motivazione.

La richiesta è trasmessa senza indugio al Presidente o ad un membro del Collegio da lui appositamente delegato affinché valuti l'eventuale manifesta insussistenza dei presupposti per la correzione (insomma, analogamente a quanto accade nel procedimento decisionale vero e proprio anche nel procedimento di correzione il Presidente o un suo delegato svolgono una funzione "filtro"), cui segue la comunicazione della dichiarazione di ammissibilità o inammissibilità alle parti a cura della segreteria tecnica onde consentire l'istaurazione del contraddittorio. Alla dichiarazione di ammissibilità è ricollegato un effetto significativo dal momento che si interrompe il termine a carico dell'intermediario per l'adempimento della decisione, termine che riprenderà a decorrere solo dopo la decisione del Collegio sulla richiesta di correzione.

A tal riguardo, si osserva che il Collegio è chiamato ad esprimersi entro trenta giorni dalla dichiarazione di ammissibilità e la sua pronuncia è comunicata alle parti dalla segreteria tecnica. La pronuncia del Collegio integra la decisione resa in precedenza dall'ABF e, nei casi in cui quest'ultima imponeva un adempimento dell'intermediario, fissa un nuovo termine per adempiere con decorrenza a far data dalla comunicazione della pronuncia.

* * *

VIII. LA NATURA GIURIDICA DELL'ISTITUTO.

All'esito dell'esame dell'intero procedimento che si svolge avanti l'ABF, disponiamo di nozioni e conoscenze sufficienti per affrontare una questione che, all'indomani della nascita dell'ABF, si è posta all'attenzione della dottrina ossia la

questione relativa alla natura giuridica del neonato istituto. Che cosa è l'ABF ? Si tratta di un istituto assimilabile ad un sistema di risoluzione delle controversie già esistente nel nostro ordinamento ? Arbitrato (rituale o irrituale), arbitraggio, conciliazione ?

Come solitamente accade, gli interpreti si sono profusi in uno sforzo ermeneutico volto ad “inquadrare” l'istituto, a ricercarne la sua collocazione dommatica, classificarlo astenendosi dal prendere semplicemente atto dei contenuti della disciplina dell'ABF. Una disciplina senz'altro perfettibile, ma non certamente ritenersi incompleta o, tantomeno, bisognevole di integrazioni tramite l'applicazione analogia di norme dettate per altre istituti.

L' “inquadramento” di un istituto costituisce un'attività senz'altro utile e indispensabile quando vi è necessità di chiarire una normativa “oscura”, risolvere dubbi interpretativi, individuare conseguenze ed effetti non esplicitati dal legislatore.

Ma quando tutto ciò non è strettamente necessario, forse un simile sforzo esegetico perde gran parte della sua utilità pratica. Ebbene, con riferimento all'ABF, ad avviso di chi scrive, la questione concernente la natura giuridica dell'istituto assume rilevanza secondaria e non strettamente necessaria, proprio tenuto conto che la disciplina dell'istituto è autosufficiente e non presenta questioni di natura interpretativa tali da richiedere di importare soluzioni teorico applicative generate in altri contesti e con riferimento a diversi istituti.

Nondimeno, senza nessuna pretesa di completezza ed esaustività, si ritiene comunque opportuno evidenziare perché la procedura avanti l'ABF non è assimilabile ad una procedura di conciliazione (v. *infra* sub par. VIII.1), né ad una procedura arbitrale (v. *infra* sub par. VIII.2), né, tantomeno, ad una procedura di arbitraggio (v. *infra* sub par. VIII.3), né, infine, ad una procedura di accertamento tecnico inserita all'interno del più ampio procedimento amministrativo di vigilanza svolto dalla Banca d'Italia (v. *infra* sub. par. VIII.4), prendendo così posizione sulle qualificazioni dell'istituto discusse in dottrina.

Ma procediamo nel dettaglio.

VIII.1 ABF E CONCILIAZIONE.

La procedura davanti all'ABF, al pari di una procedura avanti ad organismo di conciliazione, consente di giungere alla definizione della controversia insorta tra il cliente e l'intermediario secondo forme **diverse** e **alternative** (o, quantomeno, complementari) rispetto a quelle classiche di un giudizio ordinario, tuttavia l'ABF non è assimilabile ad un sistema di conciliazione stragiudiziale delle controversie per almeno tre diversi ordini di ragioni.

Precisamente:

- il procedimento avanti all'ABF termina - come si è visto - con la pronuncia di una vera e propria «**decisione**» ⁽¹³³⁾ attraverso cui il Collegio stabilisce “chi ha torto e chi ha ragione” ⁽¹³⁴⁾. Il procedimento di conciliazione, in caso di esito positivo, si conclude invece con la sottoscrizione di un **verbale di conciliazione** della controversia, nel quale le parti danno atto di aver raggiunto o meno un accordo grazie all'opera di mediazione svolta dal “conciliatore” ⁽¹³⁵⁾;
- la decisione dell'ABF **non può mai andare al di là dell'oggetto della domanda dell'istante**, in ossequio al principio (processuale) di corrispondenza tra chiesto e pronunciato ⁽¹³⁶⁾. Nell'ambito delle procedure di conciliazione, invece, l'accordo può essere rinvenuto anche facendo riferimento a diritti e situazione giuridiche ulteriori e diverse da quelle indicate nell'istanza che ha dato avvio al procedimento ⁽¹³⁷⁾. Insomma, il contenuto dell'accordo conciliativo non è soggetto ai vincoli e alle limitazioni

⁽¹³³⁾ La Corte Costituzionale ha parlato della decisione dell'ABF in termini di «risponso» (cfr. Corte Cost., *Foro it.* 2011, 11, I, p. 2906).

⁽¹³⁴⁾ Il procedimento davanti all'ABF è privo dell'attitudine a comporre conflitti eliminando gli antagonismi tra le parti come accade nel caso di mediazione.

⁽¹³⁵⁾ Sulla distinzione tra mediazione e conciliazione v. Cap. 4, par. V.

⁽¹³⁶⁾ L'art. 112 c.p.c. prevede espressamente che «Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti». Il procedimento avanti l'ABF si conclude con un atto che rispetta il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato il che preclude il raggiungimento di possibili soluzioni “atipiche” della controversia non potendo investire diritti diversi da quelli in contestazione (v. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1201 e ss).

⁽¹³⁷⁾ Cfr. GUIZZI, *op. cit.*, p. 1220.

tipiche di un provvedimento che, dovendo decidere sopra (e nei limiti) di una domanda, ha un contenuto predeterminabile;

- il verbale di conciliazione può essere omologato dall'autorità giudiziaria e per tale via può acquistare valore di **titolo esecutivo**, mentre la decisione dell'ABF è destinata a rimanere sempre **priva di esecutività** ⁽¹³⁸⁾, talché di fronte all'eventuale inadempimento dell'intermediario il cliente è sprovvisto di mezzi di reazione diretti e immediati, potendo contare unicamente sulla *moral suasion* esercitata dalla sanzione reputazione che può essere irrogata all'intermediario dalla Banca d'Italia (v. *infra* sub VII. 5 e VII.6).

