



UNIVERSITÀ POLITECNICA DELLE MARCHE
FACOLTÀ DI ECONOMIA “GIORGIO FUÀ”

Corso di Laurea Magistrale in Economia e Management

L'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO

FINANCIAL BANKING ARBITRATOR

Relatore: Chiar.mo
Prof. Filippo Fiordiponti

Tesi di Laurea di:
Daniela Curri

Anno Accademico 2018 – 2019

*Alla mia famiglia,
per il suo immancabile sostegno
ed il suo inestimabile valore.*

INDICE

- **Introduzione** 1

CAPITOLO I. L'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO.....5

- **1. ADR: sistemi di risoluzione alternativa delle controversie:** la nascita dei sistemi ADR. Lo scopo del sistema ADR. Relazione tra i sistemi ADR e giustizia pubblica. Le modalità di risoluzione delle controversie: gestione e definizione del conflitto. I metodi di negoziazione dell'ADR: conciliazione e mediazione. I metodi aggiudicativi dell'ADR: arbitrato. La diffusione dei sistemi di risoluzione alternativo delle controversie.
- **2. I meccanismi ADR in ambito bancario e finanziario.** Le lacune del sistema giurisdizionale in materia bancaria e finanziaria.
- **3. La normativa comunitaria.** La raccomandazione 98/257/CE. La direttiva 2000/31/CE. La raccomandazione 2001/310/CE. Il libro verde. La rete FIN-NET. La direttiva 2008/52/CE.
- **4. Evoluzione della normativa nazionale.** l'ombusdam-Giurì bancario. Art 38 d.lgs 5/2003: disposizioni per gli organismi di conciliazione e il conciliatore bancario finanziario. Primo intervento legislativo in materia ADR nel settore bancario: art 27 e 29 della legge 262/2005, delibera CICR n 275/2008, art 128-bis T.U.B.
- **5. L'incerta natura giuridica dell'ABF.** Divario tra Ombudman-Giurì bancario e l'arbitro bancario finanziario. ABF

come strumento per sanare la crisi della giustizia. Il giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi.

CAPITOLO II. STRUTTURA ORGANIZZATIVA.....39

- **6. L'organo decidente.** Articolazione territoriale. Nomina e composizione dell'organo decidente. I requisiti dell'organo giudicante. L'osservanza del codice deontologico.
- **7. La Segreteria tecnica.** Le mansioni della Segreteria tecnica. Il potere valutativo della Segreteria.
- **8. Il collegio di coordinamento.** Composizione del Collegio di coordinamento. Le funzioni del Collegio di coordinamento.
- **9. Adesione al sistema stragiudiziale.** Gli effetti della mancata adesione al sistema. L'adesione al sistema come atto vincolante per l'esercizio dell'attività bancaria finanziaria.

CAPITOLO III. IL PROCEDIMENTO.....55

- **10. La competenza dell'ABF.** La competenza per materia della disciplina dell'ABF. La competenza per territorio dell'istituto.
- **11. Il risarcimento del danno.** Art. 1223 c.c.: effetto immediato e diretto di un illecito contrattuale o extracontrattuale. L'incompatibilità del risarcimento del danno. Risarcimento del danno non patrimoniale.
- **12. Le trattative precontrattuali.**
- **13. Le condizioni dell'azione.** L'interruzione del procedimento. Estinzione del procedimento. Cessazione del procedimento.
- **14. Le condizioni di procedibilità.** La fase di negoziazione diretta tra il cliente e l'intermediario. Il contenuto oggetto del ricorso.
- **15. Le fasi del procedimento.** La fase preliminare e istruttoria. La fase decisoria.

- **16. Sospensione dei termini.**
- **17. Le spese legali del sistema stragiudiziale.**

CAPITOLO IV. IL VALORE DELLA DECISIONE.....81

- **18. La natura della decisione.** Il responso come lodo irrituale. Il responso dell'ABF e il d.lgs. 28/2010: le sembianze di un procedimento mediativo. Il responso come giudizio prognostico. Il responso come parere pro-veritate. Il responso come finalità specifico dilatatoria.
- **19. Il ruolo dell'ABF ai fini dell'attività di vigilanza.** Le tre funzioni, dirette e indirette, svolte dall'ABF. Allargamento del campo di applicazione dell'ABF: condizioni contrattuali e rapporti con i clienti. ABF come strumento per garantire l'efficienza e la stabilità dei mercati concorrenziali.
- **20. La revoca della decisione dell'ABF**
- **21. La pregiudiziale penale.**

Conclusioni107

Bibliografia109

Sitografia111

INTRODUZIONE

Quotidianamente, nel ruolo di clienti, ci troviamo ad avere rapporti con banche e intermediari finanziari per operazioni ordinarie, come aprire un conto corrente, richiedere una carta di credito e/o bancomat e accedere a prestiti.

Non sempre questi rapporti si rivelano sereni, ma possono insorgere delle controversie tra le parti per il mancato rispetto delle condizioni contrattuali o per via delle asimmetrie informative a discapito della parte contraente più debole, il cliente.

In questa situazione il consumatore si trova davanti quattro possibilità. Nella prima circostanza, il cliente può presentare un reclamo all'intermediario in questione, che solitamente è obbligato a dare risposta entro trenta giorni. Tuttavia, in questo dialogo non vi è un supporto atto a tutelare la parte debole. In alternativa, quest'ultimo può richiedere assistenza alla Banca d'Italia, che a sua volta, solleciterà l'intermediario ad attivarsi a favore del cliente stesso. Nel terzo caso, la parte lesa può agire in giudizio, facendosi carico delle ingenti spese ad esso connesse. A causa dei tempi lunghi e dei costi elevati, questa strada non è sempre percorribile e perciò i clienti spesso sono scoraggiati a procedere secondo la giustizia ordinaria. Sconosciuta ai più, è la possibilità di adire all'istituto dell'arbitro bancario finanziario. Quest'ultima risulta essere la via più efficace rispetto alla precedente alternativa.

L'arbitro bancario finanziario, ABF, è un sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria finanziaria. Lo scopo di questo istituto è quello di risolvere il conflitto esprimendo delle decisioni, secondo diritto. Il responso emesso dal Collegio dell'ABF non ha una natura vincolante per le parti, ma in capo all'intermediario, qualora esso sia inadempiente, grava una sanzione reputazionale. Rispetto alla giustizia ordinaria, i vantaggi di questa disciplina si manifestano in termini di tempo, costi e flessibilità delle procedure. A fronte dei ritmi dilatati della giurisdizione, l'ABF è tenuta a pronunciare un parere entro 270 giorni dalla presentazione del ricorso. In termini di costi, invece, il ricorrente deve corrispondere una spesa irrisoria di soli venti euro. Infine, la procedura è più flessibile, in quanto il cliente non deve avvalersi di una figura professionale, come l'avvocato, ma è sufficiente compilare una domanda di ricorso disponibile nel sito dell'arbitro bancario finanziario.

In riferimento alla relazione dell'ABF, si registra un aumento dei ricorsi nel 2017 del 42%, di cui solo una piccola parte, 23%, respinti perché ritenuti infondati.

Dall'analisi delle statistiche si evince quanto il sistema sia fruibile ed accessibile rispetto alla giurisprudenza ordinaria.

Proprio a questo proposito, la trattazione mira a mettere in luce le dinamiche che ruotano attorno all'ABF. In particolare, nel primo capitolo si vanno a descrivere i sistemi di risoluzione delle controversie generici, ADR, per poi delinearne lo

sviluppo, anche normativo, in materia bancaria finanziaria e come in questo campo di applicazione, l'ABF assume una natura giuridica incerta.

Nel secondo capitolo, viene descritta la struttura dell'arbitro bancario finanziario, composto da un organo decidente, una segreteria tecnica, un collegio di coordinamento. A tal proposito, emergono i requisiti indispensabili per la costituzioni di questi organi e le relazioni che intercorrono tra di essi.

Nel terzo capitolo, si esplicano le fasi che contraddistinguono i processi messi in atto dall'arbitro bancario finanziario: dall'accoglimento del ricorso, passando per la fase istruttoria del reperimento della documentazione alla fase finale, ossia quella decisoria.

In ultimo, nel quarto capitolo, si va ad interpretare la diversa valenza che il provvedimento emesso dall'arbitro bancario finanziario può assumere.

CAPITOLO I

L'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO

SOMMARIO: 1. ADR: sistemi di risoluzione alternativa delle controversie: la nascita dei sistemi ADR. Lo scopo del sistema ADR. Relazione tra i sistemi ADR e giustizia pubblica. Le modalità di risoluzione delle controversie: gestione e definizione del conflitto. I metodi di negoziazione dell'ADR: conciliazione e mediazione. I metodi aggiudicativi dell'ADR: arbitrato. La diffusione dei sistemi di risoluzione alternativo delle controversie. - 2. I meccanismi ADR in ambito bancario e finanziario. Le lacune del sistema giurisdizionale in materia bancaria e finanziaria. - 3. La normativa comunitaria. La raccomandazione 98/257/CE. La direttiva 2000/31/CE. La raccomandazione 2001/310/CE. Il libro verde. La rete FIN-NET. La direttiva 2008/52/CE. - 4. Evoluzione della normativa nazionale. L'ombudman-Giurì bancario. Art 38 d.lgs 5/2003: disposizioni per gli organismi di conciliazione e il conciliatore bancario finanziario. Primo intervento legislativo in materia ADR nel settore bancario: art 27 e 29 della legge 262/2005, delibera CICR n 275/2008, art 128-bis T.U.B. - 5. L'incerta natura giuridica dell'ABF. Divario tra Ombudman-Giurì bancario e l'arbitro bancario finanziario. ABF come strumento per sanare la crisi della giustizia. Il giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi.

1. L'obiettivo dei sistemi di risoluzione giudiziale delle controversie è quello di fornire una uguaglianza tra le parti confliggenti.

Questi sistemi hanno origine nel quarto secolo D.C quando nacque la figura dell'arbitro pubblico per risolvere le controversie tra le parti al di fuori delle aule di giustizia minimizzando così, l'impiego delle Corti civili nazionali.

Tuttavia, questi sistemi alternativi di risoluzione non sono stati esenti da critiche, in quanto vi era il rischio di privatizzare la giustizia, che, però nel tempo ha avuto una evoluzione nella sua interpretazione.

La giustizia viene sempre più contemplata come una risorsa accessibile da utilizzare in modo deduttivo, quindi in risposta a una maggiore specificità della stessa vi sono i meccanismi di ADR.

Gli *Alternative Dispute Resolution* sono metodi alternativi di risoluzione delle controversie che si riferiscono a una compagine piuttosto eterogenea di procedure, atte a tutelare le parti, senza escludere il ricorso alla tutela giudiziale pubblica¹, in applicazione all'irrinunciabile diritto di difesa costituzionalmente garantito.

Questi sistemi di risoluzione, basati sulla giustizia centralizzata, hanno una maggiore possibilità di adeguarsi alle varie circostanze, avvalendosi delle caratteristiche di duttilità a servizio dell'efficienza e dell'efficacia di tali sistemi.

Quindi, l'ADR rappresenta un'ottima alternativa alla giustizia pubblica, in quanto questi sistemi si combinano tra loro in diverse forme per ottenere sia vantaggi tra le parti in capo a un rapporto giuridico negoziale, sia miglioramenti concreti dell'efficienza ordinamentale.

¹ Si vedano A. PAJNO, *giustizia amministrativa e crisi economica*, consultabile sul sito web dell'istituto di ricerche sulla pubblica amministrazione, la quale ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea l'accesso alla giustizia costituisce un diritto della persona e delle libertà fondamentali. Il diritto a un ricorso effettivo è stato disciplinato dalla Corte di giustizia al rango di principio generale del diritto comunitario, ed è stato peraltro sancito dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

A tal proposito, possiamo individuare due modalità differenti di risoluzione delle controversie, da cui ne derivano due macrocategorie di ADR. A sua volta, ciascuna categoria comprende diverse forme di ADR in virtù dell'approccio adottato per la risoluzione delle controversie tra le parti.

La differenza sostanziale tra le due macrocategorie di ADR risiede nella trattazione del conflitto; dove nella prima categoria vi è una *gestione* della stessa mentre, nella seconda vi è una *definizione* del conflitto.

Nello specifico, nella prima categoria troviamo quei metodi di risoluzione definiti da una forma di negoziazione tra le parti, indipendentemente dallo svolgimento di ciascun metodo e dagli effetti determinati dal medesimo. Invece, nella seconda macrocategoria la soluzione della controversia ha per oggetto l'aggiudicazione totale o parziale del bene della vita oggetto delle parti coinvolte.

Quindi, i sistemi di risoluzione delle controversie si contraddistinguono tra negoziali ed aggiudicativi.

Nel primo caso, il conflitto è gestito in maniera "relativa" in virtù della pluralità degli interessi delle parti che sono meritevoli di protezione². Perciò, si pone una maggiore attenzione alle modalità con le quali il conflitto si sviluppa e alle sue

² Cfr, G. COSI, *invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 2, dove vi è riportata la mediazione, una forma di ADR nei metodi negoziativi. La mediazione non è un giudizio, ossia non si tratta di decretare chi ha torto o ragione, al fine di attribuire una responsabilità, ma generare reciproche concessioni per raggiungere un accordo per una vittoria comune.

conseguenze che impediscono la risoluzione della lite, che deve essere gestita. Quindi, vengono esaltate le capacità decisionali e le responsabilità delle parti coinvolte nella controversia consentendo, così, l'interazione dei soggetti nella gestione della lite³.

Nei metodi aggiudicativi dell'Adr i conflitti sono gestiti in maniera "assoluta" dove viene decretato chi ha ragione e chi ha torto alla luce delle cause e ai motivi del conflitto. In questa macrocategoria, le procedure hanno una maggiore rigidità ed il potere decisionale viene affidato a un terzo soggetto rispettando le norme dell'ordinamento giuridico.

I metodi aggiudicativi possono essere suddivisi in mezzi "autonomi" di risoluzione delle controversie (negoziali) e mezzi eteronimi sottolineando la loro sostanziale fungibilità a seconda dei soggetti che li attivano. In particolare, gli strumenti si contraddistinguono per l'atto vincolante posto in essere dal terzo soggetto per le parti; se il terzo soggetto è un giudice, esso ha il potere di vincolare le parti vista la sua carica istituzionale, se il terzo soggetto è un arbitro, allora, esso ha il potere di vincolare le parti in merito alla volontà delle parti⁴.

³ Cfr, C. TROISI, *Autonomia privata e gestione dei conflitti. La mediazione come tecnica di risoluzione alternativa delle controversie*. Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007, p. 49, dove viene riportato un confronto tra mediazione e diritto. La mediazione consente l'interazione sociale che si affianca al diritto nella gestione delle situazioni conflittuali valorizzando la capacità decisionale e la responsabilità delle parti nella gestione della lite. Invece, il diritto tende a ridurre i spazi e, quindi, diminuisce la capacità decisionale dei singoli soggetti.

⁴ Si VEDA F.P. LUIO, *la conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, consultabile nel sito web "Judicium".

Tuttavia, i metodi aggiudicativi non sono da ritenersi meno importanti di altri sistemi di risoluzione delle controversie, pur essendo simili alla risoluzione giurisdizionale dei conflitti; ma al contrario, essi assicurano alle parti una gestione equa e giusta della lite, pur se attraverso a questa nuova modalità rispetto a quella tradizionale.

Quindi, possiamo affermare che si può parlare di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie quando si intraprende un percorso analogo alla giustizia tradizionale⁵.

Invece, per quanto si attiene ai metodi negoziativi, la negoziazione e la giurisdizione non possono essere comparati tra loro perché si ottengono esiti diversi; basti pensare che nella negoziazione è difficile che una parte riconosca all'altra ciò cui spetta a quest'ultima, mentre questo risultato non è affatto inusuale nei metodi aggiudicati e nella giurisdizione⁶.

Tra i metodi di negoziazione dell'ADR troviamo la conciliazione e la mediazione. Spesso queste due forme vengono utilizzate in modo piuttosto equivalente, in

⁵ Cfr, M. DI ROCCO e A. SANTI, *la conciliazione. Profili teorici e ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*, Giuffrè, Milano, 2003, p.82 dove la posizione non è condivisa dall'autore, in quanto i metodi aggiudicativi sono troppo affini al sistema giudiziale per poter essere considerati alternativi. Solo i metodi negoziativi, dove vi è il consenso tra le parti, possono considerarsi "alternativi" alla giustizia tradizionale.

⁶ Cfr, G. COSI, *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, Giuffrè, Milano, 2007 p. 3.

quanto entrambe prevedono la figura del terzo soggetto, conciliatore o mediatore, per giungere a un accordo nella controversia.

Quindi, ciò che accomuna queste due forme è l'ausilio di un terzo soggetto, del tutto imparziale, che esorta le parti a trovare un "compromesso" passando così da una situazione di ostilità a una predisposizione collaborativa.

Le parti coinvolte nella controversia comunicano tra loro per giungere a un accordo, in quanto si lascia ampio spazio all'autonomia decisionale dei soggetti, reso possibile dalle scarse regole rigide che contraddistinguono questa tipologia di ADR.