Insomma, nessun dubbio può residuare sul fatto che l'ABF, da un punto di vista strutturale, sia altro rispetto alla conciliazione benché, da un punto di vista funzionale, al pari dei meccanismi di conciliazione contribuisca a deflazionare il contenzioso ordinario e, quindi, a rendere più efficiente ed efficace il sistema di giustizia pubblico. Del resto, lo stesso art. 5 D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 definisce il «*il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*» (i.e. l'ABF) come alternativo alla mediazione nel campo dei contratti relativi ai servizi bancari e finanziari, confermando in tal modo l'**alterità** dell'ABF rispetto alla conciliazione stragiudiziale. Ma non solo, in sede di consultazione sulle nuove Disp. App., era stata avanzata la proposta di trasformare l'ABF in un organismo con funzioni conciliative (proprio partendo dal rilievo il procedimento davanti all'ABF è altro rispetto alla conciliazione), rispondente allo schema previsto dal D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28. La Banca d'Italia non ha accolto le proposte formulate e, per quanto qui rileva, ha confermato l'alterità del sistema presso l'ABF rispetto al sistema conciliativo rilevando che, *da un lato*, la legge sulla mediazione non ha modificato la natura dei procedimenti avanti l'ABF (ma si era limitata a dichiararlo equivalente alla conciliazione/mediazione ai fini dell'esperimento della condizione di procedibilità introdotta dal medesimo decreto e oggi venuta meno a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale) e,

⁽¹³⁸⁾ Cfr. Art. 12, D.lgs. 4.3.2010, n. 28.

dall'altro lato, i due tipi di procedimento sono nettamente distinti quanto a struttura, effetti, ambito di applicazione ⁽¹³⁹⁾.

VIII.2 ABFE ARBITRATO.

A dispetto del *nomen iuris* dell'istituto, il procedimento davanti all'ABF non costituisce una variante "speciale" di arbitrato rituale, né tantomeno di arbitrato irrituale ⁽¹⁴⁰⁾. Infatti, il sistema creato dall'art. 128-bis TUB, benché denominato Arbitro Bancario e Finanziario non presenta molteplici dei tratti caratterizzanti e qualificanti l'istituto arbitrale. In particolare, ostano alla qualificazione dell'ABF all'arbitrato le seguenti circostanze:

- tra intermediario e cliente **non** sussiste alcun accordo di carattere preventivo (o quantomeno successivo al sorgere della lite), mediante il quale le parti si impegnano a devolvere la decisione della di ogni futura (o attuale) controversia all'ABF. Insomma, non esiste nulla che sia propriamente assimilabile a una clausola compromissoria o ad un compromesso. Infatti, *da una parte*, vi è un soggetto (la banca) obbligato ad aderire al sistema dell'ABF ⁽¹⁴¹⁾ e subire l'iniziativa del cliente ⁽¹⁴²⁾, mentre, *dall'altra parte*, vi è un soggetto

⁽¹³⁹⁾ V. BANCA D'ITALIA, Rendiconto della consultazione - dicembre 2011, p. 3, consultabile su www.bancaditalia.it.

⁽¹⁴⁰⁾ Tra i numerosi contributi pubblicati dopo la riforma di cui al D.lgs. 2.2.2006, n. 40 sul tema dell'arbitrato irrituale si segnala BOVE, *Arbitrato irrituale*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, 2010, p. 65 e ss; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, volume II, p. 619 e ss.; SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 25 e ss.

⁽¹⁴¹⁾ L'adesione dell'intermediario all'ABF non può definirsi libera e volontaria dal momento che costituisce «condizione per lo svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria e per la prestazione di servizi bancari e finanziari» (cfr. Art. 128-bis TUB). In questo senso si condivide quanto rilevato da TAVORMINA, *op. cit.*, p. 1025, ove l'A. rileva che non si può sostenere «*che non si tratta di un obbligo, ma piuttosto di un onere per svolgere una certa attività* [così RUPERTO, *op. cit.*, p. 331, LA TORRE, *op. cit.*, 262 e ss], *perché a questa stregua un onere simile potrebbe essere imposto per svolgere l'attività dell'imprenditore in genere, di lavoratore autonomo o perfino di dipendente*». L'A. denuncia così l'incostituzionalità dell'adesione obbligatoria al sistema dell'ABF proprio perché «*una banca, e cioè un privato, (...) non può essere obbligato ad aderire ad un sistema che lo assoggetta (sia pure soltanto a certi effetti: nella specie, agli effetti di costi e della pubblicazione della sua eventuale inadempienza alla decisione) al giudizio di soggetti diversi dal suo giudice naturale preconstituito per legge (art. 25, comma 1, cost) ossia dagli organi giurisdizionali previsti dagli artt. 102 ss. cost.*».

⁽¹⁴²⁾ In dottrina, si è comunque rilevato che non si tratta neppure di arbitrato unilateralmente obbligatorio poiché non è impedito ad alcuna delle parti di accedere al giudice naturale sopra l'oggetto della lite, insomma promuovere il procedimento non impegna in alcun modo «l'agire in giudizio» (AULETTA, *op. cit.*, p. 84).

(il cliente) libero non solo di avviare (o meno) il procedimento avanti all'ABF, ma anche sostanzialmente immune da effetti pregiudizievoli qualora il procedimento avesse un esito favorevole all'intermediario;

- l'ABF decide **secondo diritto** ⁽¹⁴³⁾, ma il provvedimento reso dal Collegio è inidoneo a definire la lite, dato che resta salva la facoltà per entrambe le parti di ricorrere all'autorità giudiziaria ovvero attivare ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti e interessi ⁽¹⁴⁴⁾. Insomma, è sempre possibile un nuovo giudizio a cognizione piena sull'intera controversia, giudizio nel quale - si noti - le parti non impugnano la decisione dell'ABF (non fanno valere vizi connessi alla decisione del Collegio), ma la controversia viene esaminata e decisa *ex novo* (come se il giudizio avanti all'ABF non si fosse mai tenuto), il che da luogo ad una situazione radicalmente diversa da quella che si verifica successivamente alla pronuncia di un lodo rituale o irrituale. In questi casi, infatti, le parti non sono libere di comportarsi come se non fosse stato pronunciato alcun provvedimento dall'arbitro, ma sono inevitabilmente costrette a confrontarsi con le relative statuizioni e un'eventuale ri-decisione della controversia da parte dell'autorità giudiziaria può esservi se e in quanto ricorrono i presupposti per promuovere un giudizio d'impugnazione ai sensi dell'art. 829 c.p.c. (per il lodo rituale) o dell'art. 808-ter (per il lodo irrituale);
- il lodo rituale, per un verso, «*ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*» (art. 824-bis c.p.c.) e, per altro verso, «*il tribunale, accertata la regolarità formale del lodo, lo dichiara esecutivo con decreto. Il lodo reso esecutivo è soggetto a trascrizione o annotazione, in tutti i casi nei quali sarebbe soggetta a trascrizione o annotazione la sentenza avente il medesimo contenuto*» (art. 825 c.p.c.), mentre il lodo irrituale produce gli effetti di un contratto. La decisione dell'ABF, per converso, **non** produce alcun effetto giuridico vincolante tra le parti e, in caso d'inadempimento, le relative statuizioni non consentono di avviare alcun procedimento esecutivo (benché

⁽¹⁴³⁾ In particolare, si prevede che «*da decisione sul ricorso è assunta sulla base della documentazione raccolta nell'ambito dell'istruttoria, applicando le previsioni di legge e regolamentari in materia, nonché eventuali codici di condotta ai quali l'intermediario aderisca*» (Disp. App. Sez. VI, par. 3).