A seconda della posizione assunta dal soggetto imparziale possiamo distinguere la mediazione-conciliazione "facilitativa" o "valutativa". Nel primo caso, il terzo soggetto assiste le parti affinché esse non raggiungano una scelta condivisa; mentre nel secondo, il conciliatore/mediatore, su richiesta della parti, formula una "proposta scritta" che deve essere accettata o rifiutata dalle parti. In caso di rifiuto, il terzo soggetto stila un verbale che attesta il fallimento della mediazione/conciliazione e propone alle parti. Ne consegue, che la mancata accettazione della proposta avrà giudizio in tribunale⁷.

⁷ Si veda il decreto legislativo n.5 del 17 Gennaio 2003, "*definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366*", pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della repubblica italiana n. 17 del 22 gennaio 2003 - Supplemento Ordinario n. 8

Tra le forme aggiudicative dell'ADR troviamo l'arbitrato, come sistema esclusivo, che assume connotati differenti a seconda delle regole applicate e dei contesti in cui esso si sviluppa. Indipendentemente dalla circostanza in cui ci troviamo, tutte le discipline degli arbitrati si avvalgono dell'ausilio di un organo terzo, organo decidente, per la risoluzione delle controversie con efficacia più o meno vincolante a seconda dei casi.

L'arbitrato è disciplinato dal codice di diritto processuale civile⁸, la quale decisione finale può avere valore di sentenza, ma nell'ordinamento possiamo rilevare altre forme di arbitrato, istituzionalizzate o contrattuali, idonee a garantire l'adozione di un atto giudicante della controversia, che in caso di mancata esecuzione del provvedimento, si attua una sorte di coazione indiretta⁹.

Il codice di diritto processuale civile regola, anche, le forme "ibride" di arbitrato. In particolare, si tratta del c.d "arbitrato legato" dove le parti che decidono di affidare la risoluzione delle controversie all'organo terzo, stabiliscono preventivamente un limite minimo ed uno massimo, ai quali riconducono le eventuali decisioni, confidando sul fatto che l'arbitrato non abbia esiti inaccettabili. Generalmente per evitare che il terzo possa essere influenzato, esso non viene informato dei limiti fissati.

⁸ L'arbitrato è disciplinato del Libro IV del codice processuale civile, Titolo VIII, Capo I, art. 806 e ss.

⁹ Si richiama la disciplina dell'Arbitro bancario finanziario in riferimento alle sanzioni reputazionali che colpiscono gli operatori bancari qualora essi non rispettino le comunicazioni impartite dalle Autorità.

In alcuni casi, i sistemi di risoluzione delle controversie seguono uno “schema misto” caratterizzata da una fase iniziale di mediazione-conciliazione, dove in caso di un esito totalmente o parzialmente negativo, si ha la seconda fase di arbitrato, nella quale le parti rimettono volontariamente la decisione ad un terzo.

Quindi, in caso di esito negativo della fase conciliativa che è obbligatoria per legge, l’arbitrato costituisce una sorta di “secondo grado” facoltativo, che solo l’utente più debole del rapporto può avviare.

Le ragioni dello sviluppo di questa disciplina, istituzionalizzati con l’introduzione obbligatoria della mediazione nelle cause civili e commerciali, sono riconducibili all’inadeguatezza del sistema tradizionale di risoluzione delle controversie.

Non si esclude che i metodi ADR sono ideali per superare la crisi della giustizia civile. Tra le lacune più rilevanti nel sistema tradizionale abbiamo i lunghissimi tempi di attesa per ottenere un provvedimento¹⁰, i costi elevati per sostenere le spese legali e il tecnicismo della giustizia civile che causano lo scoraggiamento della domanda al sistema giudiziale da parte dei consumatori.

¹⁰ N. MASSIMILIANO, *le A.D.R. quale strumento per superare la crisi della giustizia civile*, del 18 Febbraio 2012, dove si ricorda che questi strumenti sono atti a tutelare un diritto fondamentale dell’individuo, disciplinato dall’art. 41 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti fondamentali, per cui ogni soggetto “*ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta*” ovvero all’art. 47 della Carta Europea dei diritti fondamentali dove “*individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente e entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge*”.

Ne consegue, che ad oggi le forme di ADR hanno assunto un ruolo dominante nella giustizia civile, poiché tanto più sono le lacune del sistema tradizionale, tanto più i singoli soggetti tenderanno a ricorrere a metodi alternativi di risoluzione delle controversie, diminuendo così, il contenzioso nelle aule dei Tribunali.

Le lacune del sistema giurisdizionale hanno reso più complesso le liti di contenuto economico, ossia quando vi è una diversità rilevante tra le parti.

La normativa europea in materia di ADR ha posto delle premesse alla luce delle problematiche che caratterizzano la disciplina.

Le criticità della giustizia civile non riguardano solo la qualità di consumatore di una delle parti coinvolte, ma anche la valenza del “mercato” e del processo di scambio tra Paesi. Vi era quindi, la necessità di tutelare le singole parti che è strettamente connessa alla possibilità di sviluppare rapporti in modo da dare stabilità e integrità al sistema.

Appare chiaro che il buon funzionamento del sistema è prodromico allo sviluppo del sistema stesso, al fine di attenuare situazioni di sfiducia e di crisi grazie ad un’efficace gestione delle problematiche contrattuali emerse.

Infatti, basti pensare che se non vi fossero i mezzi di risoluzione dei rapporti contrattuali suscettibili di una valenza transfrontaliera, si creerebbe il blocco dell’intero sistema, determinato dalla sfiducia dei singoli contraenti.

2. Nel settore bancario e finanziario vi era la necessità di tutelare il cliente, in quanto le specificità dei servizi prestati qualificano il cliente stesso come “parte debole” del rapporto negoziale¹¹.

Risultano indispensabili degli interventi rafforzativi a favore del risparmiatore per via delle asimmetrie informative che caratterizzano il settore bancario e finanziario¹².

Le peculiarità dei mercati hanno sollevato numerose controversie per effetto dei reclami presentati dai clienti nei confronti degli intermediari e dall’esigenza di mantenere il rapporto contrattuale con essi, che hanno messo a dura prova la gestione dei conflitti tra le parti¹³.

Il nostro sistema giudiziario è stato influenzato negativamente da una carenza dell’offerta, eccesso di domanda e inadeguatezza delle regole processuali.

Da qui, nasce la necessità di colmare le lacune del sistema giurisdizionale quali l’inefficienza organizzativa degli uffici giudiziari, sovradimensionamento e scarsa chiarezza del quadro normativo, tempi processuali, costi legali; che scoraggiano i

¹¹ E. BATTELLI, *l’attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e nuovi diritti*, consultabile nel sito web della DeJure.

¹² Al fine di evitare esiti negativi in seguito alle asimmetrie informative, le Autorità hanno regolamentato il settore istituendo per gli intermediari il T.U. bancario e il T.U. della Finanza per colmare il divario tra le parti del rapporto contrattuale.

¹³ Vi veda F. CAPRIGLIONE, *la giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, in *Banca Borsa, rivista di dottrina e giurisprudenza*, Vol. 63, n.3, 2010, p. 261 e ss, dove l’aumento delle controversie a seguito dei fallimenti del mercato è dovuto da una scarsa cultura finanziaria.

clienti a difendere i propri diritti, soprattutto quando la lite ha per oggetto un valore economico non tanto elevato¹⁴.

Alla luce di queste esigenze, si è offerto alla clientela un sistema di risoluzione delle controversie che permettono a loro di risolvere i contenziosi di entità economica contenuta, in modo sostanzialmente gratuito, che rischierebbero di restare irrisolti, per via dei ingenti costi connessi alla giustizia civile.

A tale scopo i sistemi di ADR si sono sviluppati progressivamente nel settore bancario e finanziario, dove ad essa si sono affiancati le Autorità di vigilanza, come la Banca d'Italia, istituendo così, l'ABF.

La disciplina dell'arbitro bancario finanziario si è sviluppato negli ultimi dieci anni in seguito alla crisi economica-finanziaria, che ha permesso la risoluzione delle controversie in ambito bancario e finanziario in modo rapido, economico ed efficace, grazie anche alla elevata professionalità e competenza del sistema, a tutela della parte più debole¹⁵.

Essi in sostanza assicurano un approccio meno formale e più versatile alle esigenze dei clienti.

¹⁴ M. BIANCO, S. GIACOMELLI, C. GIORGIANTONIO, G.PALUMBO, B. SZEGO, *La durata (eccessiva) dei procedimenti civili in Italia: offerta, domanda o rito?*, in rivista di politica economica, settembre 2007, p.5

¹⁵ M. BIANCO, S. GIACOMELLI, C. GIORGIANTONIO, G.PALUMBO, B. SZEGO, *La durata (eccessiva) dei procedimenti civili in Italia: offerta, domanda o rito?*, in rivista di politica economica, settembre 2007, p. 4 ss

3. Con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, l'obiettivo dell'unione europea era volto al miglioramento della Giustizia civile.

Il primo intervento normativo a livello comunitario è stata la raccomandazione della Commissione del 30 Marzo 1998, *Raccomandazione 98/257/CE*, con la quale si evidenzia l'esigenza di definire i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo¹⁶.

Gli organismi interessati a questi meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie dovevano attenersi al principio di indipendenza dell'organo responsabile della decisione adottata; di legalità e libertà della decisione; di trasparenza, di efficacia e di rappresentanza della procedura ed, infine, il principio del contraddittorio tra le parti.

La raccomandazione, pur occupandosi solo del settore del consumo, sottolinea una distinzione nel genere delle ADR, differenziando le procedure arbitrali e di mediazione dalle procedure di conciliazione, che implicano un tentativo di conciliazione al fine arrivare a una soluzione consensuale tra le parti.

Il Consiglio d'Europa, in riferimento alla risoluzione del Consiglio del 25 Maggio 2000, ha esortato la Commissione a predisporre dei criteri diretti volti ad assicurare l'efficienza, qualità ed equità delle procedure ed, in seguito, ha invitato gli Stati membri ad applicarli.

¹⁶ Si vedano le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, Sezione I, par 2, *fonti normative*

Nella *direttiva 2000/31/CE*¹⁷ del 8 Giugno 2000 il Parlamento europeo e il Consiglio stabiliscono che la legislazione interna non deve ostacolare l'uso degli strumenti di composizione extragiudiziale delle controversie previste dal diritto nazionale.

Segue la raccomandazione della Commissione del 4 aprile 2001, *Raccomandazione 2001/310/CE*, dove si indentificano i principi attuabili agli organi extragiudiziali per la risoluzione consensuale delle controversie, al fine di favorire i conflitti in materia di consumo. I principi fissati in questa raccomandazione, non vanno a tangere i principi enunciati nella raccomandazione 98/257/CE.

In questa raccomandazione, si stabilisce che l'organo terzo, cui le parti si rivolgono per la risoluzione delle controversie, non dovrà imporre a loro alcuna decisione, ma cercherà di farle giungere a una soluzione consensuale.

¹⁷ In particolare, l'art. 17 della direttiva disciplina la composizione extragiudiziale delle controversie dove, gli Stati membri provvedono che, in caso di dissenso tra prestatore e destinatario del servizio della società dell'informazione, la loro legislazione non ostacoli l'uso, anche per vie elettroniche adeguate, degli strumenti di composizione estragiudiziale delle controversie previste dal diritto nazionale. Inoltre, gli Stati membri incoraggiano gli organi di composizione estragiudiziale delle controversie, in particolare di quelle relative ai consumatori, ad operare con adeguate garanzie procedurali per le parti coinvolte. Infine, gli Stati membri incoraggiano gli organi di composizione estragiudiziale delle controversie a comunicare alla Commissione le decisioni significative che adottano sui servizi della società dell'informazione nonché ogni altra informazione su pratiche, consuetudini od usi relativi al commercio elettronico.

Inoltre, nella raccomandazione 310/2001 vi è riportata una classificazione tra le procedure valutative di cui si fa riferimento la raccomandata 98/257 e procedure facilitative o consensuali. Con questo intervento, gli organi comunitari hanno garantito ai consumatori un livello di protezione più alto, favorendo l'accesso alla giustizia ordinaria e predisponendo strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, in quanto non è possibile riconoscere i diritti dei cittadini se non si dispone degli strumenti necessari per difenderli in modo rapido ed efficace.

Il 19 Aprile del 2002, la Commissione divulga il Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale.

Il presente Libro verde offre l'occasione per sensibilizzare il più vasto pubblico possibile all'ADR, e consente inoltre di assicurare una migliore comprensibilità delle realizzazioni e delle iniziative adottate in materia dagli Stati membri e a livello comunitario¹⁸.

L'obiettivo era quello di sviluppare e rendere obbligatorio il tentativo di conciliazione su alcune questioni di ordine giuridico relative alle clausole di ricorso alle ADR, termini di prescrizione dei diritti, esigenza di riservatezza, validità dei consensi, efficacia degli accordi in seguito ai procedimenti di ADR l'intervento di terzi e il regime di responsabilità.

¹⁸ Si veda il libro verde del 19 Aprile 2001, Commissione Europea 2002

Quindi, con il Libro Verde si vuole migliorare l'accesso alla giustizia attraverso l'adozione di procedure di ADR, le quali rispondono ai requisiti di celerità ed economicità. In particolare, l'accesso alla giustizia rappresenta, per l'uomo, un diritto fondamentale disciplinato dall'art. 6 della Convenzione Europea, elevato al rango di principio generale del diritto comunitario dalla Corte di Giustizia, con la sentenza 15 maggio 1986, sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Perciò, attraverso la predisposizione di procedimenti giudiziari rapidi ed economici, gli Stati membri devono garantire a tutti l'accesso alla giustizia.

Ne consegue, che le procedure di ADR volte a migliorare la giustizia civile sono complementari e non solo alternativa rispetto al procedimento giurisdizionale¹⁹.

Nel libro verde, la Commissione ha istituito due reti europee, l'*EEJ-NET* e *FIN-NET*, con l'obiettivo di agevolare l'accesso dei consumatori alle procedure extragiudiziali per la risoluzione delle controversie transfrontaliere, nel caso in cui la controparte sia sita in uno Stato membro diverso da quello della residenza.

Ad oggi la rete EEJ-NET, nominata ECC-NET, è una struttura di assistenza e d'informazione dei consumatori, che confluisce nella rete dei Stati membri dei consumatori. Invece, la rete FIN-NET, *Financial services complaints Network*, è una rete europea che collega gli organi nazionali competenti, preposta per i

¹⁹ Cfr G. A. STANZIONE, *le ADR. Profili generali*, liberamente consultabile sul sito web di comparazione di diritto civile

consumatori che devono sostenere un problema nel settore bancario e finanziario accedendo direttamente ad un mezzo di risoluzione extragiudiziale delle controversie, cui l'intermediario aderisce.

Nel 2004 fu formulata una prima versione di proposta della direttiva del Parlamento e del Consiglio europeo, la quale venne approvata il 21 Maggio 2008, dove i singoli Stati membri erano tenuti ad attuare entro il 2011; la *Direttiva 2008/52/CE* riguardava determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale atta a facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario.

La Direttiva si applica, infatti, nelle controversie transfrontaliere, in materia civile e commerciale; al contrario, non si estende, né in materia fiscale, doganale e amministrativa né alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri.

L'obiettivo della direttiva è quello di garantire il corretto funzionamento del mercato, nonché ottimizzare l'accesso alla giustizia, come parte della politica dell'Unione europea al fine di creare uno spazio di libertà, di sicurezza e giustizia attingendo a metodi giudiziari ed extragiudiziali di risoluzione delle controversie.

Nei vari documenti preposti dall'Unione europea, l'adito alla giustizia viene considerato come una conseguenza dei diritti fondamentali attribuiti dalle norme

comunitarie, in quanto il diritto comunitario senza meccanismi che ne assicurano un esercizio effettivo, non può garantire diritti sostanziali.

4. Negli ultimi anni il nostro ordinamento giuridico ha predisposto dei strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie, che hanno avuto dei scarsi risultati rispetto ad altri Paesi europei. Questi esiti poco soddisfacenti non sono dovuti solo dall'inadeguata conoscenza degli strumenti da parte dei consumatori, ma perché vi è, anche, una concezione di "giustizia assoluta".

Per comprendere come l'arbitro bancario e finanziario ha iniziato a far parte nel nostro ordinamento è necessario fare un breve excursus storico.

L'ADR fu introdotto nel nostro ordinamento dalla legge N. 580 del 19 Dicembre 1993 di riordino delle C.C.I.A.A. (riordinamento delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura), che prevedeva la possibilità di costituire Commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie.

Il sistema bancario, fin da subito, ha aderito a questo meccanismo di risoluzione delle controversie al fine di eludere i rischi legali e reputazionali della stessa.

Il Consiglio e il Comitato esecutivo dell'associazione bancaria italiana (ABI), nel 1993, strinsero un accordo per costituire un sistema procedurale volto alla risoluzione dei conflitti tra banca e consumatore.