⁽¹⁴⁴⁾ Disp. App. Sez. VI, par. 3.

l'intermediario sia tenuto ad adempierla se non vuole incorrere nell'irrogazione delle sanzioni reputazioni sopra ricordate). Del resto le fonti normative che regolano il procedimento davanti all'ABF (v. *supra* sub par. II) non qualificano la decisione dell'ABF in termini di lodo o di determinazione contrattuale o, tantomeno, prevedono un qualche riferimento agli artt. 824-bis c.p.c. e art. 808-ter c.p.c. ⁽¹⁴⁵⁾;

- solo i clienti hanno la facoltà di attivare l'ABF, mentre gli intermediari - pur essendo obbligati ad aderire al sistema - possono assumere **esclusivamente** la veste di parti resistenti ⁽¹⁴⁶⁾. Si tratta, insomma, di un sistema ad iniziativa esclusiva del cliente, benché capace di determinare l'applicazione di sanzioni a carico del solo intermediario, diversamente da quanto accade nella concezione classica dell'arbitrato dove ambedue le parti hanno la possibilità di attivare il procedimento arbitrale e ambedue sono esposte alle conseguenze giuridiche derivanti da un lodo sfavorevole;
- avverso la decisione pronunciata dall'ABF **non è normativamente previsto alcun mezzo d'impugnazione** e, tantomeno, è ammessa la possibilità di far valere eventuali vizi di nullità come invece accade per l'arbitrato rituale (art. 828 e 829 c.p.c.) e per l'arbitrato irrituale (art. 808-ter c.p.c.). Insomma, a differenza di quanto accade nelle procedure arbitrali, il sistema dell'ABF **non** presenta (volutamente) alcun raccordo con la giurisdizione statale e ciò proprio in quanto l'ABF non è un arbitrato e le sue decisioni sono inidonee a produrre gli effetti tipici di un lodo (rituale o irrituale); infine,

⁽¹⁴⁵⁾ In questo senso, in dottrina cfr. CONSOLO - STELLA, *op. cit.*, p. 123; SANGIOVANNI, *op. cit.*, p. 964.

⁽¹⁴⁶⁾ Così CARADONNA, *op. cit.*, p. 283. Tuttavia, in dottrina non manca chi ravvisa nell'ABF un sorta di arbitrato irrituale "speciale" muovendo dal rilievo che «l'argomento evocato dalla dottrina per respingere una configurazione come arbitrato del procedimento avanti l'ABF - vale a dire l'assenza di vincolatività della decisione, anche semplicemente alla stregua di una determinazione contrattuale per usare la terminologia dell'art. 808 ter c.p.c. - si fonda su un'interpretazione non del tutto perspicua, e soprattutto non l'unica possibile, della norma di cui al terzo comma dell'art. 128-bis TUB, là dove sottolinea che il ricorso all'Arbitro Bancario non preclude la possibilità di avvalersi del rimedio giurisdizionale», mentre in realtà il principio sancito dall'art. 128 bis, c. 2, TUB (i.e. effettività della tutela), imporrebbe proprio di riconoscere carattere vincolante alle decisioni dell'ABF, diversamente opinando vi sarebbe «incoerenza» nel disegno tracciato dalla normativa primaria. Né possono costituire impedimenti ad una simile lettura le norme regolamentari cui si è inteso assegnare la concreta disciplina dell'istituto dato che, in quanto norme secondarie, non possono essere contrastanti con la normativa primaria, né fornire una sorta di interpretazione autentica di quest'ultima (cfr. GUIZZI, *op. cit.*, p. 1222).

- nel corso di un arbitrato (rituale) l'organo giudicante può, ai sensi dell'art. 819-bis ⁽¹⁴⁷⁾, sollevare questioni di legittimità costituzionale. Quanto all'ABF, invece, mentre la Corte Costituzionale ha espressamente affermato che tale organo non svolge attività autenticamente giurisdizionale e non emette decisioni idonee al giudicato sostanziale, di talché non può sollevare questioni di legittimità costituzionale ⁽¹⁴⁸⁾.

In conclusione, ricorrono plurime assorbenti ragioni che impediscono una qualificazione dell'ABF in termini di arbitrato rituale o, tantomeno, arbitrato irrituale. Corollario di quanto precede sarà l'impossibilità di applicare

⁽¹⁴⁷⁾ L'art. 819-bis c.p.c. prevede che «*Ferma l'applicazione dell'articolo 816-sexies, gli arbitri sospendono il procedimento arbitrale con ordinanza motivata nei seguenti casi: 1) quando il processo dovrebbe essere sospeso a norma del comma terzo dell'articolo 75 del codice di procedura penale, se la controversia fosse pendente davanti all'autorità giudiziaria; 2) se sorge questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione d'arbitrato e per legge deve essere decisa con autorità di giudicato; 3) quando rimettono alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale ai sensi dell'articolo 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87. Se nel procedimento arbitrale è invocata l'autorità di una sentenza e questa è impugnata, si applica il secondo comma dell'articolo 337. Una volta disposta la sospensione, il procedimento si estingue se nessuna parte deposita presso gli arbitri istanza di prosecuzione entro il termine fissato dagli arbitri stessi o, in difetto, entro un anno dalla cessazione della causa di sospensione. Nel caso previsto dal primo comma, numero 2), il procedimento si estingue altresì se entro novanta giorni dall'ordinanza di sospensione nessuna parte deposita presso gli arbitri copia autentica dell'atto con il quale la controversia sulla questione pregiudiziale è proposta davanti all'autorità giudiziaria.*»

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. Corte Cost. 21.7.2011, n. 218, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1652 e ss, con nota di CONSOLO - STELLA. Il Collegio dell'ABF di Napoli, trovandosi nella necessità di dover applicare leggi di dubbia costituzionalità, aveva rivendicato il potere dell'ABF di sollevare questioni di legittimità costituzionale davanti alla Corte Costituzionale. In particolare, il Collegio di Napoli a sostegno della propria legittimazione attiva aveva richiamato i principi affermati da Corte Cost. 5.6.1966 n. 83 e Corte Cost. 22-28.11.2001, n. 376, nelle motivazioni delle quali, per delineare la funzione di giudizio e di autorità giurisdizionale, ai fini della legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale, si è stabilito come sia essenziale che l'organo rimettente sia chiamato a risolvere una controversia nel rispetto delle garanzie e facendo applicazione obbiettiva del diritto. In questo senso il Collegio di Napoli ha sostenuto che l'ABF svolge in posizione *super partes* funzioni di oggettiva applicazione della legge, allo scopo di fornire la corretta interpretazione delle norme cui gli intermediari debbono attenersi nei rapporti con la clientela (ABF, Collegio di Napoli, 6 luglio 2010, in *Riv. arb.* 2010, p. 705 e ss con nota adesiva di MAIONE). La Consulta ha disconosciuto il potere dell'ABF rilevando che si tratta di un sistema, privo dal punto di vista strutturale e funzionale, dei requisiti caratterizzanti gli organi giurisdizionali. La posizione assunta dalla Corte Costituzionale pare senz'altro coerente con le caratteristiche del sistema ABF anche se tale posizione lascia permanere il rischio di decisioni che, pur avendo un notevole rilievo nei rapporti tra intermediari e clienti, possono essere contrastanti con le norme costituzionali. L'ordinanza della Corte Costituzionale è commentata, tra gli altri, da ANTONUCCI, *ABF e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. trim. econ.*, 2011, p. 128 e ss.; CONSOLO - STELLA, *Il ruolo prognostico - deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitro del nuovo ABF, "scrutatore" di torti e ragioni in materia bancaria*, in *Corr. giur.* 2011, p. 1653 e ss.; FINOCCHIARO, *Impossibile per l'Arbitro Bancario e Finanziario sollevare questioni di legittimità costituzionale. L'autorità non ha i poteri del giudice e le sue decisioni sono solo indicative*, in *Guida dir.*, 2011, p. 54 e ss.

analogicamente le di tutte norme dettate in materia arbitrale, prime fra tutte quelle di cui agli artt. 806 e ss c.p.c..

VIII.3 ABFE ARBITRAGGIO.

In dottrina taluno ha ritenuto di ravvisare nella procedura davanti all'ABF una sorta di **arbitraggio**, sostenendo che la determinazione dell'ABF equivarrebbe alla determinazione di un privato che completa e integra il regolamento negoziale che le parti già si erano vicendevolmente date ⁽¹⁴⁹⁾.