In particolare, l'accordo prevedeva che in una prima fase, ogni istituto di credito doveva istituire un ufficio per la gestione dei reclami della clientela, mentre nella

seconda fase vi era la designazione dell'Ombudam: un organismo unico su tutto il territorio nazionale, al quale il cliente poteva rivolgersi qualora l'esito del reclamo fosse insoddisfacente.

L'Ombudam-Giurì bancario sin dalla sua costituzione ha rappresentato un valido sistema alternativo all'autorità giudiziaria, dove in caso di violazione di norme o responsabilità contrattuale, il cliente può far ricorso al risarcimento del danno patrimoniale una volta attestata l'onere della prova.

L'Ombudsman non rappresentava un organo alternativo al giudice e pertanto non eseguiva né la funzione, né le finalità dell'arbitro e quindi per questo *“si caratterizzava per essere un organo garante della regolarità dell'attività bancaria”²⁰*.

Nel corso del tempo, la competenza del valore dell'Ombudam è aumentata da 10 a 50 mila euro fino ad arrivare al valore attuale di 100 mila euro. I legittimati non sono solo i consumatori ma anche il cliente, come stabilito dall'art 3 lett. a del decreto legislativo N. 206 del 6 Settembre 2005.

Oltre a una competenza per valore vi era anche una competenza per materia, dove solo le controversie aventi per oggetto servizi e attività di investimento potevano essere sottoposte all'Ombudsman. Esso contemplava una varietà di ricorsi e

²⁰ Cfr, G. LIACE, *l'arbitro bancario finanziario*, Giappichelli Editore, Torino, 2018, p.5

decisioni che vanno da quelle di archiviazione a quelle di irricevibilità e di inammissibilità o di non luogo a provvedere qualora si tratti di un istituto che non ha aderito all'accordo.

Una volta accolto il ricorso, l'intermediario dovrà adempiere alla decisione dove, in caso contrario, la sua inadempienza sarà pubblicizzata senza privare al cliente il diritto di rivolgersi in qualsiasi momento all'autorità giudiziaria²¹.

La decisione emanata dall'Ombudsman dovrà essere pubblicata entro 90 giorni dalla presentazione del ricorso, ad eccezione di altre proroghe richieste per l'integrazione della documentazione dove il termine previsto è di 120 giorni.

L'art. 38 del decreto legislativo 17 Gennaio 2003 N.5 rappresenta un altro punto saliente della normativa nazionale, dove vi sono riportate le disposizioni in capo agli organismi di conciliazione non solo in ambito societario, ma anche in quella bancaria e finanziaria.

Gli enti pubblici o privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza devono delineare organismi di conciliazione, previa iscrizione nel registro dei conciliatori tenuto presso il Ministero della Giustizia²².

²¹ Decisione del 14 Gennaio 2015, ricorso n 365/2014, dove in base a quanto stabilito nel regolamento dell'Ombudsman-Giuri bancario le spese relative al procedimento sono gratuite per il cliente; il cliente può, a sue spese, farsi assistere o rappresentare nella redazione del ricorso all'autorità civile.

²² L'art. 16 del decreto legislativo N. 28 del 5 Marzo 2010 ha abrogato l'ar.38 del decreto legislativo 17 Gennaio 2003

L'elemento che caratterizza l'accordo con questi organismi sta nella possibilità di ottenere l'omologazione da parte del Tribunale e dunque munirli dell'efficacia di titolo esecutivo.

Secondo quanto disposto dal d.lgs. 5/2003, il comitato esecutivo dell'ABI ha istituito un organismo autonomo, ossia il “*Conciliatore Bancario Finanziario*”.

Quest'organismo nomina i conciliatori, che devono essere in possesso dei requisiti di professionalità e indipendenza; svolge le funzioni amministrative che l'associazione bancaria italiana svolgeva nei confronti dell'Ombudam, che continuava a conservare una propria autonomia operativa.

Il conciliatore bancario finanziario ha disciplinato un nuovo regolamento riguardo al funzionamento degli uffici reclami e dell'Ombudam, la quale queste modifiche non hanno avuto delle ripercussioni nei tratti salienti di questa forma di giurisdizione, che continua a svolgersi in due momenti. In un primo momento il cliente si rivolge all'ufficio reclami dove esso può sollevare diverse questioni; in un secondo momento il cliente può rivolgersi all'Ombudam in riferimento al valore della controversia stessa.

Al contrario, le modifiche del regolamento hanno riguardato le modalità di nomina dei componenti del collegio, dove due dei cinque membri devono essere nominati dal consiglio del Conciliatore, previa designazione uno da parte del Consiglio

nazionale; l'altro dovrà essere designato da almeno due associazioni, tra Confindustria, Confartigianato, Confagricoltura.

Il "Conciliatore Bancario" di quest'organismo nella forma di associazione volontaria senza scopo di lucro, dove è confluito l'Ombusdam, pur mantenendo inalterata la sua autonomia, il sistema bancario ha voluto promuovere la conoscenza e la diffusione degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie.

Ai sensi dell'art 2 dello statuto, l'Associazione sostiene: la conciliazione stragiudiziale secondo gli art 38, 39 e 40 del d.lgs. 17 Gennaio 2003, n. 5 delle controversie in materia bancaria, finanziaria e societaria; la risoluzione in sede stragiudiziale delle controversie mediante organismi collegiali, ed infine, l'Associazione sostiene la soluzione in sede stragiudiziale delle controversie attraverso procedure arbitrali, secondo i principi del contraddittorio e della parità di trattamento delle parti.

Ai suoi associati, il conciliatore bancario finanziario offre tre funzioni: l'Ombusdam-Giuri bancario, la conciliazione e l'arbitrato.

Per quanto attiene l'Ombusdam si rileva che il procedimento è attivabile solo dal cliente, previo del reclamo per un valore non superiore a 100 mila euro. Se il cliente si ritiene insoddisfatto della delibera emessa dal Ombusdam, esso può rivolgersi ad altre vie come la mediazione, arbitrato, giurisdizione.

Invece, la conciliazione tenuta dal Conciliatore bancario finanziario, è supportata solo se vi è il consenso di entrambe le parti coinvolte nella controversia. In questa

funzione, a differenza dell'Ombudam, non è richiesto un reclamo e non vi sono limiti di valore. L'obiettivo della conciliazione è quello di giungere a una soluzione della controversia, che se viene accolta da entrambe le parti, dà vita a un accordo che se omologato dal tribunale acquista efficacia esecutiva. Se, invece, non si raggiunge a un accordo, gli associati possono procedere con l'arbitrato.

I due sistemi citati sono espressione dell'autoregolamentazione, in quanto vi è l'opportunità che il legislatore offri a enti pubblici e privati strumenti alternativi di risoluzione delle controversie.

Con la legge 262/2005 questi sistemi di autoregolamentazione hanno subito delle limitazioni, in quanto sono stati introdotti nuovi sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie stanziandosi in capo alla Banca d'Italia e Consob.

Il primo intervento in materia di ADR nel settore bancario fu istituito il 28 Dicembre 2005 con la legge N. 262, dove vi sono riportate le "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari".

Questa legge nasce per ridare fiducia tra i clienti e il sistema bancario e finanziario, dove al suo interno vi sono dedicate due norme ai sistemi di risoluzione alternativa delle controversie.

La prima è contenuta nell'*art 27 della legge 262/2005* con il quale "*il Governo è delegato ad adottare un decreto legislativo per l'istituzione, in materia di servizi di investimento, di procedure di conciliazione e di arbitrato e di un sistema di*

indennizzo in favore degli investitori e dei risparmiatori, secondo criteri di efficienza, rapidità ed economicità, dinanzi alla CONSOB” espletato con il d.lgs. 179/2007.

Con questo decreto si è istituita una Camera di conciliazione e di arbitrato destinati 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.

La seconda norma, invece, è contenuta nell’*art. 29 del d.lgs. 262/2005* che introduce l’art. 128-bis nel T.U. bancario che disciplina, nel nostro ordinamento, un nuovo strumento di tutela stragiudiziale per la risoluzione delle controversie sorte tra clienti e banche-intermediari finanziari aventi per oggetto la prestazione di servizi bancari e finanziari prevista dalla Banca d’Italia e dal CICR.

Per quanto attiene all’art 128-bis del T.U. bancario troviamo le normative secondarie per la risoluzione delle controversie, di cui *“i soggetti di cui all’articolo 115 aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela”*. Inoltre, *con la delibera del CICR, su proposta della Banca d’Italia, sono determinati i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell’organo decidente, in modo che risulti assicurata l’imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati. Le procedure devono in ogni caso assicurare la rapidità, l’economicità della soluzione delle controversie e l’effettività della tutela”*.

La delibera del Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR) n. 275 del 29 luglio 2008 disciplina dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela ai sensi dell'articolo 128-bis; seguita dalle “disposizioni sui sistemi di risoluzione alternative delle controversie in ambito bancario e finanziario” adottate dalla Banca d’Italia.

Questi due provvedimenti, le disposizioni applicative della Banca d’Italia e la delibera CICR 275/2008, sono strettamente connesse tra loro.

L’*art. 128-bis T.U.B.* non regola nel dettaglio i sistemi di risoluzione delle controversie, ma si limita a disciplinare la procedura e la composizione dell’organo giudicante. In particolare, lo svolgimento del procedimento dovrà assicurare la rapidità, economicità e effettività della tutela dei diritti, secondo quanto previsto dalla normativa comunitaria; invece, la nomina dell’organo decidente dovrà soddisfare i requisiti di imparzialità e di rappresentatività dei soggetti interessati.

In conclusione, possiamo affermare che l’art. 128-bis si attiene ai sistemi di risoluzione delle controversie, mentre il Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio (CICR) disciplina un unico sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie, che la Banca d’Italia ha qualificato come Arbitro Bancario Finanziario.

5. La natura giuridica dell’Arbitro bancario finanziario è stata fin da subito oggetto di molteplici dispute dottrinali.

L'area di riferimento è la giustizia stragiudiziale che riguarda le controversie che hanno un'entità economica ridotta che ha previsto un allargamento della tutela dei diritto più che efficienza della giustizia civile. Tuttavia, hanno effetti di rilievo anche le controversie sottoposte al giudice togato, stimolando forme di soluzione dei conflitti diverse dal ricorso al processo civile²³.

Nel settore bancario, il pioniere dell'ABF è stato l'Ombudman bancario un organismo che consisteva nella stipula di un contratto, tra costituenti e altri operatori del settore, a favore del beneficiario dell'accordo, riconducibile alla classificazione negoziale dagli art. 1411 codice civile.

Le differenze tra l'Ombudman bancario e l'arbitro bancario sono rilevanti sul piano del diritto positivo. La prima distinzione consiste nella modalità d'ingresso delle discipline, in quanto nel primo caso la valenza dell'accesso è consensuale, quindi facoltativa; mentre nell'arbitro bancario l'accesso, invece, è doveroso a questo.

Inoltre, non va trascurata, l'area di cognizione dell'arbitro che *“non è attribuibile solo nell'ammontare monetario a fini risarcitori, restitutori o a qualunque altro titolo, ma soprattutto nell'attribuzione di una competenza per materia estesa all'accertamento di diritti, obblighi e facoltà, indipendentemente dal valore del rapporto al quale si riferiscono”*²⁴.

²³ Cfr, G. L. CARRIERO, *l'arbitro bancario finanziario*, questione Giustizia 3/2017, p 107

²⁴ Cfr, G. L. CARRIERO, *l'arbitro bancario finanziario*, questione Giustizia 3/2017, p 107 ss

Ai sensi dell'art 128-bis del T.U. bancario, la caratteristica principale dell'arbitro è quella di assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela rispetto alla giustizia civile, che è rappresentata dalla legittimazione "disuguale" all'azione, circoscritta a favore del solo cliente.

È da questa legittimazione disuguale che discendono le peculiarità del procedimento, quali la sua natura giuridica, previsione di meccanismi afflittivi a carico del convenuto nel caso in cui il ricorso venga accolto.

L'adizione al giudice, sul piano sistematico, è concessa anche all'intermediario bancario o finanziario. Tuttavia, è importante che l'inciso corrisponda esattamente alla identica limitazione soggettiva al ricorso.

Lo scopo dell'art. 128-bis contenuta nel T.U.B è quello di specificare che la disciplina dell'ABF è atto ad assicurare una soluzione alternativa e additiva ai conflitti economici in ambito bancario, creditizio e ai pagamenti al solo cliente, dove questi meccanismi di risoluzione alternative delle controversie si sommano ai sistemi tradizionali della giustizia.

La crisi della giustizia civile ha interessato in particolar modo l'Italia rispetto ad altri Paesi europei. Ad oggi, un efficiente tutela dei diritti rappresenta un importante strumento di politica economica, non solo inerente al mercato dei prodotti, ma anche in quello delle regole.

Sono molteplici i canali, dove la qualità dell'attività economica è stata influenzata dalla giustizia civile. A tal riguardo, la Banca d'Italia evidenzia che la diminuzione del Pil è imputabile alle carenze della nostra giustizia civile²⁵.

La crisi della giustizia civile ha interessato i diritti della persona costituzionalmente garantiti, dal quale ne consegue un allontanamento dalla rappresentazione dei diritti, ineffettività delle norme, incentivi e comportamenti opportunistici, che vanno a discapito della parte più debole.

Oltre alle soluzioni delle controversie con un valore economico ridotto, si evidenzia il valore aggiunto proposto dall'Arbitro bancario finanziario a fronte delle varie disfunzioni.

In alcune circostanze, i sistemi ABF non sono intesi come alternativi alla Giustizia ordinaria, ma a *quoad effectum*, come esclusivi, visti gli ingenti costi diretti e indiretti richiesti dal ricorso. I primi sono riconducibili ai costi monetari per la realizzazione dei diritti che vede la tutela di un rapporto tra le parti; i secondi, invece, sono riconducibili ai costi derivanti dalla vanificazione del processo e dalla aleatorietà della pronuncia in ragione delle possibili impugnazioni²⁶.

Questo segue porta, da un lato, a definire inutile la contrapposizione *in parte qua* dell'interesse pubblico a quello privato; dall'altro a rilevare lo spazio vuoto di diritto che denota i procedimenti dei sistemi ADR.

²⁵ *Considerazioni finali*, Banca d'Italia, Roma, 2011

²⁶ Cfr, G. L. CARRIERO, *l'arbitro bancario finanziario*, questione Giustizia 3/2017, p 109

Vi è anche una differenza semantica tra questi meccanismi di ADR e la funzione giurisdizionale. Il nostro ordinamento, influenzato dalle norme, rende difficile l'esistenza di altre forme di giustizia da quelle che si verificano nel processo.

Questo evidenzia un anacronismo legislativo che alimenta dubbi circa la coerenza art 81, lett. g del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea dove il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberano secondo la legge ordinaria un buon funzionamento del mercato interno che garantisca *“lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie”*.

La premessa, ai limiti dell'ovvio, *“essendo che altro è la giurisdizione, altro il rendere giustizia”*²⁷. Analizzando nello specifico le parti, possiamo dire che la prima, è una funzione pubblica volta alla tutela dei diritti costituzionalmente importante, regolamentata dalle norme, esercitata da un ordine autonomo indipendente da ogni altro potere. Quindi, la giurisdizione consta nello *ius dicere*, nella pronuncia del diritto. Invece, si rende giustizia quando si manifestano dei conflitti al di fuori dal processo civile attraverso metodologie alternative, nonché complementari dal punto di vista funzionale.

Ad oggi, l'interesse è concentrato maggiormente nel predisporre sistemi di risoluzione delle controversie senza pervenire a soluzioni non sempre socialmente ed economicamente efficienti.

²⁷ Cfr, G. L. CARRIERO, *l'arbitro bancario finanziario*, questione Giustizia 3/2017 p.108

Ciò non esclude che il giudice e arbitro possano cooperare, dove attraverso l'acquisizione delle risultanze istruttorie e della decisione, sono edotti *“della ratio decidendi, dell'iter logico e degli elementi di fatto che hanno condotto al giudizio spesso basato su approfondimenti tecnici altamente specifici, l'organo di giurisdizione riduca elevati costi transattivi e instauri così, nel rispetto dei ruoli, rapporti dialogici certamente fecondi”*²⁸.

L'arbitro bancario finanziario sosteneva di poter sollevare la questione di costituzionalità in ambito ad una controversia emersa nel corso del procedimento poiché la stessa era pregiudizievole alla sua pronuncia, oltre che manifestamente infondata.

La disciplina svolge una funzione di giusta applicazione della legge, atta a offrire una corretta interpretazione delle norme che disciplinano gli intermediari nei rapporti con i clienti.

Tra l'ABF e l'arbitro vi è una sostanziale uguaglianza, in quanto si parte dai principi elaborati dalla Corte Costituzionale a capo dell'interpretazione della nozione di *“autorità giudiziale”*²⁹.