In altri termini, la determinazione dell'ABF farebbe chiarezza in ordine a quelle che dovrebbero essere le prestazioni delle parti sulla base del rapporto negoziale in essere tra le stesse che, per tale via, ne uscirebbe integrato e completato **in virtù dell'equo apprezzamento del terzo** ⁽¹⁵⁰⁾. Secondo questa ipotesi ricostruttiva, l'intermediario qualora ritenesse iniqua o erronea la determinazione dell'ABF potrebbe rivolgersi al giudice per ottenerne la rimozione mediante sentenza che definisca il corretto assetto degli interessi dei contraenti ex art. 1349 c.c. ⁽¹⁵¹⁾. Ma non solo, all'intermediario sarebbe riconosciuta anche la possibilità di chiedere in via cautelare la sospensione dell'erronea determinazione dell'ABF (previa dimostrazione degli usuali requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*) evitando così l'irrogazione della sanzione reputazionale connessa al suo eventuale inadempimento.

In realtà questa opzione interpretativa non convince. L'arbitraggio è un istituto previsto in via generale dall'art. 1349 c.c. e si sostanzia in una procedura tramite cui le parti deferiscono ad un terzo, che assume il nome di arbitratore, la determinazione di un elemento di un negozio in via di formazione che le parti non hanno voluto o potuto determinare ⁽¹⁵²⁾. All'arbitratore è attribuito il compito di “integrare” e/o “completare” il regolamento negoziale intercorrente tra le parti.

⁽¹⁴⁹⁾ DESARIO, *op. cit.*, p. 495 e ss.

⁽¹⁵⁰⁾ DESARIO, *op. cit.*, p. 495 e ss.

⁽¹⁵¹⁾ L'A. giunge addirittura a sostenere che nell'ambito del giudizio ordinario promosso dall'intermediario per ottenere la rimozione del *decisum* dell'ABF, parti del giudizio sarebbero non solo l'intermediario ed il cliente, ma anche lo stesso Collegio dell'ABF in quanto autore della determinazione (DESARIO, *op. cit.*, p. 496).

⁽¹⁵²⁾ In dottrina *ex multis* DIMUNDO, *L'arbitraggio*, in *L'arbitrato - Profili sostanziali*, coordinato da Alpa, Torino, 1999, Tomo I, p. 145 e ss ove ult. rife; FAZZALARI, *Arbitrato e Arbitraggio*, in

Il ruolo dell'ABF è però ben diverso, il Collegio non è chiamato a determinare un elemento del contratto, bensì a decidere una controversia, a distribuire ragioni e torti, a fissare la misura di risarcimenti monetari e stabilire i comportamenti che gli intermediari sono tenuti ad osservare per rimediare a loro inadempimenti verso i clienti ⁽¹⁵³⁾.

Ma non solo. L'arbitratore decide secondo l'*arbitrium boni viri* (i.e. secondo equo apprezzamento) oppure secondo il *merum arbitrium* (i.e. secondo il suo mero arbitrio) ⁽¹⁵⁴⁾. Spetta alle parti indicare nella clausola di arbitraggio ⁽¹⁵⁵⁾ a quale criterio di valutazione l'arbitratore deve conformarsi. Al contrario, il Collegio dell'ABF decide sempre e solo "secondo diritto" ⁽¹⁵⁶⁾. Senza tacere il fatto che non sarebbe neppure necessariamente configurabile l'esistenza di alcuna clausola di arbitraggio tra cliente e intermediario dato che il cliente può ricorrere all'ABF anche qualora il contratto concluso con l'intermediario non vi faccia espresso riferimento, mentre nell'arbitraggio una siffatta clausola è essenziale ogniqualvolta si voglia percorrere un procedimento con le caratteristiche e le finalità di cui all'art. 1349 c.c..

Insomma, la qualificazione dell'ABF come forma di arbitraggio non pare un soluzione giuridicamente percorribile.

VIII.4 ABF E ACCERTAMENTO TECNICO STRUMENTALE ALL'AZIONE DI VIGILANZA.

In dottrina, si è proposta anche una ulteriore ricostruzione dell'istituto, qualificando il procedimento davanti all'ABF alla stregua di sub - procedimento di natura tecnica relativo ai rapporti tra l'intermediario ed il cliente che si inserisce nel

Riv. Arb., 1993, p. 583 e ss; ZUDDAS, *L'arbitraggio*, Napoli, 1992. In giurisprudenza, *ex multis* Cass. 28.7.1995, n. 8289, in *Studium Juris*, 1996, p. 619.

⁽¹⁵³⁾ Cfr. Cass. 25.6.1983, n. 4364, in *Giust. civ. mass.*, 1983, fasc. 6, ove si afferma testualmente che l'arbitraggio ricorre quando le parti abbiano affidato al terzo arbitratore non già l'incarico di risolvere la controversia nascente da un rapporto giuridico preesistente e già perfetto (come nell'arbitrato rituale ed in quello libero) ma di determinare in un negozio giuridico in via di perfezionamento, un elemento che le parti non hanno voluto o potuto determinare, sicché l'arbitratore non dirime liti con poteri decisori, ma concorre con le parti nella formazione del contenuto del negozio. In senso analogo, Cass. 29.4.1983, n. 2949 in *Giust. civ. mass.*, 1983, fasc. 4.

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. Cass. 30.6.2005, n. 13954, in *Giust. civ. mass.*, 2005, fasc. 6.

⁽¹⁵⁵⁾ La clausola di arbitraggio consiste in un patto mediante il quale le parti si obbligano reciprocamente a rimettere la determinazione dell'oggetto di un dato contratto, o in genere di un negozio, al libero arbitrio di un terzo e costituisce la fonte dalla quale quest'ultimo trae i suoi poteri e la base di tutto l'istituto (così DIMUNDO, *op cit.*, p. 164).

⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. Disp. App. Sez. VI, par. 3.

procedimento amministrativo di vigilanza svolto dalla Banca d'Italia sull'attività degli intermediari bancari ⁽¹⁵⁷⁾.

In altri termini, si è sostenuto che quando il cliente ricorre all'ABF per contestare l'inadempimento dell'intermediario al contratto bancario che lo lega, non fa altro che lamentarsi della condotta dell'intermediario tenuta nei suoi confronti, sollecitando in questo modo l'esercizio del potere (originario) di vigilanza della Banca d'Italia. Quest'ultima, in qualità di Amministrazione procedente, per il principio di doverosità dell'azione amministrativa, assume l'obbligo giuridico di procedere e all'iniziativa procedimentale segue la fase istruttoria nel corso della quale trova esplicitazione l'attività dell'organo giudicante dell'ABF.

La decisione dell'ABF è strumentale all'esercizio della funzione di vigilanza della Banca d'Italia, poiché nei casi in cui il Collegio, all'esito del procedimento attivato dal cliente, rileva l'inadempimento dell'intermediario, la decisione dell'ABF ed il comportamento dell'intermediario sono sottoposti al vaglio della Banca d'Italia.

In particolare, la Banca d'Italia stabilisce se la condotta dell'intermediario sia conforme ovvero si sia conformata al giudizio dell'ABF ovvero sia da irrogare la sanzione reputazionale all'intermediario inadempiente, restando inteso che l'inadempienza va accertata in relazione al comportamento originariamente preteso dal cliente e nei limiti in cui sia stato riconosciuto esigibile dall'ABF.

A sommo avviso di chi scrive, l'ipotesi ricostruttiva dell'istituto poc'anzi esposta sembra giuridicamente plausibile (non si vedono particolari impedimenti normativi ad una lettura del sistema dell'ABF in termini **organo tecnico funzionale allo svolgimento dell'attività di vigilanza**).

Nondimeno, configurare il sistema dell'ABF esclusivamente (o, perlomeno, prevalentemente) nell'ottica di strumento al servizio di Banca d'Italia e dell'attività di vigilanza svolta da tale autorità amministrativa, finisce per tradire la *ratio* normativa dell'istituto e le esigenze che hanno portato alla sua istituzione.

Infatti, l'ABF nasce, anzitutto, come strumento di tutela della clientela bancaria per risolvere in modo rapido, efficace ed economico le controversie insorte

⁽¹⁵⁷⁾ La tesi è stata formulata da AULETTA, *op. cit.*, p. 87 e ss e, successivamente, precisata da MAIONE, *Forma e sostanza delle delibere dell'Arbitro Bancario Finanziario*, *op. cit.*, p. 440 e ss.

con l'intermediario. In altre parole, **l'ABF è direttamente e primariamente uno strumento di giustizia privata e solo indirettamente e secondariamente uno strumento di ausilio all'attività di pubblica vigilanza della Banca d'Italia.**

L'ABF accerta se i diritti e gli interessi del cliente - ricorrente sono stati lesi dall'intermediario e, quando tale lesione viene riscontrata, emana una decisione il cui adempimento dovrebbe ristorare il pregiudizio subito dal cliente. Per queste ragioni, chi scrive ritiene che l'ABF debba essere trattato e considerato per quello che è: uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie tra soggetti privati, la cui attività è tale da assumere rilevanza anche (ma non esclusivamente e primariamente) nell'ambito dell'attività di vigilanza pubblica svolta dalla Banca d'Italia ⁽¹⁵⁸⁾.

VIII.5 CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Tenuto conto di quanto sin d'ora esposto, ad avviso di chi scrive sembra corretto condividere l'opinione di coloro che descrivono l'ABF in termini di **sistema ibrido di soluzione stragiudiziale delle controversie** in materia bancaria e finanziaria ⁽¹⁵⁹⁾, un sistema c.d. *determinative* (o aggiudicativo) munito di caratteristiche peculiari che valgono a distinguerlo sia dalle procedure di conciliazione stragiudiziale, sia delle procedure arbitrali (rituali e irrituali), sia dalle procedure di arbitraggio.

Insomma, un istituto (forse) destinato ad inaugurare un "*quartum genus*", qualora il legislatore decidesse di "replicare" il modello dell'ABF in altri settori dell'ordinamento: penso, in primo luogo, al settore degli investimenti finanziari dove in sede di riforma della Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob si era già ipotizzato un sistema di risoluzione delle controversie ad adesione obbligatoria per gli intermediari modellato sulla falsariga dell'ABF ⁽¹⁶⁰⁾ e, in secondo luogo, al settore delle

⁽¹⁵⁸⁾ In questo senso PERASSI, *op. cit.*, p. 154 condivisibilmente rileva che «*se allora l'ABF è una forma di risoluzione delle controversie di sistema che si affianca alla struttura pubblicistica tipica della supervisione, per assicurare l'enforcement delle regole di natura privatistica, del tutto particolari, in atto in quel sistema, non vi sono argomenti validi per considerarla alla stregua di un procedimento amministrativo inserito in un'azione di vigilanza*».

⁽¹⁵⁹⁾ Così CAPOBIANCO, *op. cit.*, p. 5.

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. Documento del 6.6.2012 "*Modifiche al regolamento di attuazione del decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, concernente la Camera di Conciliazione Arbitrato presso la Consob con delibera n. 16763 del 29 dicembre 2008 - Esiti della consultazione*" pubblicato su www.consob.it

assicurazioni ove in altri ordinamenti europei sono presenti meccanismi di risoluzione delle controversie “speciali” costituiti sotto l’egida delle autorità di vigilanza ⁽¹⁶¹⁾.

* * *

IX. ADESIONE DELL’ABF ALLA RETE FIN.NET.

Da ultimo, si ricorda che l’ABF aderisce alla rete Fin.Net. (*Financial Dispute Resolution Network*), ossia la rete promossa dalla Commissione Europea a partire dal 2001 per favorire lo sviluppo e la cooperazione dei sistemi di ADR (*Alternative Dispute Resolution*) nell’ambito dello spazio economico europeo ⁽¹⁶²⁾.

Attraverso la rete il cliente che si rivolga al proprio sistema nazionale di soluzione stragiudiziale delle controversie viene messo in contatto - attraverso il supporto informativo fornito dalla rete - con il sistema equivalente nello Stato in cui opera l’intermediario estero. Pertanto, con l’adesione dell’ABF alla rete Fin. Net., il cliente italiano che voglia presentare ricorso stragiudiziale nei confronti di un intermediario estero può contattare la segreteria tecnica dell’ABF che, dopo aver verificato l’adesione di quell’intermediario ad un sistema di risoluzione stragiudiziale che fa parte della rete Fin.Net, fornisce al cliente informazioni sul funzionamento della rete, presta assistenza nella predisposizione del ricorso e, se quest’ultimo lo richiede, fornisce collaborazione tecnica e giuridica sulle questioni oggetto del ricorso.

Simmetricamente, l’ABF può essere adito attraverso la rete Fin. Net. riguardo a controversie promosse da clienti residenti o domiciliati in un altro Stato membro, qualora ciò sia previsto dalla disciplina di tale Stato.

L’adesione dell’ABF alla rete Fin. Net. contribuisce a rendere più semplice e accessibile e quindi effettiva l’attivazione di strumenti di tutela della clientela bancaria nei confronti degli intermediari esteri evitando, *da un lato*, che lo (spesso) esiguo valore della controversia scoraggi i clienti dal far valere i propri diritti e, *dall’altro lato*, comportamenti scorretti e illegittimi degli intermediari (anche) esteri rimangano impuniti e anzi continuino ad essere perpetrati in danno della clientela.

* * *

⁽¹⁶¹⁾ Il riferimento è al sistema dei *Comisionados* previsti nell’ordinamento spagnolo (v. *supra* Cap. 2, par. VI).

⁽¹⁶²⁾ Cfr. Capitolo 2, sub par. II.

X. QUALCHE “NUMERO” SULL’ABF.

I dati relativi all’ABF a distanza di poco più di tre anni dalla sua entrata in funzione (i.e. 15 ottobre 2009) sono estremamente positivi e dimostrano come il nuovo sistema di soluzione stragiudiziale delle controversie bancarie rappresenta uno strumento conosciuto ed efficace per la definizione del contenzioso bancario e finanziario in Italia ⁽¹⁶³⁾, la cui diffusione è andata al di là di ogni più rosea previsione iniziale.

Basti pensare che sino ad oggi il ricorsi presentati all’ABF sono stati oltre 7.000, di cui 3.578 solo nel 2011 con un incremento del 5% rispetto al periodo precedente (2009-2010) ⁽¹⁶⁴⁾. In questo contesto, i dati riferiti al 2011 evidenziano come delle 2.760 decisioni emesse nel 2011 ben il 62% sono state in favore dei clienti (con un incremento del 1% rispetto al 2010), segno che l’operato delle banche e degli intermediari è non è ancora caratterizzato da assoluta correttezza e legittimità.

Altro dato (estremamente significativo) è quello concernente il numero di decisioni rimaste inadempite dagli intermediari. Infatti, solo in due casi si sono registrati inadempimenti al *decisum* dell’ABF (e, peraltro, da parte di due società finanziarie non più iscritte nell’elenco generale di cui all’art. 106 TUB), il che dimostrata in modo inconfutabile che le sanzioni reputazionali connesse all’eventuale inadempimento rendono le decisioni dell’ABF (benché sprovviste di efficacia giuridica) di fatto vincolanti per gli intermediari che puntualmente si conformano a quanto statuito dai Collegi.

Insomma, l’ABF ha dimostrato di essere uno strumento di “giustizia” privata efficace e molto utilizzato (anche e soprattutto per la sua facilità di accesso, il costo praticamente nullo e l’autorevolezza dei componenti dei Collegi) da parte della clientela bancaria e finanziaria, la cui funzionalità - ad avviso di chi scrive - non è certo destinata ad essere intaccata dal venir meno della c.d. mediazione

⁽¹⁶³⁾ Cfr. BANCA D’ITALIA, *Relazione sull’attività dell’Arbitro Bancario Finanziario - 2011*, consultabile su www.arbitrobancariofinanziario.it.