²⁸ Cfr, G. L. CARRIERO, *l'arbitro bancario finanziario*, questione Giustizia 3/2017 p.109

²⁹ Nel corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale una delle parti o il Pubblico Ministero possono sollevare questione di legittimità costituzionale mediante apposita istanza, indicando: *a)* le disposizioni della legge o dell'atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione, viziata da illegittimità costituzionale; *b)* le disposizioni della Costituzione o delle leggi costituzionali, che si assumono violate. L'autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o

Il giudice della legge ha definito che, anche gli arbitri, in caso di dubbia legittimità costituzionale della legge, il cui giudizio è potenzialmente fungibile con quello degli organi giurisdizionali, debbano utilizzare il sistema di sindacato incidentale delle leggi. Perciò, anche gli arbitri rituali possono, in caso di dubbia interpretazione, sollevare incidentalmente questioni di legittimità costituzionale delle norme di legge. Per cui, *“in un assetto costituzionale nel quale è precluso ad ogni organo giudicante tanto il potere di disapplicare le leggi, quanto quello di definire il giudizio applicando leggi di dubbia costituzionalità, anche gli arbitri, il cui giudizio è potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione, debbono utilizzare il sistema sindacato incidentale sulle leggi”*³⁰.

Ai sensi dell'art. 23 della legge 87/1953 possiamo distinguere due concetti di “giudizio” e di “autorità giurisdizionale” secondo due prospettive tra loro indipendenti. Da un lato, abbiamo il giudizio in presenza di un'attività che si svolge dinnanzi a un ufficio giurisdizionale, a prescindere dalla natura del potere

non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso. La questione di legittimità costituzionale può essere sollevata, di ufficio, dall'autorità giurisdizionale davanti alla quale verte il giudizio con ordinanza contenente le indicazioni previste alle lettere a) e b) del primo comma e le disposizioni di cui al comma precedente. L'autorità giurisdizionale ordina che a cura della Cancelleria l'ordinanza di trasmissione degli atti alla Corte costituzionale sia notificata, quando non se ne sia data lettura nel pubblico dibattimento, alle parti in causa ed al Pubblico Ministero quando il suo intervento sia obbligatorio, nonché al Presidente del Consiglio dei ministri od al Presidente della Giunta regionale a seconda che sia in questione una legge o un atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione. L'ordinanza viene comunicata dal cancelliere anche ai Presidenti delle due Camere del Parlamento o al Presidente del Consiglio regionale interessato. Si veda l'art. 23 della legge N. 87, 11 Marzo 1953.

³⁰ Si veda Corte Costituzionale, 28 Novembre 2001, sentenza n. 376, Presidente C. RUPERTO

esercitato; dall'altro lato abbiamo un "giudizio" e un "autorità giurisdizionale" a cui possono ricorrere, anche, organi estranei alla giurisdizione destinati a organi di diversa natura, siano investiti anche in via eccezionale di funzioni giudicanti, per la giusta applicazione della legge.

L'Arbitro bancario finanziario pur non esercitando un potere giurisdizionale, è stato designato per esercitare un ruolo autenticamente decisorio di controversie, conformemente alle funzioni svolte dall'arbitro rituale nel corso dei giudizi arbitrali, dove il legislatore riconosce ad essi il potere di rimessione.

L'organo dell'ABF è un organo che svolge una funzione giudicante che trova fondamento nella legge, art. 128-bis comma 2 T.U.B., nonostante esso fosse un organo *super partes* nell'assolvere tale funzione. Inoltre, l'organo dell'ABF tratta anche le controversie conferite alla propria competenza nel rispetto delle garanzie del contraddittorio.

Nell'ordinamento bancario e nelle relazioni tra banche-clienti, l'arbitro bancario e finanziario assume anche una funzione "nomofilattica", in quanto gli intermediari dovranno essere informati riguardo agli orientamenti dell'organo decidente e a valutare i reclami dei clienti.

L'ABF ha la funzione di orientare il comportamento degli intermediari offrendo una corretta interpretazione delle norme cui essi devono conformarsi con i clienti.

Secondo la dottrina, la legittimazione a quo del Collegio dell'ABF può essere rinvenuta "*negli stessi motivi che hanno spinto la giurisprudenza costituzionale ad*

*ampliare il novero dei soggetti rimettenti, ricorrendo anche in questo caso i presupposti necessari all'accesso incidentale*³¹.

Mediante l'identificazione del potere di rimessione degli incidenti di incostituzionalità all'Organo giudicante dell'ABF può marcarsi, nel settore della vigilanza sul credito, l'evidenza del diritto e l'osservanza della Costituzione.

A tal proposito, si è rilevato che il T.U.B conferisce alla Banca d'Italia le funzioni di vigilanza e le finalità delle attività indicate dall'art. 5 del T.U.B secondo la quale le autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza ad essi attribuiti, avendo cura della sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario, nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia.

Le funzioni conferite alla Banca d'Italia devono attenersi anche secondo le disposizioni in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali e della correttezza dei rapporti con la clientela. La vigilanza implica l'esercizio del potere proprio di un'Autorità indipendente, in quanto le attività sono in funzione pubblica non nei confronti dei privati, disciplinata dalla legge N. 241 del 7 Agosto 1990 inerente ai procedimenti amministrativi. Il procedimento atteso dall'art 128-bis T.U.B appare contestabile in un procedimento amministrativo di vigilanza della Banca d'Italia.

³¹ Cfr, G. LIACE, *l'arbitro bancario finanziario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, p 137

Si esamina in merito alla necessità di mantenere distinto il potere di rimessione da dovere di rimessione, in quanto il primo sussiste quando il mancato riconoscimento della legittimazione rende più difficile il controllo costituzionale in altre sedi, come per l'arbitro bancario finanziario; il dovere di rimessione, invece, si configura in relazione a quelle ipotesi in cui non riconoscere la legittimazione a quo vorrebbe dire impedire il controllo costituzionale sulla legge dubbia³².

Le delibere adottate dall'ABF hanno una decisione come parere "*pro veritate*" e non sono vincolanti per le parti. L'inosservanza della decisione dell'intermediario implica una sanzione reputazionale, in vista anche del fatto che la natura del provvedimento è tale da non incidere in modo diretto sulle situazioni giuridiche delle parti. Inoltre, le decisioni dell'ABF non hanno una natura definitiva, in quanto è possibile far ricorso alla giustizia civile.

Le decisioni dell'ABF non fanno stato tra le parti; perciò risulta in dubbio il potere dei Collegi di sollevare questioni di costituzionalità³³.

³² Cfr, G. LIACE, *l'arbitro bancario finanziario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, p 137 ss dove "alcuni autori sostengono che è necessario pertanto che i Collegi dell'ABF sia riconosciuto il potere di rimessione tutte le volte in cui le norme , che gli intermediario devono osservare, non possano essere interpretate secondo Costituzione.

³³ Ai sensi dell'art 102 della Costituzione, l'ABF non è un giudice né potrebbe esserlo visto il divieto di istituzioni dei giudici speciali. Infatti l'art in questione recita che la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario. Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura. La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia.

Con l'ordinanza n. 218 del 4 Luglio 2011 la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata all'ABF precisando che “per gli intermediari, così come per i clienti, quale che sia l'esito della procedura, resta ferma la facoltà di ricorrere all'autorità giudiziaria ovvero ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti e interessi”, a rilievo che “le decisioni dell'ABF, infatti, non incidono sulle situazioni giuridiche delle parti”; inoltre, “i caratteri della giurisdizione si rivelano, del pari, inesistenti anche con riguardo al profilo relativo alla decisione, posto che la stessa non assume, in realtà, alcun valore cogente per nessuna delle parti in causa, svolgendo essa solo una funzione destinata ad incidere sulla immagine e sulla reputazione dell'intermediario, in particolare se non ottemperante, secondo connotazioni che possono riecheggiare gli interventi di organi amministrativi in autotutela”.

Per altro verso, la circostanza secondo cui “il responso dell'arbitro bancario finanziario debba essere accolto secondo diritto non può ritenersi in sé un argomento probante, giacché è tipico di qualsiasi funzione giustiziale procedere e adottare le proprie determinazioni *secundum ius*, al pari di qualsiasi organismo della pubblica amministrazione”³⁴.

³⁴ G. Liace, *l'arbitro bancario finanziario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, p. 138

CAPITOLO II

STRUTTURA ORGANIZZATIVA

SOMMARIO: - 6. L'organo decidente. Articolazione territoriale. Nomina e composizione dell'organo decidente. I requisiti dell'organo giudicante. L'osservanza del codice deontologico. - 7. La Segreteria tecnica. Le mansioni della Segreteria tecnica. Il potere valutativo della Segreteria. - 8. Il collegio di coordinamento. Composizione del Collegio di coordinamento. Le funzioni del Collegio di coordinamento. - 9. Adesione al sistema stragiudiziale. Gli effetti della mancata adesione al sistema. L'adesione al sistema come atto vincolante per l'esercizio dell'attività bancaria finanziaria.

6. Originariamente, l'Arbitro bancario finanziario operava mediante tre Collegi territoriali, mentre da dicembre del 2016 questo sistema è attivo sul territorio con sette Collegi con sede in Milano³⁵, Bologna³⁶, Napoli³⁷, Palermo³⁸, Bari³⁹, Roma⁴⁰ e Torino⁴¹.

³⁵ Il collegio con sede a Milano decide i ricorsi presentati dai clienti che hanno il proprio domicilio in Friuli-Venezia Giulia, Lombardia, Trentino-Alto Adige e Veneto.

³⁶ Il collegio con sede a Bologna decide i ricorsi presentati dai clienti che hanno il proprio domicilio in Emilia-Romagna e Toscana.

³⁷ Il collegio con sede a Napoli decide i ricorsi presentati dai clienti che hanno il proprio domicilio in Campania e Molise.

³⁸ Il collegio con sede a Palermo decide i ricorsi presentati dai clienti che hanno il proprio domicilio in Sardegna e Sicilia.

³⁹ Il collegio con sede a Bari decide i ricorsi presentati dai clienti che hanno il proprio domicilio in Basilicata, Calabria e Puglia.

⁴⁰ Il collegio con sede a Roma decide i ricorsi presentati dai clienti che hanno il proprio domicilio in Abruzzo, Lazio, Marche e Umbria. Il Collegio è inoltre competente per i ricorsi presentati dai clienti che hanno il proprio domicilio all'estero.

⁴¹ Il collegio con sede a Torino decide i ricorsi presentati dai clienti che hanno il proprio domicilio in Liguria, Piemonte e Valle d'Aosta.

Ciascun collegio è composto da cinque membri:

- a) Il presidente e due membri della Banca d'Italia;
- b) Un membro designato dalle associazioni degli intermediari;
- c) Un membro designato dalle associazioni rappresentative dei clienti⁴².

Il presidente dura in carica cinque anni, mentre gli altri componenti durano in carica tre anni ed è rinnovabile per tutti una sola volta⁴³.

La formazione dell'Organo giudicante non prevede delle fasi ben predefinite, ma una struttura variabile, in quanto i membri eletti dagli intermediari e dai clienti sono in funzione della controversia da trattare e dell'oggetto della stessa, al fine di assicurare i criteri di imparzialità stabilite dalla legge secondo le indicazioni formulate dal CICR⁴⁴, in modo tale da garantire la rappresentanza dei diversi interessi dei soggetti portatori⁴⁵.

Il presidente, nominato dalla Banca d'Italia, verifica la regolare costituzione del Collegio e ne coordina le relative attività⁴⁶; approva il calendario delle riunioni del Collegio predisposto dalla Segreteria Tecnica, si assicura che la composizione dell'Organo decidente sia idonea alla tipologia delle parti coinvolte nel ricorso

⁴² Come indicato nelle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione III, par. 2.

⁴³ Cfr. G. LIACE, *L'arbitro bancario finanziario*, G.Giappichelli Editore, Milano, 2018, pp.60

⁴⁴ Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio (CICR) l'alta vigilanza in materia di credito e di tutela del risparmio. Il CICR delibera, su proposta della Banca d'Italia, le deliberazioni in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali concernenti le operazioni e i servizi bancari e finanziari.

⁴⁵ Si veda anche sezione IV, delle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia

⁴⁶ Si vedano le nuove disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione III, par 2.

oggetto di transazione, verificandone la partecipazione dei membri eletti dalle associazioni dei clienti e degli intermediari.⁴⁷

Inoltre, il Presidente coordina il lavoro del Collegio, accerta i risultati delle votazioni e, a cura della Segreteria Tecnica, sottoscrive i verbali dove vi è riportata la decisione.

Per quanto riguarda il componente di cui alla lettera b, rappresentante eletto dalle associazioni degli intermediari, la designazione è rimessa a organismi associativi che presentino requisiti di ampia diffusione territoriale e di adeguata rappresentatività degli intermediari. La Banca d'Italia procede al riconoscimento di tali organismi associativi verificandone la sussistenza dei requisiti che possono partecipare alla designazione del componente espresso dagli intermediari. In casi eccezionali, *“ove sussistano 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 consentire che un organismo associativo designi più componenti dell'organo decidente, che si alternino in funzione delle caratteristiche del ricorso”*⁴⁸.

Per quanto riguarda il componente di cui alla lettera c, rappresentante eletto dalle associazioni rappresentative dei clienti, la designazione viene fatta:

⁴⁷ Si veda le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, sezione III, par 4.

⁴⁸ Si veda sezione III, par 2, delle nuove disposizioni applicative della Banca d'Italia

- a. Per i consumatori, dal Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti (CNCU);
- b. Per le altre categorie di clienti, dalle associazioni di categoria, che a livello nazionale raccolgono un numero di clienti significativo su tutto il territorio nazionale e abbiano svolto attività continuative negli ultimi tre anni.

I componenti dell'Arbitro bancario finanziario devono possedere i requisiti di integrità, professionalità, esperienza e indipendenza.

Essi possono essere, anche, avvocati e dottori commercialisti iscritti nei rispettivi albi da almeno dodici anni; docenti universitari in materie giuridiche ed economiche; altri soggetti che sono in possesso di una competenza bancaria, finanziaria o di tutela dei consumatori.

Non possono essere membri del Collegio coloro che siano stati condannati per reati inerenti ad attività bancarie, finanziarie, mobiliari, assicurative, o inerenti alla materia dei mercati e valori mobiliari o per i reati di usura e riciclaggio; persone che hanno in corso condanne definitive per altri delitti non colposi o a pena detentiva, anche per contravvenzione; chi è stato condannato all'interdizione dai pubblici uffici o è stato sottoposto a misure di prevenzione o di sicurezza.

Infine, non possono essere nominati componenti coloro che, nel biennio precedente, hanno rivestito una carica politica e che 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 clienti⁴⁹.

Non rappresenta causa di incompatibilità, circa la nomina del Collegio riguardo agli incarichi professionali da parte degli intermediari, dei loro clienti o delle rispettive associazioni rappresentative, solo se il proprio assistito è parte della controversia vi è un obbligo di astensione.

I membri del Collegio nello svolgimento della propria condotta si attengono al regolamento dell'organo e al codice Deontologico⁵⁰ predisposto dalla Banca d'Italia.

I componenti dell'ABF devono ispirarsi a valori e principi come dignità, lealtà, correttezza ed inoltre, nello svolgimento dei propri incarichi devono attenersi a principi di indipendenza, imparzialità, discrezione e disinteresse personale.

I membri che compongono l'ABF, nei confronti dei cittadini, devono avere un comportamento atto a non ledere la dignità e devono respingere qualsiasi

⁴⁹ Come indicato nelle nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia, par. 3

⁵⁰ Il codice individua i valori e i principi fondamentali e stabilisce le regole deontologiche per i componenti dell'Organo decidente dell'Arbitro Bancario Finanziario, sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie istituito ai sensi dell'art. 128-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385. I codici di deontologia si ispirano ai principi contenuti nel Codice Europeo di condotta dei mediatori.

comportamento che possa influire sui tempi e sui modi di svolgimento delle funzioni, nonché evitare di creare o favorire situazioni di privilegio.

Per quanto attiene la stampa e i mezzi di comunicazione, la pubblicità delle notizie delle funzioni svolte non è di competenza dei membri e questi non devono fornire notizie pubbliche circa sulle opinioni espresse durante le sedute dei Collegi.

I membri devono collaborare con il Presidente del Consiglio al fine di migliorare l'organizzazione delle mansioni; devono esaminare le controversie poste dalle parti, nonché la documentazione redatta dalla Segreteria ed assicurare che nelle delibere siano esibite le ragioni di tale scelta.

Qualora l'Organo abbia violato le Disposizioni del codice deontologico, la Banca d'Italia può dichiararne la decadenza.

7. L'attività di Segreteria tecnica per gli organi giudicanti è svolta dalla Banca d'Italia⁵¹. In questo caso vi è uno stretto legame tra l'Autorità di Vigilanza e la Segreteria tecnica, in quanto esse sono “*espressione diretta della Banca d'Italia*”, mentre tale legame non si stabilisce con i singoli Collegi⁵².

In particolare, per ciascun Collegio, l'attività di segreteria tecnica è svolta dal personale della Banca d'Italia⁵³, nelle proprie strutture e tramite propri dipendenti.

⁵¹ Si veda la Delibera CICR del 29 Luglio 2008, n 275, all'art 7, comma 1, sancisce che le disposizioni connesse alle caratteristiche e ai compiti della Segreteria tecnica sono emanate dalla Banca d'Italia.

⁵² Cfr. G.Liace, *l'arbitro bancario finanziario*, G.Giappichelli Editore, Torino, 2018, p 72

⁵³ Si vedano le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia sezione IV, par 1.

Le sette segreterie tecniche hanno il compito di ricevere e analizzare il ricorso, appurando sia la completezza che la regolarità e che sia presentato nei termini previsti; ricevere la documentazione fornita delle parti, annoverando anche il reclamo presentato all'intermediario e delle controdeduzioni connesse al ricorso⁵⁴; accertare la regolarità della documentazione e se necessario, chiedere alle parti ulteriori elementi a supporto della suddetta.

In caso di una pluralità di ricorsi presentati al Collegio di coordinamento, la Segreteria tecnica cura le comunicazioni tra la parti nel corso della procedura; supporta la procedura informatica; fissa il calendario delle riunioni del Collegio e assiste alle stesse ridirigendo il verbale; infine, informa il pubblico sulle attività svolte dall'ABF mediante una relazione annuale⁵⁵ oppure aggiornando il sito internet dove sono riportate le delibere e le inadempienze degli intermediari.

La segreteria tecnica ha dei poteri valutativi limitati, in quanto *“accerta la completezza, regolarità e tempestività della documentazione presentata dalle parti*

⁵⁴ Dalla ricezione della comunicazione del ricorso l'intermediario ha a disposizione quarantacinque giorni per inviare alla segreteria tecnica le proprie controdeduzioni e la documentazione necessaria. Le controdeduzioni comunicate dall'intermediario saranno trasmesse al cliente dalla Segreteria tecnica.

⁵⁵ Si veda sul sito web della Banca d'Italia, area vigilanza e normativa, nella relazione sono allegate anche le informazioni di natura statistica sulle procedure che hanno interessato ciascun intermediario nel corso dell'anno, compreso il numero delle eventuali inadempienze e quello dei ricorsi nei quali è stato soccombente rispetto al numero totale dei ricorsi decisi nei suoi confronti.

e, ove ne ravvisi l'esigenza, chiede alle parti le necessarie integrazioni fissando un termine per la loro produzione"⁵⁶. Si tratta di un'attività di istruttoria del ricorso viene svolta dalla Segreteria tecnica territorialmente competente, basata sulla documentazione presentata dalle parti⁵⁷.

Qualora vi sia dichiarata l'irricevibilità del ricorso, la Segreteria tecnica comunica al Presidente del Collegio le incompletezze, l'irregolarità o le intempestività riscontrate, dichiarandone la sua inammissibilità⁵⁸. In questo caso, alla Segreteria tecnica viene riconosciuto un potere paradecisorio⁵⁹, la quale effettua un'attività di tipo valutativo a seconda dei fascicoli esaminati.

Nel caso in cui l'intermediario sia inadempiente, o è in dubbio la sua inadempienza, la Segreteria tecnica informa il Collegio e provvede all'emanazione della sanzione nei confronti dell'intermediario interessato⁶⁰.

Secondo le disposizioni degli art. 53, comma 1, lett. d), 107, comma 2, e 114 del t.u.b., si conferisce alla Banca d'Italia il potere di regolamentare l'organizzazione amministrativa e il controllo interno delle banche e degli intermediari finanziari.

Questo potere è in armonia con la funzione di *vigilanza* della Banca d'Italia che garantisce il rispetto delle norme di trasparenza da parte delle banche e degli intermediari finanziari sia nella fase di formazione dei contratti, certificando la

⁵⁶ Si veda le nuove Disposizioni applicative della Banca d'Italia sezione IV, par 1.

⁵⁷ Si vedano le nuove Disposizioni della Banca d'Italia, sezione VI, par3.

⁵⁸ Si veda le nuove Disposizioni della Banca d'Italia, sezione IV, par 1.

⁵⁹ Cfr. G.Liace, *l'arbitro bancario finanziario*, G.Giappichelli Editore, Torino, 2018, p72

⁶⁰ Come indicato dalle nuove Disposizioni della Banca d'Italia, sezione VI, par 5.

qualità delle informazioni riportate al cliente, sia nella loro fase di esecuzione dei suddetti secondo il principio di buona fede e correttezza⁶¹.

Tra i compiti assegnati alla Segreteria tecnica vi è anche quella di curare la formazione del fascicolo contenente il ricorso, le controdeduzioni, la documentazione presentata dalle parti, allegando con esse anche quelle relative alla fase del reclamo, e ogni altro documento ritenuto necessario per la delibera.

Il fascicolo è fruibile a ciascun membro del Collegio prima della riunione in cui avrà luogo il ricorso; inoltre, la Segreteria predispone di una relazione da rendere disponibile ai singoli componenti del Collegio.

In questo caso, si evidenzia un ruolo attivo tra la Segreteria e il Collegio, in quanto la relazione redatta dalla Segreteria ottempera una funzione di tipo informativo, poiché sintetizza le posizioni e il diritto delle parti e conferisce gli stessi in un contesto normativo e giurisprudenziale⁶².

L'attività della Segreteria viene affiancata a quella della cancelleria⁶³.

⁶¹ Cfr. B. DE CAROLIS, *l'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, n. 70/2011, sito web Banca d'Italia, area vigilanza, il quale si ritiene che il potere organizzativo del procedimento dell'ABF affidato alla Banca d'Italia sia atta a tutelare l'indipendenza del funzionamento dello stesso; il supporto tecnico apportato dalla Banca d'Italia non influenza l'autonomia decisionale dei Collegi, in quanto essa dispone della competenza tecnica abile a migliorare le relazioni con la clientela stabilendo un rapporto di fiducia.

⁶² Cfr. D. ROSSANO, *Mediazione, Camera di conciliazione, Arbitro Bancario Finanziario*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 140, il quale conferisce la potenziale capacità della Segreteria tecnica, in influenzare il Collegio attraverso la propria relazione. Quindi, risulta difficile e necessario comprendere come la relazione e il suo contenuto, caratterizzata da una funzione informativa, possa condizionare il Collegio.

⁶³ Cfr. G. LIACE, *l'Arbitro Bancario Finanziario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, p.73

La Segreteria tecnica ridirige il verbale e assiste la riunione. Il contenuto del verbale ha per oggetto: ora di inizio e di termine della riunione; il nome dei membri del Collegio; le estremi identificativi dei ricorsi discussi e il dispositivo di ciascuna delibera, con indicazione della maggioranza assunta e la decisione espressa dal Presidente. Il verbale redatto da quest'ultimo e dalla Segreteria tecnica, viene conservato dalla medesima insieme agli atti dei ricorsi⁶⁴.

La Segreteria tecnica predispone il calendario delle riunioni del Collegio e l'elenco dei ricorsi al Presidente per la sua approvazione, la quale esso tiene conto delle esigenze di funzionalità del Collegio, e se necessario, apporta modifiche sulla base dell'operato⁶⁵.

La Segreteria tecnica, inoltre, aggiorna l'archivio elettronico delle delibere e pubblica la notizia di inadempimento da parte dell'intermediario. In tal caso si ha un'attività di tipo sanzionatorio, ove la segreteria non ha nessun potere di tipo discrezionale⁶⁶.

La Segreteria tecnica costituisce un peculiare canale di comunicazione tra le parti e il Collegio, evidenziando che non vi è nessun contatto tra l'organo giudicante ed il cliente e l'intermediario⁶⁷.

⁶⁴ Si veda il sito web Arbitro Bancario Finanziario, regolamento e funzionamento dei Collegi, art. 10, Deliberazione dei Collegi.

⁶⁵ Si veda il sito web Arbitro Bancario Finanziario, regolamento e funzionamento dei Collegi, art. 4, Pianificazione dei lavori.

⁶⁶ Cfr, E. MINERVINI, *L'arbitro Bancario Finanziario. Una nuova forma di ADR*, Edizioni scientifiche ITA, 2014, p. 47.

⁶⁷ Cfr, G. LIACE, *l'Arbitro Bancario Finanziario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, p.73

8. Il collegio di coordinamento definisce ricorsi di questioni di particolare importanza, oppure quando la delibera di una controversia abbia generato, o può generare, un orientamento non uniforme tra i sette collegi territoriali⁶⁸.

Il Collegio di coordinamento nasce per colmare orientamenti difformi dei singoli Collegi. Se essi si discostano, si dovranno indicare le ragioni per i quali si ritiene necessaria una soluzione diversa da quella ammessa dal Collegio di coordinamento, il quale svolge una funzione nomofilattica⁶⁹.

Il Collegio di coordinamento è composto da:

- a) Tre dei sette Presidenti dei Collegi che compongono l'ABF;
- b) Un membro eletto dall'associazione rappresentativa degli intermediari appartenente a uno dei Collegi territoriali;
- c) Un membro eletto dalle associazioni rappresentative dei clienti appartenente a uno dei Collegi territoriali.

⁶⁸ Cfr. G. LIACE, *l'Arbitro Bancario Finanziario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, p.86

⁶⁹ Nell'ambito della giurisdizione ordinaria, in base all'art. 65 R.D. 30 gennaio 1941 n. 12 la Corte Suprema di Cassazione "quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni".

I componenti del Collegio di coordinamento e i relativi supplenti sono estratti a sorte annualmente secondo quanto previsto dalle disposizioni della Banca d'Italia nell'ambito dei componenti dei singoli Collegi.

La funzione di Preside del Collegio di coordinamento è svolta dal membro più anziano, tra quelli estratti a sorte, fra i Presidenti dei singoli Collegi.

Al Collegio di coordinamento si applicano le norme riportate nelle disposizioni della Banca d'Italia, salvo casi di questioni di particolare importanza, relative al funzionamento dell'organo decidente, emanazione delle delibere delle controversie e gli effetti sulle medesime.

L'attività della Segreteria tecnica è svolta dalla segreteria del Collegio competente territorialmente per il ricorso. In caso di una pluralità di ricorsi, la Segreteria del Collegio è definita dalla struttura centrale di coordinamento. Il Collegio di coordinamento assicura un orientamento omogeneo nella delibera delle controversie, eludendo che le decisioni delle controversie simili tra loro o questioni di particolare importanza possano essere attuate diversamente tra i Collegi territoriali.

Le riunioni del Collegio di coordinamento possono realizzarsi anche mediante una videoconferenza.

9. Gli intermediari iscritti negli albi o negli elenchi riportati dalla Banca d'Italia, secondo le disposizioni che regolano l'Arbitro bancario finanziario, aderiscono al sistema stragiudiziale e possono essere destinatari di ricorsi.

L'art. 128bis del T.U.B delinea i soggetti di cui all'articolo 115 del T.U.B. che aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela.

La nozione di "*intermediario*" è disciplinata dalla Delibera CICR n.275 art.1 *lett c)* delle Disposizioni della Banca d'Italia, essi sono:

- a) Le banche autorizzate in Italia e le banche comunitarie;
- b) Le società finanziarie;
- c) I confidi iscritti nell'elenco previsto dall'art. 112 del T.U.B.;
- d) Gli istituti di moneta elettronica autorizzati in Italia e quelli comunitari (IMEL);
- e) Poste Italiane S.p.A. per attività di Bancoposta.

I soggetti citati dal Titolo VI del T.U.B. hanno l'obbligo di aderire ai sistemi di risoluzione delle controversie, in quanto costituisce una condizione necessaria per lo svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria. Con l'adesione non è obbligatoria per gli intermediari che hanno sede in un altro stato membro dell'UE,

a condizione che essi aderiscano o siano soggette a un sistema stragiudiziale delle controversie estere⁷⁰; come ad esempio la rete Fin.Net⁷¹.

I nuovi intermediari che vogliono iniziare lo svolgimento delle attività di natura bancaria e finanziaria devono comunicare la loro adesione alla Banca d'Italia⁷².

Ai soggetti aderenti a questo sistema di risoluzione delle controversie è stato imposto dalla Banca d'Italia di adibire delle procedure interne, per esaminare i reclami della clientela purché sussista la condizione necessaria per ricorrere all'ABF.

La mancata adesione al sistema stragiudiziale rappresenta un illecito amministrativo, quindi sanzionabile in quanto vi è la violazione di un obbligo giuridico.

Il cliente, invece, è *“il soggetto che ha o ha avuto con un intermediario un rapporto contrattuale avente ad oggetto la prestazione di servizi bancari e finanziari”*⁷³; al contrario, non rientrano nella nozione di cliente *“i soggetti che svolgono in via*

⁷⁰ Cfr, G. LIACE, *l'Arbitro Bancario Finanziario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, p.51.

⁷¹ La Fin-Net (*Financial Dispute Resolution Network*) è una rete tra gli organismi ADR attivi nel settore bancario, finanziario e assicurativo degli Stati membri, promossa dalla Commissione dell'Unione europea. *“La Rete promuove la cooperazione tra i sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie operanti nel settore dei servizi finanziari e fornisce ai consumatori un agevole accesso alla risoluzione alternativa delle controversie (Alternative Dispute Resolution - ADR) nei casi riguardanti prestazioni transfrontaliere di servizi finanziari”*. Dal 2001 l'ABF partecipa alla Fin-Net. A questa rete, attualmente, vi aderiscono 60 membri dei 27 Paesi dell'Unione Europea, nonché Norvegia, Islanda e il Liechtenstein. Nel documento del *“memorandum d'intesa”* delinea le modalità di collaborazione tra i sistemi che aderiscono alla Rete per risolvere le controversie finanziarie transfrontaliere, in ambito extragiudiziale. Si veda il sito web Arbitro Bancario Finanziario.

⁷² Cfr, G. LIACE, *l'Arbitro Bancario Finanziario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, p.51 s.

⁷³ Si veda la delibera CICR del 29 Luglio 2008, n.275, art 1 lett a).

professionale l'attività di intermediazione nel settore bancario, finanziario, assicurativo e previdenziale"⁷⁴.

Inoltre, nella delibera CICR art. 1 del 28 Luglio 2008 delle Disposizioni della Banca d'Italia, vi è una precisazione del cliente nelle operazioni di "factoring", che considera come tale il cedente e il debitore con cui il cessionario abbia concordato la concessione di una dilazione di pagamento.

L'adesione al sistema dell'ABF, quindi, non rappresenta una scelta, ma essa è un atto vincolato alla quale i soggetti non possono sottrarsi, in quanto garantisce al cliente una tutela legale, offrendo l'opportunità di risolvere le controversie di natura economica e finanziaria quasi gratuitamente, che non si riceverebbe altrimenti in virtù dei costi di un ordinario giudizio civile.

⁷⁴ Si veda la delibera CICR del 29 Luglio 2008, n. 275, art. 1, *lett a)*

CAPITOLO III

IL PROCEDIMENTO

SOMMARIO: - 10. La competenza dell'ABF. La competenza per materia della disciplina dell'ABF. La competenza per territorio dell'istituto. - 11. Il risarcimento del danno. Art. 1223 c.c.: effetto immediato e diretto di un illecito contrattuale o extracontrattuale. L'incompatibilità del risarcimento del danno. Risarcimento del danno non patrimoniale. - 12. Le trattative precontrattuali. - 13. Le condizioni dell'azione. L'interruzione del procedimento. Estinzione del procedimento. Cessazione del procedimento. - 14. Le condizioni di procedibilità. La fase di negoziazione diretta tra il cliente e l'intermediario. Il contenuto oggetto del ricorso. - 15. Le fasi del procedimento. La fase preliminare e istruttoria. La fase decisoria. - 16. Sospensione dei termini. - 17. Le spese legali del sistema stragiudiziale.

10. Dopo aver descritto la struttura dell'ABF, possiamo definire il campo di applicazione dell'istituto, inerente alla competenza per materia e per territorio.

L'arbitro bancario finanziario abbraccia le controversie che emergono tra gli intermediari finanziari e la clientela⁷⁵.

⁷⁵ Si veda le nuove Disposizioni della Banca d'Italia, sezione I, par 4.

Come già accennato, possono ricorrere a questo meccanismo i clienti che hanno o hanno avuto un rapporto di natura contrattuale per prestazioni in ambito bancario e finanziario, ivi compresi i servizi di pagamento⁷⁶.

Nella delibera, viene chiarito anche il concetto di “*controversia*” che deve intendersi come una contestazione attinenti a operazioni e servizi bancari e finanziari; inoltre, “*possono essere sottoposte alla cognizione dell’organo decidente le controversie che vertono sull’accertamento di diritti, obblighi, facoltà purché l’eventuale somma oggetto di contestazione tra le parti non sia superiore a 100.000 euro*”⁷⁷.

Invece, sono escluse dalla cognizione dell’ABF le richieste di risarcimento dei danni le controversie che hanno ad oggetto la tutela di un diritto violato o una facoltà negata dall’intermediario o, l’inadempimento di un obbligo dello stesso⁷⁸.

Questo vincolo espresso nella delibera disciplina inequivocabilmente la competenza dell’arbitro bancario finanziario, ma svolge anche un ruolo di confine

⁷⁶ Si veda la Delibera CICR del 29 Luglio 2008, art. 1, *lett a*).

⁷⁷ Delibera CIRC 28/2008, art. 2, comma 4.