⁽¹⁶⁴⁾ I ricorsi sono stati proposti prevalentemente contro banche (67,3%) e, in misura significativa, anche contro Poste Italiane S.p.A. (13,4%, con un numero di ricorsi raddoppiato dal 2010 al 2011) e società finanziarie dell’elenco speciale di cui al 107 TUB (16,2%), a seguire le società finanziarie iscritte dell’elenco generale di cui al 106 TUB (1,6%).

obbligatoria (anche) in materia di contratti bancari e finanziari, nonostante che - non si dubita - Banca d'Italia provvederà presto a metter mano alle Disp. App. per recepire i contenuti della sentenza della Corte Costituzionale 6 dicembre 2012, n. 272, modificando proprio quelle disposizioni introdotte da poco più di un anno per adattare e coordinare il procedimento davanti all'ABF ai contenuti del D.Lgs 4 marzo 2010, n. 28 (ivi comprese le norme sulla mediazione obbligatoria).

In ogni caso, l'impressione è che la vitalità dell'istituto sia destinata a consolidarsi negli anni a venire e ciò in quanto l'ABF oggi rappresenta uno strumento di giustizia privata che in ragione delle sue caratteristiche e peculiarità, *da un lato*, ha consentito (e consente) di far “emergere” un contenzioso (minore) che diversamente non approderebbe nelle aule di Tribunale (o tantomeno nell'ufficio di un arbitro), né sfocerebbe in procedure meramente conciliative (perché il cliente è spesso interessato ad avere una “decisione”, piuttosto che una semplice “proposta”) e, *dall'altro lato*, non è perfettamente surrogabile con altri strumenti di giustizia alternativa presenti nel nostro ordinamento, poiché dispone di una “forza” e di un “autorevolezza” speciale che gli deriva sia dall'essere un sistema che si “impone” *ex lege* alle banche e agli intermediari, sia dall'operare sotto l'egida della Banca d'Italia ossia dell'autorità di vigilanza pubblica nel settore bancario.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

- ALPA, *ADR*, in Alpa-Graziadei-Guarnieri-Mattei-Monasteri-Sacco, *Il diritto soggettivo*, 2, *La parte generale del diritto civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2001;
- AMBROSI, *Sistemi di soluzione delle controversie: creazione di una rete giudiziaria europea per la tutela dei consumatori e la risoluzione delle controversie transfrontaliere*, in *Giur. it.*, 2005;
- ANDERSON, *Ombudsman research: a bibliographical essay*, in *The ombudsman journal*, 1982;
- ANTONUCCI, *ABF e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. trim. econ.*, 2011;
- ANTONUCCI, *Declinazioni della sustainability e prospettive di mercato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010;
- AULETTA, *Conciliazione e arbitrato presso la Consob*, in *Riv. arb.*, 2007;
- AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Le società*, 2011;
- BAIONA, *I confini tra regolazione pubblica e privata nel sistema bancario e finanziario italiano*, in *Giur. It.*, 2010;
- BANCA D'ITALIA, *Considerazioni finali*, 31.5.2008, p. 17-19, consultabile su http://www.bancaditalia.it/interventi/integov/2008/cf/cf07/cf07_considerazioni_finali.pdf;
- BARATELLA, *La forma scritta e i c.d. contratti di intermediazione finanziaria nella ricostruzione giurisprudenziale*, in *Resp. civ.*, 2010;
- BARENGHI, *Disciplina dell'intermediazione finanziaria e nullità degli ordini di acquisto (in mancanza del contratto-quadro): una ratio decidendi e troppi obiter dicta*, in *Giur. mer.*, 2007;
- BASTIANON, *La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione ed arbitrato presso la Consob*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010;
- BASTIANON, *L'integrazione dei mercati finanziari in Europa: la MiFID e la recente normativa italiana di recepimento*, in *Dir. Un. eur.*, 2008;
- BERLINGUER, *L'arbitrato nel diritto bancario e nel mercato mobiliare*, in *Arbitrato, ADR e conciliazione*, Rubino-Sammartano (diretto da), Bologna, 2009;
- BESSONE, *Emissione, gestione accentrata, regole di dematerializzazione degli strumenti finanziari*, in *Magistra, Banca e Finanza*, www.magistra.it, 2002;
- BOVE, *Arbitrato irrituale*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, 2010;
- BRUNO - ROZZI, *Il destino dell'operatore qualificato alla luce della MiFID*, in *Società*, 2007;
- BRUSCHETTA, *Le controversie bancarie e finanziarie*, in *Contratti*, 2010;
- CALLEGARO, *Validità del contratto, conflitti di interesse e responsabilità nell'intermediazione finanziaria*, in *Contratti*, 2010;
- CAMILLI, *Sistemi di risoluzione alternative delle controversie e sistemi di vigilanza: un'analisi comparative*, in *Giur. comm.*, 2009;
- CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, pubblicato su www.judicium.it;

- CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Processes within Framework of the Worl-Wide Acces-to-Justice Movement*, in *The Modern Law Review*, 1993;
- CAPPONI, *Il libro verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia*, in *Doc. giust.*, 1994;
- CAPRIGLIONE, *La Giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La Prospettiva dell'ADR*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010;
- CARADONNA-BOSSI, *L'arbitro bancario e finanziario quale strumento di gestione delle liti fra intermediari finanziari e la propria clientela*, in *Riv. dott. comm.*, 2010;
- CARBONETTI, *I contratti d'intermediazione mobiliare*, Milano, 1992;
- CARIDI, *Commento sub. Articolo 27, comma 2 e 3*, in *La tutela del risparmio*, a cura di Nigro - Santoro, Torino, 2007;
- CARLEO, *Gli strumenti di tutela di risparmiatori e investitori istituiti presso la Consob: procedure di conciliazione e arbitrato, sistema d'indennizzo e fondo di garanzia*, in *Disciplina dei mercati finanziari e tutela del risparmio*, Milano, 2008;
- CARPI, *Servizi finanziari e tutela giurisdizionale*, in *Giur. comm.*, I, 2008;
- CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, in *Trattato Bessone*, XXXI, Torino, 2007;
- CARRIERO, *Crisi del processo civile e giustizia stragiudiziale: l'«ombudsman» bancario*, in *Foro it.*, 2002;
- CARRIERO, *Le fonti negoziali del diritto nel settore bancario e finanziario*, in *Foro it.*, 2000;
- CASPANI, *I consumatori e la giustizia. Conciliazione e arbitrato: l'evoluzione europea e l'esperienza nazionale*, Piacenza, 2002;
- CASSANO, *ADR (Alternative Dispute Resolution)*, in *Transazione, arbitrato e risoluzione alternative delle controversie*, coordinato da Cassano, Torino, 2006;
- CAVALLINI, *La Camera di conciliazione e di arbitrato della Consob: «prima lettura» del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179*, in *Riv. soc.*, 2007, II;
- CIAMPI, *Intervento all'Associazione bancaria italiana*, in *Banca d'Italia, Documenti, n. 370*, Roma, 1992;
- COLOMBINI - CALABRÒ, *Crisi globale e finanza innovativa. Irrazionale creazione, trasferimento e moltiplicazione del rischio di credito*, Utet, Torino, 2009;
- COLOMBO, *La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi d'investimento*, in *Le società*, 2007;
- COMMISSIONE EUROPEA - DG SANCO, *Documento di consultazione: il ricorso a forma alternative di risoluzione delle controversie come strumento per risolvere le controversie relative alle transazioni e alle prassi commerciali internazionali*, consultabile su http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/dgs_consultations;
- COMMISSIONE EUROPEA, *L'Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia*, COM (2011) 206, del 13.4.2011;
- COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*, COM (2002) 196 del 19.4.2002;
- COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde, L'accesso dei consumatori alla giustizia e lla risoluzione*

- delle controversie in materia di consumo nell'ambito del Mercato unico, COM 93-576, del 16.11.1993;
- COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo sui reclami dei consumatori in materia di vendite a distanza e di pubblicità comparative*, COM (2000) 127, 10.3.2000;
- COMOGLIO, *Metodi alternative di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000;
- CONCA, *Le iniziative dell'Unione Europea in tema di tutela dei consumatori*, in *Composizione delle controversie commerciali con le procedure ADR. Opportunità per le imprese*, a cura di Benigni - Franzini, Milano, 2004;
- CONSOLO - STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, in *Analisi giur. dell'econ.*, 2011;
- CONSOLO - STELLA, *Il ruolo prognostico - deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitro del nuovo ABF, "scrutatore" di torti e ragioni in materia bancaria*, in *Corr. giur.* 2011;
- CORSINI, *L'arbitrato amministrato della Camera di conciliazione e arbitrato costituito presso la Consob*, in *Giur. comm*, I, 2012;
- COSTANTINO, *La istituzione dell'«Arbitro Bancario Finanziario»*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010;
- CONTI, *Il conciliatore bancario e gli organismi di conciliazione nel sistema di soluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Bancaria*, 2007, 4;
- CUOMO ULLOA, *La Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob*, in *Contratti*, 2008, 12;
- DANOVI, *Le ADR (Alternative Dispute Resolutions) e le iniziative dell'Unione Europea*, in *Giur. it.*, 1997;
- DE CAROLIS, *L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, in *Quaderni di ricerca giuridica - Banca D'Italia*, Roma, 2010, pubblicato su www.bancaditalia.it;
- DELFINO, *L'«ombudsman» come modello di «alternative dispute resolution» nel settore privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999;
- DELLA VEDOVA, *Sulla forma degli ordini di borsa*, in *Riv. dir. civ.*, 2010;
- DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana*, I-V, Napoli, 1967;
- DE PALO, in *Arbitrato, ADR, conciliazione*, a cura di Rubino-Sammartano, Torino, 2009;
- DESARIO, *Profili d'impatto delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario sugli intermediari*, *Banca borsa tit. cred.*, 2011;
- DE SINNO, *Ombudsman Bancario*, in *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di Buonfrate - Giovannucci Orlandi, Milano, 2006;
- DI FERDINANDO - ROZZI, *Il destino dell'operatore qualificato nell'ordinamento domestico alla luce della disciplina della Markets in financial instruments directive (Mifid)*, in *Società*, 2007;
- DIMUNDO, *L'arbitraggio*, in *L'arbitrato - Profili sostanziali*, coordinato da Alpa, Torino, 1999;
- DI STASIO, *Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie bancarie: ufficio reclami, conciliatore*

- bancario, arbitro bancario finanziario, in *La disciplina dei rapporti bancari*, a cura di Fiorucci, Padova, 2012;
- DRAGHI, *Come ripristinare la stabilità finanziaria*, Intervento alla Bundesbank Lecture 2008, Berlino, 16.9.2008, consultabile su www.bancaditalia.it/interventi/integov/2008;
- DRAGHI, *Modernisation of the Global Financial Architecture: Global Financial Stability*, Intervento al parlamento europeo, Committee on Economic and Monetary Affairs, 17.3.2010;
- DURANTE, *Con il nuovo regolamento intermediari, regole di condanna «flessibili» per la prestazione di servizi d'investimento*, in *Giur. mer.*, 2008
- DURANTE, *Verso una diversa gradazione della tutela degli investitori (ed un diverso ruolo della Consob): dal diritto giurisprudenziale al recepimento delle misure "di secondo livello" della Mifid*, in www.judicium.it;
- EUROPEAN COMMISSION - DG INTERNAL MARKET AND SERVICE, *Evaluation of Fin-Net, Final Report*, June 2009;
- EUROPEAN COMMISSION - DG SANCO, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union. Final Report Submitted by Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium (CPEC)*, 16.10.2009;
- FAISSOLA, *Dall'ombudsman al conciliatore: un percorso di sistema*, in *Bancaria*, 2007, 6, p. 42;
- FANTETTI, *L'arbitro bancario finanziario quale sistema di risoluzione alternativa delle controversie tra investitore e intermediario*, in *Resp. civ.*, 2010;
- FAZZALARI, *Arbitrato e Arbitraggio*, in *Riv. Arb.*, 1993;
- FERRETTI, *L'arbitrato e l'ADR nel settore bancario*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Rubino Sammartano, Padova, 2010;
- FINOCCHIARO, *Impossibile per l'Arbitro Bancario e Finanziario sollevare questioni di legittimità costituzionale. L'autorità non ha i poteri del giudice e le sue decisioni sono solo indicative*, in *Guida dir.*, 2011;
- FIORIO, *Onere della prova, nesso di causalità ed operazioni non adeguate*, in *Giur. it.*, 2010;
- FIORUZZI - MAMONE, *Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob: un nuovo strumento di protezione per i risparmiatori*, consultabile su www.avvocati24.ilsole24ore.com;
- FRUMENTO, *La valutazione di adeguatezza e di appropriatezza delle operazioni di investimento nella Direttiva Mifid*, in *Contratti*, 2007;
- GASPARINETTI, *Consumatori, utenti e giustizia civile nel Mercato unico. Un dibattito aperto*, in *Doc. giust.*;
- GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto ?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009;
- GIUFFRIDA, *L'ombudsman Bancario*, dicembre 2010, reperibile nella sezione di *Diritto civile e commerciale* su www.diritto.it
- GRECO, *Intermediazione finanziaria: rimedi e adeguatezza in concreto*, in *Resp. civ. prev.*, 2008;
- GREEN, *A comprehensive approach to the theory and practice of Dispute Resolution*, in *34 Journal Legal Education*, 1984;

- GUADAGNO, *Inadeguatezza e nullità virtuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010;
- GUCCIONE - RUSSO, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, *Nuove leggi civ. comm.*, 2010;
- GUERINONI, *Contratti di investimento e responsabilità degli intermediari finanziari*, Milano, 2010;
- GUERINONI, *La conciliazione e l'arbitrato per le controversie nell'intermediazione finanziaria*, in *i Contratti*, 2008;
- GUERINONI, *Le controversie in tema di contratti di investimento: forma, informazione, ripensamento e operatore qualificato*, in *Corr. giur.* 2011;
- GUIDA, in *Sistemi alternative di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, a cura di Boccuzzi, Quaderni di ricerca giuridica - Banca D'Italia, Roma, 2010;
- GUIZZI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Le società*, 10, 2011;
- GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF? (una breve risposta a "La giustizia nei rapporti finanziari. La prospettiva dell'ADR")*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 5;
- INCHINGOLO, *L'Accordo interbancario del 15 aprile 1993*, in *Dir. Banca e mercati finan.*, 1994;
- INZITARI, *Violazione del dovere di agire in conflitto d'interessi nella negoziazione degli strumenti finanziari*, in *Corr. giur.*, 2009;
- KATHOLIEKE UNIVERSITEIT LEUVEN, CENTRE FOR EUROPEAN ECONOMIC LAW, *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings*, 2007;
- LA TORRE, *Intermediari finanziari e soggetti operanti nel settore finanziario*, in *Trattato di diritto dell'Economia*, Picozza-Gabrielli (diretto da), Padova, 2010;
- LENER, *Conflitti di interesse fra intermediario e cliente*, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di Gabrielli, Torino, 2011;
- LEVIN-WHEELER (eds.), *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the future*, St. Paul, MN, 1979;
- LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004;
- LUNDIVIK, *A brief survey of the history of the ombudsman*, in *The ombudsman journal*, 1982;
- MAIMERI, *L'«ombudsman» bancario in Italia*, in *La Banca e l'arbitrato*, a cura di Riolo, Roma, 1994;
- MAIONE, *Profili ricostruttivi di una (eventuale) legittimazione a quo dei Collegi dell'Arbitro Bancario Finanziario*, pubblicato su www.judicium.it;
- MAIONE, *Forma e sostanza delle delibere dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Le società*, 2012;
- MAIMERI, *L'arbitro bancario finanziario: dall'iniziativa degli operatori all'impero legislativo*, Cedam, 2010, p. 405-419;
- MANCINI, *I nuovi strumenti processuali di tutela degli investitori: l'arbitrato amministrato dalla Consob*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 665;
- MANCINI, *L'autonomia della Camera di Conciliazione e arbitrato istituita dal D.lgs. 179/07 per la risoluzione delle controversie insorte tra investitori e intermediari dinanzi alla Consob alla luce della posizione del Consiglio di Stato*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012;