⁷⁸ Si vedano le nuove Disposizioni della Banca d’Italia, sezione I, par. 4, *ambito di applicazione oggettivo*, la quale sono escluse “*le 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 (ad esempio, quelle 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)*”.

tra ABF e altri organismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie “*ratione materiae*”⁷⁹, con dei precisi limiti oggettivi⁸⁰.

Non possono essere sottoposte a questa disciplina le controversie che hanno operazioni o comportamenti anteriori al 1° Gennaio 2009⁸¹ ed, altresì “*le controversie già sottoposte ad arbitri e conciliatori ... ma anche nel caso di fallimento di una procedura conciliativa già intrapresa*”⁸².

Inoltre, sono escluse dalla competenza dell’arbitro bancario finanziario le controversie non disciplinate al Titolo VI del T.U.B. ai sensi dell’art. 23, comma 4 del Testo unico della Finanza, quali servizi e attività di investimento, collocamento di prodotti finanziari e servizi che siano componenti di prodotti finanziari.

La Banca d’Italia e la Consob hanno disciplinato un protocollo d’intesa, tra le due Autorità, atto a definire una linea di confine riguardante le competenze di prodotti c.d. misti, in quanto esse hanno una natura finanziaria, ma al contempo, si riferiscono ad attività tipicamente bancarie⁸³.

Nella prassi vi possono essere, seppur di rado, contratti dove non vi sussiste un elemento prevalente di natura bancaria o finanziaria; in questo caso si ottengono soluzioni in contrasto tra loro per una sola controversia.

⁷⁹ La materia è uno degli elementi dove viene attribuita la competenza ad un organo giudiziario, ossia a una organizzazione pubblica a cui è affidata la cura di determinati interessi pubblici.

⁸⁰ ABF Collegio di Napoli, decisione del 19 Maggio 2016, n 4666, Presidente Marinari.

⁸¹ Prima delle Disposizioni emanate della Banca d’Italia del 12 Dicembre 2011, il termine era il 1° Gennaio 2007.

⁸² Cfr, G. Liace, *l’Arbitro bancario finanziario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, pp.75

⁸³ Si veda il regolamento Consob del 29 Dicembre 2008

Differente è il caso per i contratti collegati. Si considerino i contratti di assicurazione offerti ai clienti dalla banca mutuante. In questa circostanza, l'assicurazione è vincolante per i singoli mutuatari, in quanto essa si presenta come un negozio giuridico collegato ed accessorio rispetto a quello di finanziamento.

L'esistenza di più contratti con una loro individualità giuridica, aventi un collegamento funzionale, *“ne impone una considerazione unitaria, la quale implica che la validità e l'efficacia dei singoli negozi sia verificata avente riguardo dell'interesse globalmente perseguito dalle parti”*⁸⁴.

Questa pratica, non risulta essere in linea con il principio dell'art 128 bis del Testo unico bancario circa l'interpretazione dell'ABF inerente alla deferibilità delle controversie riguardanti le trattative precontrattuali indipendentemente dalla conclusione del rapporto⁸⁵.

La disciplina dell'ABF non si estende solo alle controversie relative ai rapporti contrattuali, ma anche a quelle poste in essere in una fase precontrattuale, in quanto questo istituto deve tutelare il mercato offrendo e trasferendo dei propri prodotti oppure erogando servizi.

⁸⁴ Cfr. G. Liace, *L'Arbitro bancario finanziario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, pp. 76

⁸⁵ Si veda ABF Collegio di Roma, decisione del 6 Settembre 2010, n. 886, Presidente De Carolis
Si veda anche ABF Collegio di Milano, decisione del 2 Febbraio 2010, n.12, Presidente A.Gambaro

Secondo le disposizioni della Banca d'Italia, non possono essere sottoposte all'ABF le controversie per le quali vi sia stata la prescrizione della disciplina generale. In questo caso, l'oggetto della prescrizione non è la controversia, ma il diritto.

Considerando che la disciplina dell'ABF non ha una natura giurisdizionale, e quindi essa non è soggetta all'applicazione diretta dei principi che regolano il processo civile; si ritiene che la Banca d'Italia che abbia ritenuto che il cliente, il quale abbia lasciato prescrivere il suo diritto nei confronti della Banca, non meriti di avere accesso all'istituto dell'arbitro bancario finanziario.

La competenza per territorio dell'arbitro bancario finanziario viene riconosciuta a seconda del domicilio dichiarato dal cliente nel ricorso.

In particolare, il Collegio con sede a Bari decide i ricorsi presentati dai clienti che hanno il proprio domicilio in Basilicata, Calabria e Puglia; il Collegio con sede a Bologna decide i ricorsi presentati dai clienti che hanno il proprio domicilio in Emilia-Romagna e Toscana; il Collegio con sede a Milano decide i ricorsi presentati dai clienti che hanno il proprio domicilio in Friuli-Venezia Giulia, Lombardia, Trentino-Alto Adige e Veneto; il Collegio di Napoli decide i ricorsi presentati dai clienti che hanno il proprio domicilio in Campania e Molise; il Collegio di Palermo decide i ricorsi presentati dai clienti che hanno il proprio domicilio in Sardegna e Sicilia; il Collegio di Roma decide i ricorsi presentati dai clienti che hanno il proprio domicilio in Abruzzo, Lazio, Marche e Umbria; il Collegio di Torino decide i ricorsi

presentati dai clienti che hanno il proprio domicilio in Liguria, Piemonte e valle d'Aosta⁸⁶.

Secondo una parte della dottrina, la scelta di basare la competenza per territorio a seconda del domicilio dichiarato dal cliente nell'atto introduttivo, deriva dal rischio che si possano creare delle disomogeneità di orientamenti fra i Collegi, che potrebbero non essere adeguatamente governate dal Collegio di coordinamento.

Per ovviare a questa problematica si è adottato, quindi, questo approccio che vedrebbe i singoli Collegi specializzarsi per materia: ciascuna sede dell'ABF potrebbe occuparsi, di un particolare filone contenzioso; diminuendo sia i tempi, sia l'insorgere di divergenze negli orientamenti⁸⁷.

11. L'istituto dell'Arbitro bancario finanziario nelle sue decisioni, emanate dai Collegi, si è occupato anche del risarcimento del danno.

Come già sottolineato nel paragrafo precedente, l'ABF ha una competenza per un valore esiguo, mentre *“sono escluse dalla cognizione dell'organo decidente le richieste di risarcimento dei danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione dell'intermediario”*⁸⁸.

⁸⁶ Si veda *Collegi territoriali* consultabile sul sito web dell'Arbitro Bancario Finanziario.

⁸⁷ Si veda il sito web della Banca d'Italia, *area vigilanza*.

⁸⁸ Si vedano le Disposizioni della Banca d'Italia, sezione I, par. 4, *ambito e applicazione oggettivo*.

Questa espressione trova una connessione con l'art. 1223 c.c. che disciplina il risarcimento del danno, configurandosi con effetto immediato e diretto di un illecito contrattuale o extracontrattuale, ove vi sussista un nesso di causalità tra atto ed evento; inoltre il risarcimento del danno deve comprendere, così, la perdita subita dal creditore come un mancato guadagno.

La dottrina e la giurisprudenza non sono giunti a una interpretazione letterale dell'art. 1223 c.c. ritenendo che gli Organi decidenti possono riconoscere il risarcimento del danno purché siano conseguenza mediata e indiretta in capo alle conseguenze naturali dell'adempimento o della violazione dell'intermediario.

L'istituto dell'ABF ha riconosciuto anche il risarcimento del danno non patrimoniale indipendentemente dalla sua responsabilità contrattuale o extracontrattuale.

In particolare, nelle Sezioni Unite della Cassazione si evidenzia che il fatto illecito può, non solo determinare una valenza economica a seguito di un inadempimento, ma anche il danno non patrimoniale in base alla quale si verifica una lesione di un diritto della persona, in cui la legge consente, espressamente, il ristoro della tipologia del danno.

Al contrario, l'arbitro bancario finanziario non riconosce il risarcimento del danno "esistenziale" in quanto "*non sono meritevoli di tutela risarcitoria, invocata a titolo di danno esistenziale, i pregiudizi consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie ed*

*ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale. Al di fuori dei casi determinati dalla legge ordinaria, solo la lesione di un diritto inviolabile della persona concretamente individuato è fonte di responsabilità risarcitoria non patrimoniale*⁸⁹.

In caso di un mancato guadagno, l'istituto dell'ABF ha stabilito che qualora il giudice non predisponga degli elementi per stimare il danno, può rivolgersi al criterio equitativo disciplinato dall'ex art. 1226 c.c.; il ricorrente dovrà avvalorare gli elementi che attestino il danno da perdita di chance, a patto che risulti fondato l'esistenza del danno risarcibile⁹⁰.

La giurisprudenza, inoltre riconosce il risarcimento del danno non patrimoniale anche nel caso in cui vi sia accertata la diffusione dei dati del debitore, che attesti la sua insolvenza o il suo inadempimento, che possa provocare “*discredito personale o commerciale*”; in questo caso il soggetto dovrà essere risarcito anche senza attestare la prova del danno subito⁹¹.

L'Arbitro bancario finanziario dinnanzi al risarcimento del danno non patrimoniale non effettua una distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale;

⁸⁹ Cassazione, Sezioni Unite, 11 Novembre 2008, n. 26972

⁹⁰ ABF Collegio di Milano, decisione del 16 Luglio 2010, n. 746, Preside L. Guastalla

⁹¹ ABF Collegio di Napoli, decisione del 21 Settembre 2010, n.985, Preside Auletta

infatti, se risulta essere violato un diritto della persona del creditore, dovrà essere risarcito nei limiti previsti dalle Sezioni Unite.

Infine, sono esclusi dalla competenza dell'Arbitro bancario finanziario i risarcimenti dei danni patrimoniali e dei danni non patrimoniali che hanno per oggetto del contratto beni materiali o servizi diversi da quelli bancari e finanziari.

12. Le trattative precontrattuali sono disciplinate dall'art. 1337 c.c. ove "*le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*". Questa formula si estende per tutti i rapporti obbligatori.

In particolare, in relazione al credito concesso ai consumatori l'art 124 T.U.B. definisce le trattative precontrattuali, in cui il finanziatore o l'intermediario del credito dovrà fornire al consumatore prima della stipola del contratto, le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, al fine di effettuare una scelta consapevole e informata in merito alla conclusione di un contratto di credito⁹².

⁹² Si vedano le Disposizione sulla trasparenza, Sezione VII, par. 4, *pubblicità e informazioni precontrattuali*, dove in questo documento viene effettuata una distinzione tra "*cliente*" e "*cliente al dettaglio*". Nel primo caso, il cliente è un qualsiasi soggetto, persona fisica o giuridica, che ha in essere un rapporto contrattuale o che intenda entrare in relazione con l'intermediario; nel secondo caso, invece, il cliente al dettaglio sono le persone fisiche che svolgono attività professionale o artigianale, gli enti senza finalità di lucro, le micro-imprese.

Assume una notevole importanza la fase dove vi è la volontà delle parti di concludere il rapporto, secondo buona fede e ad attenendosi alle regole sulla trasparenza.

L'attività dell'ABF assume rilievo per il conseguimento “obiettivi di efficienza e di competitività del sistema finanziario”, in quanto questi meccanismi di efficaci di risoluzione delle controversie “incentivano il rispetto dei principi di trasparenza e correttezza nelle relazioni con la clientela” migliorando, così, la fiducia tra le parti⁹³.

A seguito delle modifiche delle nuove Disposizioni della Banca d'Italia, nella Sezione I par. 3, il cliente è definito come il soggetto che ha un rapporto contrattuale o è entrato in relazione con un intermediario. In questa relazione rientrano le trattative precontrattuali, che possono dar luogo a controversie che riguardano il rispetto della trasparenza informativa, indipendentemente dalla stipula del contratto⁹⁴.

⁹³ Si vedano le nuove Disposizioni della Banca d'Italia, sezione I, par. 1, *premessa*.

⁹⁴ Si veda nota n. 2 delle nuove Disposizioni della Banca d'Italia, Sezione I, par. 3, *definizioni*.

13. Il procedimento dinnanzi all'Arbitro bancario finanziario può essere attivato con un atto introduttivo mediante un apposito modulo compilato dal cliente⁹⁵, inoltrando gli allegati, a supporto del procedimento, alla Banca d'Italia⁹⁶.

Non possono essere sottoposti alla disciplina dell'Arbitro bancario finanziario le “*controversie per le quali sia pendente un tentativo di conciliazione o di mediazione (ad esempio, decreto legislativo 4 marzo 2010, n 28) promosso dal ricorrente o al quale questi abbia aderito*”. Infine, non sono di competenza dell'ABF le controversie sottoposte all'autorità giudiziaria, ad eccezione dei ricorsi presentati entro i termini previsti dall'art. 5, comma 1, decreto legislativo del 4 Marzo 2010, n. 28⁹⁷, pena l'irricevibilità del ricorso.

Nelle Disposizioni della Banca d'Italia attuate il 18 Giugno 2009 vi sono state apportate delle modifiche, in quanto vi era la necessità di stabilire una connessione tra la disciplina del procedimento dell'art. 128bis T.U.B e la disciplina del procedimento di mediazione di cui al decreto legislativo del 4 Marzo 2010 n.28.

In seguito alle variazioni delle Disposizioni della Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 5 del d. lgs. n. 28/2010, ove il giudice rilevi entro la prima udienza che non sia stata

⁹⁵ Il modulo è disponibile dal sito Web dell'Arbitro bancario finanziario, oppure presso tutti i sportelli della Banca d'Italia

⁹⁶ Secondo le nuove Disposizioni della Banca d'Italia, Sezione VI, par. 1, *avvio del procedimento*, nella quale la modulistica può essere inviata direttamente alla segreteria tecnica del Collegio competente o a qualunque Filiale della Banca d'Italia, che lo inoltrerà a quest'ultima; oppure presentare la documentazione presso tutte le Filiali della Banca d'Italia aperte al pubblico.

⁹⁷ Si vedano le nuove disposizioni della Banca d'Italia, Sezione I, par. 4, *ambito di applicazione oggettivo*.

soddisfatta la condizioni di procedibilità del ricorso presentato, fissa un secondo termine ai fini della validità di tale processo; tale modifica renderà ricevibile il ricorso presentato dinanzi alla competenza dell'istituto.

L'Arbitro bancario finanziario è soggetto a una rigida preclusione: *“non possono essere [...] proposti ricorsi inerenti a controversie già sottoposte all'autorità giudiziaria”* di cui la Sezione I, par 4, delle nuove Disposizioni, dove si intende esaminare qualunque tipologia di azione presentate in data anteriore alla proposizione del ricorso innanzi all'ABF, rendendo quest'ultimo inammissibile, in quanto l'antecedente giudizio sia pendente al momento della proposizione del ricorso all'ABF o che esso si sia insuscettibile di una decisione in merito alla controversia⁹⁸.

Le nuove Disposizioni della Banca d'Italia al fine di limitare le controversie sottoposte alla competenza dell'organismo, hanno stabilito una connessione tra gli strumenti dell'ABF per la risoluzione delle controversie e i sistemi di tutela cui il cliente può ricorrere.

Rimanendo in ambito del processo civile, non sono sottoposte alla competenza dell'ABF le competenze per le quali sia pendente un procedimento di esecuzione forzata o di ingiunzione, con l'intento di non interferire tra la delibera emanata

⁹⁸ ABF Collegio di Milano, decisione del 17 Settembre 2010, n. 941, Presidente A. Gambaro

dall'ABF e l'opposizione al decreto ingiuntivo, che in tal caso è richiesto un provvedimento del giudice in merito alla materia⁹⁹.

Le diverse procedure stragiudiziali, assumono una natura eterogenea a seconda della disciplina dell'arbitrato o di conciliazione. Qualora la controversia delle parti sia pendente dinnanzi all'istituto dell'ABF o della conciliazione, il procedimento disciplinato dall'art. 128 bis T.U.B. può non essere attuato, ad eccezione che l'irricevibilità del ricorso non impedisca al cliente di riporre il ricorso.

Se, invece, tale procedimento viene avviato si ha l'estinzione o l'interruzione del procedimento dell'arbitrato.

In relazione alla controversia, qualora il ricorrente accerti che ha aderito a un tentativo di conciliazione o di mediazione, il Collegio dichiara l'interruzione del procedimento. Nel caso in cui il tentativo di conciliazione abbia un esito negativo, ai sensi dell'art. 5, comma 1, del d. lgs. 28/2010, il ricorso può essere proposto senza presentare un nuovo reclamo. In tal caso, le parti possono far rinvio alla documentazione già posta in essere alla procedura precedente. In realtà si dovrebbe parlare di sospensione e non di interruzione¹⁰⁰.

⁹⁹ Si vedano le nuove Disposizioni della Banca d'Italia, Sezione I, par. 4, *ambito di applicazione oggettivo*

¹⁰⁰ Cfr, G. LIACE, *l'arbitro bancario finanziario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, pp 83.

Le Disposizioni della Banca d'Italia unitamente all'art 128 bis T.U. bancario tutelano nella loro totalità il diritto irrinunciabile del cliente nel ricorrere all'ABF, in quanto nel caso in cui l'intermediario voglia rivolgersi alla conciliazione o alla mediazione occorre, da parte del cliente, il consenso per l'attivazione della procedura¹⁰¹.