- MANCINI, *Sul regolamento di attuazione del D.Lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 (Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob)*, in *Riv. arb.*, 2008;
- MANNINO, *Ricerche sul defensor civitatis*, Milano, 1984;
- MARAGNO, *La nullità del contratto di intermediazione di valori mobiliari per difetto di sottoscrizione dell'intermediario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010;
- MARCHESIELLO, *Una nuova Giustizia per l'impresa: i metodi ADR*, Forlì, 2009;
- MARTINELLO, *Libro verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia: appunti per un'analisi critica*, in *Doc. giust.*, 1994;
- MASERA (a cura di), *The Great Financial Crisis. Economics, Regulation and Risk*, Banca Editrice, Roma, 2009;
- MICCOLI, *Nuovi limiti dell'autonomia contrattuale nei contratti per servizi di investimento finanziario*, Napoli, 2005;
- MICELI, *La mediazione in materia civile e commerciale nella Direttiva 2008/52/CE*, in *Eur. dir. proc.*, 2009;
- MINERVINI, *La Direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contr. impr./Eur.*, 2009;
- MORERA, *L'impresa Bancaria*, Napoli, 2006;
- NASCOSI, *La nuova Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2009, p. 965;
- NATIONAL CONSUMER COUNCIL, *Banking services and the consumer*, 1983;
- NAZZINI, *Modelli conciliativi interni al processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002;
- NIKOLAKOPOULOU, *Accès à la justice. De nouveaux instruments*, in *Consumer Voice*, 1998;
- NOBLES, *Rules, Principles and Ombudsman: Norwich and Peterborough Building Society v the Financial Ombudsman Service*, in *Modern Law Rev.*, 2003;
- OCSE, in *Improving Financial Literacy. Analysis of Issues and Policies*, OECD, 2005;
- OMBUDSMAN - GIURÌ BANCARIO, *La risoluzione delle controversie tra banche e clienti. L'attività dell'Ombudsman nel 2007 con i massimario e le motivazioni delle decisioni di maggiore interesse*, Roma, 2008;
- PERASSI, *Il ruolo dell'ABF nell'ordinamento bancario: prime riflessioni*, in *Analisi giur. dell'econ.*, 1, 2011;
- PETRELLA, in *Disegno sistematico dell'arbitrato*, a cura di Punzi, III, Padova, 2012;
- PETRELLA, *L'arbitrato bancario finanziario*, in *Disegno sistematico dell'arbitrato*, a cura di Punzi, Padova, 2012;
- PIERUCCI, *L'Arbitrato Amministrato dalla Consob*, in *Arbitrato*, a cura di Bonelli Erede Pappalardo Studio Legale, Milano, 2011;
- PIERUCCI, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Arbitrato*, a cura di Bonelli Erede Pappalardo Studio Legale, Milano, 2011;
- PRATIS, *La Sezione dell'Ombudsman bancario per la soluzione delle controversie derivanti da bonifici transfrontalieri*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2002/3;

- PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012;
- QUADRI, *L'arbitrato bancario e finanziario nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010;
- RAMSAY, *Consumer law and policy*, Hart, Oxford, 2007;
- RECINE, *La direttiva relativa ai mercati degli strumenti finanziari (MIFID): nuove regole sulla cooperazione tra le autorità di vigilanza*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2006;
- RESCIGNO, *La conciliazione e l'arbitrato in materia finanziaria amministrati dalla Consob fra regole procedurali e diritto sostanziale*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2011, p. 85;
- RINALDI, *Il decreto Mifid e i regolamenti attuativi: principali cambiamenti*, in *Società*, 2008;
- ROMEO, *Il conflitto di interessi nei contratti di intermediazione*, in *Contratti*, 2009;
- ROPPPO, *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la MiFID*, in *Riv. dir. priv.*, 2008;
- ROSCOE POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, in *57 American Bar Association Journal*, 1971
- RUPERTO, *L'arbitro bancario e finanziario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010;
- SANGIORGIO, *Un esempio di giustizia "domestica" alternativa a quella dell'A.G.O. L'Ombudsman - Giurì bancario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009;
- SANGIOVANNI, *Gli obblighi informativi delle imprese di investimento nella più recente normativa comunitaria*, in *Dir. com. scambi int.*, 2007;
- SANGIOVANNI, *Il contratto d'intermediazione finanziaria*, in *Obbl. contr.*, 2011;
- SANGIOVANNI, *Informazioni e comunicazioni pubblicitarie nella nuova disciplina dell'intermediazione finanziaria dopo l'attuazione della direttiva MiFID*, in *Giur. it.*, 2008;
- SANGIOVANNI, *La conciliazione stragiudiziale presso la Consob*, in *Riv. arb.*, 2010, p. 214;
- SANGIOVANNI, *L'adeguatezza degli investimenti prima e dopo la Mifid*, in *Corr. giur.*, 2010;
- SANGIOVANNI, *La disciplina dell'arbitrato Consob*, in *Le Società*, 2012, p. 308
- SANGIOVANNI, *Mancata sottoscrizione e forma del contratto d'intermediazione finanziaria*, in *Corr. mer.*, 2011;
- SANGIOVANNI, *Operazione inadeguata dell'intermediario finanziario fra nullità del contratto e risarcimento del danno alla luce della direttiva MiFID*, in *Contratti*, 2007;
- SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisorii dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Le società*, fasc. 8-9, 2012;
- SANTOCCHI, *Le valutazioni di adeguatezza e di appropriatezza nei rapporti contrattuali fra intermediario e cliente*, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di Gabrielli - Lener, I, Torino, 2011;
- SARTORI, *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa: tecniche normative, tutele e prospettive Mifid*, in *Riv. dir. priv.*, 2008;
- SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb.*, 2007;
- SERRA, *Brevi note sulla disciplina istitutiva della camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob*, in *Studium Iuris*, 2009, p. 262;
- SILVESTRI, *Osservazioni in tema di strumenti alternative per la risoluzione delle controversie*, in *Riv.*

- trim. dir. e proc. civ.*, 1999;
- SMITH, *The Age of the Instability: The Global Financial Crisis and What Comes Next*, Profile Books, London 2010;
- SOLDATI, *La camera arbitrale presso la Consob per le controversie tra investitori ed intermediari*, in *Contratti*, 2009;
- SOLDATI, *L'arbitrato bancario e finanziario della Banca d'Italia (ABF)*, in *Contratti*, 2009;
- STICCHI DAMIANI, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica - Le iniziative del Consiglio d'Europa*, in *Riv. it. pubbl. comunitario*, 2003;
- STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2004;
- TARUFFO, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti d'interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999;
- TAVORMINA, *L'Arbitro Bancario e Finanziario (un altro episodio de "I nuovi mostri")*, in *Corr. giur.*, 2011;
- VACCÀ, *La direttiva sulla conciliazione: un'occasione mancata ?*, in *Contratti*, 2008;
- VALSECCHI, *I sistemi di ADR nel settore finanziario: l'esperienza dei maggiori ordinamenti europei*, in *Analisi giuridica dell'econ.*, 2011;
- VALSECCHI, in *Sistemi alternative di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, a cura di Boccuzzi, *Quaderni di ricerca giuridica - Banca D'Italia*, Roma, 2010, pubblicato su www.bancaditalia.it; ;
- ZUDDAS, *L'arbitraggio*, Napoli, 1992.