Se l'intermediario decide di sottoporre la controversia, prima della decisione del Collegio, all'attenzione dell'autorità giudiziaria o all'ABF; la Segreteria tecnica dovrà interrogare il ricorrente circa le sue intenzioni alla prosecuzione del procedimento. Qualora non si ottenga un responso entro i trenta giorni, il Collegio dichiara l'estinzione del procedimento, in caso contrario il procedimento prosegue. Nel caso in cui la controversia sia di competenza dell'autorità giudiziaria, il giudice entro la prima udienza, dichiara l'estinzione del procedimento per il mancato esperimento della condizione di procedibilità di cui all'art. 5 del decreto legislativo 4 Marzo 2010 n.28.

L'intento è quello di eludere la possibilità che l'intermediario possa sottoporre la controversia dinanzi all'autorità giudiziaria o al giudizio arbitrale al fine di bloccare lo svolgimento della procedura dell'arbitro bancario finanziario¹⁰².

¹⁰¹ ABF, Collegio di Coordinamento, decisione del 16 Settembre 2016, n. 7966, Presidente Massera

¹⁰² Cfr, G. Liace, l'arbitro bancario finanziario, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, p. 84

In caso in cui il ricorrente rinunci al ricorso, il Collegio dichiara l'estinzione del procedimento.

Se le parti, invece, giungono a un accordo prima della delibera dell'arbitro, il Collegio ne dichiara la cessazione del procedimento¹⁰³.

14. Ai sensi del d. lgs. 28/2010 il procedimento dell'arbitro bancario finanziario costituisce, in alternativa al tentativo di mediazione, una condizione di procedibilità della domanda giudiziale attinente ai contratti bancari e finanziari¹⁰⁴.

A tal proposito, le Disposizioni della Banca d'Italia, Sezione I, par. 3, hanno dato una nozione di reclamo, ossia *“ogni atto con cui un cliente chiaramente identificabile contesta in forma scritta all'intermediario un suo comportamento anche omissivo”*. Nelle Disposizioni oggetto di studio, non vi è una disciplina dettagliata riguardo a tale aspetto; pertanto, il reclamo dovrà essere effettuato secondo le modalità previste per la trasparenza dei servizi bancari e finanziari.

Al fine di tutelare il rapporto tra cliente e intermediario, quest'ultimo dovrà adibire un ufficio o il responsabile per la gestione dei reclami, il quale attraverso la

¹⁰³ Cfr, G. Liace, *l'arbitro bancario finanziario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, pp 84 s, in cui nel caso di cessazione della domanda del contendente, in materia di servizi bancari e finanziari, le spese di assistenza professionale, richieste nel reclamo, non sono di norma dovute, e quindi la domanda posta non trova accoglimento; un'eccezione a questo principio è l'ipotesi in cui *“l'intervento del professionista sia stato reso necessario dal comportamento particolarmente e ingiustificabilmente ostile e ostruzionistico tenuto dall'intermediario resistente”*.

¹⁰⁴ Si vedano le Disposizioni della Banca d'Italia, Sezione I, par 1, *premessa*

consultazione dell'archivio elettronico, dovrà essere aggiornato in merito agli orientamenti seguiti dall'Organo giudicante. Inoltre, il responsabile dovrà valutare i reclami dei relativi orientamenti, verificando se la questione sottoposta dal cliente rientri in una fattispecie analoga a quelle già decise dai Collegi e vagliare le soluzioni adottate¹⁰⁵.

Il personale per la gestione dei reclami dovrà fornire un'interazione gratuita al cliente, ad eccezione delle spese previste per il mezzo di comunicazione scelto, il quale essi forniranno una risposta entro in trenta giorni dalla recensione del reclamo.

In merito a quest'attività si viene a creare una fase di negoziazione diretta tra il cliente e l'intermediario, la quale si possono verificare due situazioni.

Se l'intermediario ritiene infondato il reclamo, provvederà ad spiegare le ragioni del rigetto ed a illustrare le informazioni necessarie per rivolgersi a forme alternative di risoluzione delle controversie, come l'ABF. Invece, se il reclamo è ritenuto infondato, l'intermediario indica al cliente le iniziative che si impegna ad assumere ed i tempi di realizzazione della stessa. Ne consegue, che il cliente può presentare ricorso innanzi all'arbitro bancario finanziario se ritiene insoddisfacente

¹⁰⁵ Le nuove Disposizioni della Banca d'Italia, Sezione VI, par 1, *avvio al procedimento*

la risposta, oppure, se non si è ricevuto un responso entro i trenta giorni dalla ricezione del reclamo.

Un'ulteriore condizione di procedibilità riguarda il contenuto del ricorso, il quale deve avere per oggetto la stessa questione del reclamo e deve essere inviato entro i dodici mesi dalla presentazione del reclamo all'intermediario¹⁰⁶.

Decorso il termine dei dodici mesi dalla presentazione del reclamo, se il cliente non rispetta le condizioni di procedibilità non si preclude che esso possa ricorrere all'art 128bis T.U.B.

A seguito della procedibilità del procedimento si dovranno versare alla Banca d'Italia un contributo di euro 20 e al ricorso dovrà essere allegato l'attestazione del versamento, pena l'irricevibilità dello stesso¹⁰⁷.

15. Il procedimento dell'ABF è costituito da una fase preliminare e istruttoria e da una fase decisoria.

¹⁰⁶ Si vedano le Disposizioni della Banca d'Italia, Sezione VI, par 1, *avvio del procedimento*, dove "il cliente può richiedere nel ricorso il risarcimento del danno anche quando tale richiesta non sia stata formulata nel reclamo, qualora il danno lamentato sia conseguenza immediata e diretta della medesima condotta dell'intermediario segnalata nel reclamo". Inoltre, il ricorso del cliente può essere presentato da un'associazione di categoria di cui esso ne fa parte, dal rappresentate legale o da un soggetto munito di procura che può essere assegnata anche al momento del ricorso.

¹⁰⁷ Si vedano le nuove Disposizioni della Banca d'Italia, Sezione V, par 2, *contributo alle spese della procedura*.

Lo svolgimento del procedimento dell'ABF viene disciplinato dall'art 5 Delibera CICR del 29 Luglio 2008, n. 275 e in via esplicativa dalle Disposizioni della Banca d'Italia.

In seguito alle variazioni delle Disposizioni della Banca d'Italia del 12 Dicembre 2001, è stato stabilito che *“il ricorso all'ABF è preceduto da un reclamo preventivo all'intermediario”*¹⁰⁸. Merita una particolare attenzione la nota posta dalla Banca d'Italia riguardo a questa nozione, dove *“sono tuttavia ammissibili i ricorsi proposti in assenza di reclamo all'intermediario relativi a controversie pendenti davanti all'autorità giudiziaria per le quali il giudice abbia rilevato il mancato esperimento della condizione di procedibilità di cui all'art. 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28”*.

Come detto nel paragrafo precedente, prima di ricorrere all'istituto dell'Arbitro bancario finanziario, precede la fase di negoziazione diretta, dove il cliente e l'intermediario instaurano un dialogo per individuare una soluzione del reclamo prima di sottoporre la controversia alla competenza dell'ABF.

Il cliente propone il ricorso alla presente disciplina, il quale ne dà una tempestiva comunicazione all'intermediario. Qualora la comunicazione non venga effettuata, la segreteria tecnica che ha ricevuto il ricorso invia, tempestivamente, una copia della stessa all'intermediario. Entro i trenta giorni l'intermediario dovrà fornire alla

¹⁰⁸ Si vedano le nuove Disposizioni della Banca d'Italia, Sezione VI, par 1, *avvio del procedimento*

segreteria tecnica le controdeduzioni del reclamo, con annessa documentazione necessaria alla valutazione del ricorso¹⁰⁹.

Successivamente, la Segreteria tecnica invia una copia delle controdeduzioni al ricorrente.

Se l'intermediario ritarda o non presenta la documentazione richiesta, anche a seguito di eventuali richieste di integrazione da parte della segreteria tecnica, rendendo impossibile una pronuncia sul merito della controversia, *“l'organo decidente valuta la condotta dell'intermediario sotto il profilo della mancata cooperazione di quest'ultimo allo svolgimento della procedura”*¹¹⁰.

La segreteria tecnica, in seguito all'avvio del contraddittorio tra le parti, trasmette il ricorso al Presidente del Collegio, il quale esamina l'eventuale irricevibilità o inammissibilità del ricorso¹¹¹ dichiarandolo, così, inammissibile.

In particolare, se il Preside evidenzia delle irregolarità sanabili o una mancata completezza della documentazione proposta, fissa un termine per la regolarizzazione o per le integrazioni richieste e, infine, provvede a restituire il ricorso alla segreteria tecnica.

¹⁰⁹ Le nuove disposizioni della Banca d'Italia, Sezione VI, par 1, *avvio del procedimento*, dove qualora l'intermediario aderisca a un'associazione degli intermediari *“le controdeduzioni e la citata documentazione sono trasmesse, entro il medesimo termine di 30 giorni, alla predetta associazione, che entro 15 giorni dalla ricezione delle stesse provvede a inoltrarle alla segreteria tecnica”*. Le associazioni di categoria effettuano un controllo di completezza e regolarità della documentazione da presentare in una funzione di raccordo con la segreteria tecnica.

¹¹⁰ Le nuove Disposizioni della Banca d'Italia, Sezione VI, par 1, *avvio del procedimento*

¹¹¹ Si vedano le nuove Disposizioni della Banca d'Italia, Sezione VI, par 2, *svolgimento della procedura*, dove La manifesta irricevibilità o inammissibilità ricorre nei casi di palese incompletezza, irregolarità o intempestività del ricorso.

Accertata l'ammissibilità del ricorso, una volta depositati il ricorso e le controdeduzioni, il Collegio si pronuncia sul ricorso entro i 60 giorni, senza richiedere l'intervento delle parti.

Conclusa la fase preliminare, segue la fase istruttoria del ricorso curata dalla segreteria tecnica territorialmente competente, il quale svolge un'istruttoria preliminare diretta a valutare la sussistenza dei presupposti al fine di sottoporre il ricorso al Collegio.

La fase istruttoria è completamente documentale e, pertanto, non è ammesso l'interrogatorio formale da parte dei testimoni, ad eccezione delle deposizioni scritte delle testimonianze, secondo quanto previsto dall'art 257bis c.p.c. Questa norma prevista dal sistema di tutela dell'ABF non costituisce una nuova prova, ma solo una differente tecnica di formazione della prova.

I problemi che ne derivano da questa norma è l'attendibilità e la veridicità delle dichiarazioni sottese dal testimone, nonché la tempistica e l'economicità della procedura. Queste situazioni sono riscontrate di rado nella pratica dell'arbitro bancario finanziario perché si andrebbe a disattendere i principi del procedimento dell'istituto dell'ABF.

Nella fase di istruttoria, l'Organo decidente si appresta a valutare le prove documentali raccolte nella fase preliminare e, se necessario, può sollecitare un'integrazione della prova.

Conclusasi la fase preliminare e istruttoria vi è la fase decisoria.

La decisione sul ricorso viene assunta dal Collegio sulla base della documentazione raccolta nella fase di istruttoria, “*applicando le previsioni di legge e regolamentari in materia, nonché eventuali codici di condotta ai quali l’intermediario aderisca*¹¹²”.

La delibera del Collegio viene definita in base alla maggioranza dei voti entro i 60 giorni dal ricevimento delle controdeduzioni presso la Segreteria tecnica.

Con riferimento alle Disposizioni della Banca d’Italia, Sezione VI, par 2, il termine può essere sospeso, più volte per un periodo complessivo non superiore ai 60 giorni, dal Presidente del Collegio per chiedere ulteriori elementi alle parti.

La decisione adottata deve contenere: indicazione del Collegio, dei nomi dei suoi singoli componenti, delle parti e della loro qualificazione; luogo e data della delibera; la sottoscrizione del Presidente; indicazioni per favorire il rapporto tra l’intermediario e il cliente. Inoltre, la delibera deve contenere il dispositivo e una chiara esposizione dei motivi in fatto e in diritto della decisione¹¹³.

Tuttavia, il dispositivo e le motivazioni possono essere scissi tra loro, in quanto non trattandosi di un’udienza pubblica, il Presidente può disporre la lettura immediata del dispositivo alle parti, rinviando a un momento successivo la comunicazione

¹¹² Si vedano le Disposizioni della Banca d’Italia, Sezione VI, par 3, *decisione sul ricorso*

¹¹³ In riferimento all’art 11 del *regolamento per il funzionamento dell’Organo decidente dell’ABF*, consultabile liberamente sul sito Web dell’ABF

della motivazione. Quest'attività deve essere svolta non oltre i trenta giorni dalla Segreteria tecnica.

L'opportunità trova ragione nell'urgenza manifestata dal cliente di conoscere l'esito delle determinazioni dell'ABF nelle more dell'estensione della pronuncia¹¹⁴.

Se il Collegio accoglie in tutto o in parte il ricorso, fissa all'intermediario un termine entro il quale dovrà adempiere la pronuncia, che in mancanza, il limite temporale è fissato nei trenta giorni dalla comunicazione delle motivazioni.

Entro tale termine, l'intermediario dovrà comunicare alla segreteria tecnica quali azioni adotterà per adempiere alla decisione del Collegio¹¹⁵.

Invece, se l'intermediario risulta inadempiente, la Segreteria tecnica informa il Collegio e pubblica la notizia dell'inadempimento sul sito web dell'ABF e, a cura e spese dell'intermediario, in due quotidiani ad ampia diffusione nazionale¹¹⁶.

In questa fase la delibera del ricorso non può né essere messo in discussione dalle parti, né contare una pretesiva nei confronti del Collegio.

¹¹⁴ Si veda la relazione illustrativa del documento per la consultazione delle nuove disposizioni della Banca d'Italia, paragrafo 3.5

¹¹⁵ Le nuove Disposizioni della Banca d'Italia, Sezione VI, par 4, *pubblicità dell'inadempimento*. Gli intermediari che aderiscono alle associazioni possono effettuare adempiere all'obbligo anche per il tramite di esse.

¹¹⁶ Viene resa pubblica, altresì, la mancata cooperazione al funzionamento della procedura da parte dell'intermediario. Tra i casi di mancata cooperazione rientrano, ad esempio, l'omissione o il ritardo nell'invio della documentazione richiesta che abbiano reso impossibile una pronuncia sul merito della controversia, o il mancato versamento dei contributi previsti. Inoltre, nel caso in cui sia stata comunicata la sottoposizione della controversia all'Autorità giudiziaria, ne viene fatta menzione in sede di pubblicazione. Si vedano le nuove disposizioni della Banca d'Italia, Sezione VI, par 4, *pubblicità dell'inadempimento*.

In questa fase si evidenzia il ruolo ricoperto dalla Banca d'Italia, che obbliga indirettamente gli intermediari ad adempiere il giudizio espresso dall'Organo giudicante dell'ABF in conseguenza al mancato rispetto delle norme sulla trasparenza bancaria.

16. Le Disposizioni della Banca d'Italia, Sezione VII, par. 3, stabiliscono che tutti i termini sono sospesi dal 1° al 31 Agosto e dal 23 Dicembre al 6 Gennaio.

Questa formula va in contrapposizione con la legge N. 742 del 7 Ottobre 1969, che sancisce la sospensione dei termini processuali solo per il mese di Agosto.

Vi è una sostanziale differenza tra le disposizioni dell'istituto dell'ABF e le normative, *“in quanto per l'organismo stragiudiziale si parla di termini, senza alcuna qualificazione dei medesimi come processuali”*¹¹⁷.

In caso di improcedibilità del ricorso dovuto al mancato rispetto dei termini previsti dal reclamo è *“di natura solo temporanea”*, poiché è necessario distinguere due casi limite.

La prima ipotesi riguarda la mancata comunicazione del reclamo alla banca resistente, che comporta l'inammissibilità del ricorso; nella seconda ipotesi, invece, il reclamo viene preventivamente comunicato all'intermediario resistente, ma il

¹¹⁷ Cfr, G. Liace, *l'arbitro bancario finanziario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, p 85

ricorso sia stato presentato prima dei trenta giorni negando, così, la possibilità al soggetto reclamante di presentare la sua risposta.

In questo caso, l'improcedibilità del ricorso non va a compromettere dello stesso, ma sottintende che il procedimento di definizione della vertenza può essere avviato solo dopo che siano trascorsi i trenta giorni previsti per permettere all'intermediario di replicare il reclamo¹¹⁸.

17. L'arbitro bancario finanziario, a differenza della mediazione, non prevede la disciplina delle spese legali, in quanto non sono previste delle franchigie per il rimborso delle spese sostenute; ed inoltre, non è obbligatorio l'assistenza di un avvocato.

Nelle varie delibere dell'ABF è emerso che la liquidazione delle spese legali non segue il principio della soccombenza, ma il principio della casualità¹¹⁹. Le spese devono essere documentate per essere liquidate.

Le disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari non considerano le spese legali, e ciò risulta essere coerente alla natura alternativa del procedimento adottato.

Tuttavia, se la parte ricorrente nell'intero procedimento si sia servita dell'ausilio di un difensore sopportandone il costo, quest'ultimo può richiederne il rimborso,

¹¹⁸ ABF, Collegio di Coordinamento, decisione N. 6666 del 10 Ottobre 2014, Presidente G. Marziale

¹¹⁹ Cfr. G. Liace, *l'arbitro bancario finanziario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, p 71

qualora il ricorso venga accolto e si concluda con l'accertamento di un diritto risarcitorio¹²⁰.

L'arbitro bancario finanziario, nel procedere al rimborso delle spese legali documentate, deve tener conto del comportamento della parte resistente, della condanna subita dalla medesima e della complessità della controversia¹²¹.

Infine, resta esclusa dalla competenza dell'arbitro bancario finanziario, l'art 96 c.p.c., in quanto la richiesta di condanna per lite temeraria è esclusa dalla disciplina dell'ABF

¹²⁰ ABF Collegio di Coordinamento, decisione N. 3498 del 26 ottobre 2012.

¹²¹ ABF Collegio di Napoli, decisione N. 2845 del 14 aprile 2015.

CAPITOLO IV

VALORE DELLA DECISIONE

SOMMARIO: - 18. La natura della decisione. Il responso come lodo irrituale. Il responso dell'ABF e il d.lgs. 28/2010: le sembianze di un procedimento mediativo. Il responso come giudizio prognostico. Il responso come parere pro-veritate. Il responso come finalità specifico dilatoria. - 19. Il ruolo dell'ABF ai fini dell'attività di vigilanza. Le tre funzioni, dirette e indirette, svolte dall'ABF. Allargamento del campo di applicazione dell'ABF: condizioni contrattuali e rapporti con i clienti. ABF come strumento per garantire l'efficienza e la stabilità dei mercati concorrenziali. - 20. La revoca della decisione dell'ABF - La pregiudiziale penale.

18. In dottrina, la decisione emessa dall'arbitro bancario finanziario assume un diverso valore.

Il tribunale considera l'Arbitro bancario finanziario come un sistema alternativo di risoluzione delle controversie che si colloca nell'alveo dell'arbitrato, e più precisamente lo classifica nell'arbitrato irrituale.

Tuttavia, va evidenziato che le decisioni dell'ABF non hanno le caratteristiche proprie di un pronunciamento giurisdizionale, infatti essi non hanno una natura vincolante per le parti o una natura decisoria della controversia, in quanto tra le parti non vi è un obbligo di natura giuridica, e quindi avviabile dinanzi all'autorità giudiziaria¹²².

¹²² Cfr. A. Antonucci, ABF e accesso al giudizio di legittimità costituzionale, riv. Trim. dir. Econ., 2011, II, p. 132

La Corte Costituzionale non ammette che la struttura, la disciplina e le funzioni dell'ABF abbiano una natura decisoria delle controversie sopravvenute tra il cliente e l'intermediario dichiarando, così, l'inammissibilità della legittimità sollevata dal Collegio di Napoli¹²³.

I giudici delle leggi, nelle ordinanze si avvalgono della nozione di responso, lodo o decisione e non utilizzano la nozione di sentenza. Questa distinzione viene effettuata in merito alla scelta della volontà giudiziaria che definisce totalmente o parzialmente la materia oggetto del processo.

Inoltre, entrambe le parti possono ricorrere a ogni mezzo previsto dall'ordinamento per la cura dei propri diritti e interesse. Tuttavia, il tribunale respinge questa possibilità, dichiarando l'inammissibilità della domanda giudiziaria a seguito della procedura di fronte all'arbitro bancario finanziario.

Questa posizione assunta dal Tribunale non è condivisibile, in quanto le delibere dell'ABF sono esenti dell'efficacia del lodo secondo quanto previsto dall'art 824-bis c.p.c.

Vietare l'opportunità di ricorrere alla giustizia civile fa presumere l'esistenza di un arbitrato obbligatorio, che è incostituzionale¹²⁴. Inoltre, dalle decisioni dell'ABF

¹²³ Si veda ordinanza N. 218 della Corte Costituzionale del 4 Luglio 2011, Presidente A. Quaranta

¹²⁴ La costituzione assicura a ogni soggetto il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, perciò "il fondamento di qualsiasi arbitro è da rinvenire nella scelta libera delle parti: perché solo la scelta dei soggetti può abrogare l'art 102, comma 1, della Costituzione, e dunque la fonte dell'arbitrato non può ricercarsi in una legge ordinaria o, più solitamente, in una volontà autoritativa. Si veda Corte costituzionale sentenza n. 221 8 Giugno 2005; D. FERRETTI, *l'arbitrato e l'ADR nel settore bancario*, Padova, 2010, p. 1570

non ne deriva un diritto suscettibile di tutela dinanzi alla giurisdizione e neppure l'obbligo di adempiere da parte dell'intermediario. Ne consegue che qualora l'intermediario non adempì al lodo, il cliente non potrà far valere l'inadempimento di quest'ultimo¹²⁵.

Molti autori associano l'ABF all'arbitrato irrituale, in quanto il carattere vincolante del responso deriva dalla mutua volontà delle parti di rimettersi alla cognizione arbitrale¹²⁶.

Vietando qualsiasi efficacia alla decisione dell'arbitro bancario finanziario si va ad alterare l'obiettivo di questa disciplina, ossia quello di garantire la tutela dei diritti che emergono in un rapporto controverso. Quest'impostazione non è efficace, in

¹²⁵ Si veda S. Ruperto, *l'Arbitro bancario finanziario, questione giustizia*, 2010, p 332 dove il responso dell'ABF non ha le proprietà previste per il verbale di accordo della mediazione; tant'è che il responso dell'ABF è rapportabile ad un parere pro veritate che non è vincolante per le parti, né tanto meno per il giudice in un successivo o potenziale giudizio, in quanto l'inadempimento dell'intermediario comporta una sanzione di tipo reputazionale. A contrario di quanto sostenuto da F. Capriglione, *la giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR, Banca borsa Titoli di credito*, vol 63, n 63, 2010, p 269 s, il quale sostiene che in caso di accoglimento del ricorso, la decisione è vincolante per l'intermediario soltanto se accettata dal cliente.

¹²⁶ Cfr P. PACILEO, *la responsabilità bancaria. Uno studio comparatistico*, Giappichelli, Torino, 2013, p 239, nota 10, il quale afferma che "la decisione dell'arbitrato si basa sul T.U.B. che auspica il sistema di risoluzione dei conflitti tra banca e cliente volto alla tutela dei rispettivi diritti, nonché nella tendenza innovativa, conseguente alla riforma delle disposizioni generali dettate in materia di arbitrato, ricevutasi nel 2006, a cogliere quale essenza dell'arbitrato irrituale non più la conclusione di un nuovo contratto di contenuto sostanzialmente transattivo avente ad oggetto il precedente rapporto contrattuale controverso, bensì un pronunciamento su ragioni e torti delle parti con efficacia vincolante per questi ultimi, seppure con un'intensità diversa rispetto a quella del lodo rituale, ma pur sempre suscettibile di assumere, ove non impugnato, carattere di definitività". Inoltre, si veda E. QUADRI, *l'arbitro bancario finanziario*, in *nuova giur. Civ. comm.*, 2010, p. 318, il quale si ritiene che la decisione non sia solo conforme a una sentenza o a un lodo arbitrale, ma che esprima un valore tale da risultare veramente difficile considerarla non vincolante per gli intermediari.

quanto “*l’effettività della tutela dei diritti controversi non è tipica dei soli sistemi decisori, ma rappresenta il portato di regole procedurali uniformi*”¹²⁷.

La delibera n. 275 del 29 luglio 2008 recita che l’economicità, la rapidità e l’effettività dell’arbitrato sono garantite da regole procedurali uniformi; ciò prova che l’effettività non rappresenta un rinforzo specifico della vincolatività della decisione.

In realtà non vi è una partecipazione volontaria tra le parti, in quanto in capo all’intermediario grava l’obbligo di aderire all’arbitrato una volta che il cliente abbia attivato la procedura per tale sistema.

La decisione emessa dal collegio assume un carattere non vincolabile per le parti, in quanto vi è la possibilità di far ricorso all’autorità giudiziaria; dunque, secondo l’arbitrato irrituale non vi è una risoluzione della controversia attraverso una determinazione contrattuale, visto che la stessa rimane impregiudicata nei rapporti cliente/intermediario¹²⁸.

A tal proposito l’art 6, comma 8 della delibera C.I.C.R. n. 275 del 29 Luglio 2008 e le disposizioni della Banca d’Italia affermano che le parti della controversia

¹²⁷ Si veda V. SANGIOVANNI, *Arbitro bancario finanziario: regole processuali e poteri decisori*, liberamente consultabile nel sito Web Altalex, 2013

¹²⁸ L’azione giudiziaria non deve annullare quanto previsto tra le parti, ma alle decisioni dell’arbitro bancario finanziario deve essere conferita “*una funzione precipua, che è quella di strumento di prevenzione dei rischi collegati ai contratti di massa*”. Si veda G. TAVORMINA, *l’arbitro bancario finanziario*, in Corr. Giur., 2011, p 1028

possono rivolgersi alla giustizia ordinaria e a ogni mezzo disciplinato dall'ordinamento per la tutela dei propri interessi e dei propri diritti.

L'arbitrato irrituale se da una parte permette di innalzare la disciplina dell'istituto in via esclusivamente contrattuale, dall'altra parte l'introduzione dell'art 808-ter c.p.c. attribuisce il potere agli arbitri di risolvere la controversia attraverso un contratto e quindi un atto di natura processuale.

Inoltre, un ulteriore fattore non considerato regolarmente “dal giudicante è la possibilità riconosciuta all'intermediario di adempiere alla decisione dell'ABF al solo fine di evitare la sanzione reputazionale, e successivamente far valere le proprie ragioni in giudizio, anche senza un'espressa riserva di ricorso al giudice all'atto dell'adempimento. L'adempimento dell'intermediario non rappresenta una condotta incompatibile con la volontà di ricorrere al giudice ordinario”¹²⁹.

In dottrina, la natura giuridica dell'ABF è stata oggetto di una profonda discussione e, quindi, anche del procedimento che caratterizza la disciplina stessa.

La dottrina valuta la disciplina dell'ABF a seconda dei connotati che può assumere; in particolare, essa può presentarsi come un procedimento conciliativo, volto a unire le due parti; può assumere le sembianze di un procedimento mediativo, dove un terzo soggetto imparziale suggerisce una soluzione; ed infine, può essere

¹²⁹ Si veda V. SANGIOVANNI, *Arbitro bancario finanziario: regole processuali e poteri decisori*, liberamente consultabile nel sito Web Altalex, 2013

considerato come un procedimento arbitrale, in quanto la decisione è espressa dal soggetto terzo. Tali inclinazioni fanno parte al *genus* dei sistemi adr¹³⁰.

L'art. 5 del d.lgs. 28/2010 disciplina le condizioni di procedibilità e rapporti con il processo di mediazione, che rappresenta una linea di confine con lo strumento dell'ABF, in quanto queste discipline si differenziano per struttura, effetti e campo di applicazione.

L'ex art 128-bis T.U.B. segue una finalità conciliativa deflattiva della controversia civile, ma ciò non è sufficiente per condurlo a un processo di mediazione e/o conciliazione. Infatti, in questi procedimenti, le parti possono giungere a un accordo, oppure possono attenersi all'accordo preposto dal soggetto terzo, mediatore, senza svolgere un'attività decisoria.

Nella procedura disciplinata dall'ex art 128-bis T.U.B. la mediazione può essere volto a facilitare il rapporto tra le parti, ma non ha lo scopo di pervenire a un accordo¹³¹; quindi, l'organo decide secondo diritto e le parti possono optare: se attenersi all'accordo proposto dal collegio e quindi giungere alla soluzione della controversia, oppure se rivolgersi all'autorità giudiziaria o all'arbitro.

Tra la mediazione e l'arbitro bancario finanziario non esiste un'alternatività.

¹³⁰ Si veda SEPE, *brevi note sulla natura delle decisioni dell'ABF*, in abf e supervisione bancaria, Cedam, 2011, p. 120

¹³¹ Si vedano le Disposizioni della Banca d'Italia, sezione VI, par 3, *decisione sul ricorso*.

Basti pensare alla legittimazione ad agire¹³², in quanto la procedura dell'arbitrato può essere attivato solo dal cliente, ma non dall'intermediato, il quale qualora intenda sostenere un'azione legale nei confronti del cliente potrà ricorrere solo alla mediazione secondo quanto disciplinato dal decreto legislativo 28/2010.

Un'ulteriore linea di confine che contraddistingue queste due discipline è il campo di applicazione. In particolare, nella mediazione vengono trattate controversie in ambito civile e commerciale, mentre all'arbitro bancario finanziario possono essere sottoposte controversie in materia bancaria e finanziaria per un valore non superiore a 100 mila euro dove, solo una volta soddisfatta questa condizione, il cliente potrà richiedere una somma di denaro a titolo risarcitorio.

Anche l'effetto dell'atto introduttivo al procedimento delle due discipline sottolinea la diversità tra la mediazione e l'arbitrato. Ai sensi dell'art. 5 comma 6 del d.lgs. 28/2010, la domanda di mediazione, dal momento della comunicazione alle parti, produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale¹³³; mentre la normativa che regola il procedimento dell'ABF non presagisce questi effetti.

¹³² Si veda art. 2 del decreto legislativo N. 28 4 Marzo 2010, il quale *“chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto. Il presente decreto non preclude le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali, ne' le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi”*.

¹³³ Inoltre, *“dalla stessa data della comunicazione alla parti, la domanda di mediazione impedisce la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere presentata entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'articolo 11 presso la segreteria dell'organismo”*. Si veda art 5, comma 6 del decreto legislativo N.28 4 marzo 2010.

La mediazione e l'arbitrato si differenziano altresì per la durata del procedimento, in quanto la prima ha un periodo di validità di 90 giorni, mentre il tempo previsto per l'arbitro bancario finanziario è di 270 giorni.

Il d.lgs. negli art. 11 e 12 disciplina l'atto risolutivo del conflitto, in quanto una volta giunti a un accordo, il mediatore redige un verbale riguardo al processo svolto dove vi è allegato, anche l'accordo stipulato. Ne consegue, che se l'accordo non è conforme a norme imperative o norme di ordine pubblico, si ha l'approvazione su istanza da parte del presidente del tribunale. L'accordo sostenuto dalle parti e dall'avvocato costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'attuazione degli obblighi e anche l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Invece, il procedimento dell'arbitro bancario finanziario si conclude con una decisione, emessa dall'organo, che racchiude indicazioni atte alla risoluzione delle controversie.

In dottrina, la decisione emessa dall'arbitro bancario finanziario, pur essendo presa secondo diritto, non costituisce un provvedimento giurisdizionale¹³⁴, ossia non è vincolante per gli intermediari coinvolti e non costituisce carattere decisorio della controversia. L'inadempienza della decisione dell'ABF è tutelabile dinanzi all'autorità giudiziaria, ma tale decisione, comunque non modifica la situazione

¹³⁴ Si veda Corte Costituzionale, ordinanza 218/2011; presidente QUARANTA, *giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*

giuridica soggettiva delle parti¹³⁵, questo però fa emergere un problema di tutela effettiva qualora essa viene fatta dipendere dalla vincolatività della decisione.

Anche le raccomandazioni 98/257/CE e 310/2001/CE non prescrivono la vincolatività delle decisioni applicabili dagli organi extragiudiziali, ma decretano che le controversie dovranno essere risolte con l'ausilio di un soggetto terzo imparziale, che suggerisce e/o obbliga alle parti di giungere a una soluzione.

Numerose sono le argomentazioni in merito alla natura della procedura dell'ABF.

A tal proposito Consolo associa l'arbitro bancario finanziario all'Early Neutral Evaluation, ENE¹³⁶, il quale ritiene che la procedura che si attiva dinanzi a questo istituto non sia volto a risolvere le controversie, ma a prevenire la sua manifestazione.

Lo stesso Consolo sostiene che tale istituto è atto a mettere in essere un prospetto alle parti riguardo all'esito che potrebbe assumere il giudizio e, quindi, eludere il suo processo.

¹³⁵ Secondo il comunicato del 26 ottobre 2010 la Banca d'Italia innalza un chiarimento riguardo alla disciplina dell'arbitro bancario finanziario, in quanto le parti possono valersi dell'autorità giudiziaria e a ogni mezzo previsto dall'ordinamento per la potestà dei propri diritti e interessi. Infatti, le decisioni emesse dall'ABF non incidono sulle situazioni giuridiche dei clienti e degli intermediari.

¹³⁶ L'Early Neutral Evaluation, ENE, è un istituto dove le parti coinvolte nella causa presentano il problema a un terzo soggetto, il valutatore neutrale, il quale effettua una valutazione neutrale e anticipata del caso. Tale analisi viene effettuata approfondendo la validità della domanda mediante una valutazione prognostica dell'esistenza del diritto, che poi sarà oggetto di giudizio. Questa valutazione permette alle parti di stimare i costi e i benefici che ne derivano con l'avanzamento del giudizio.

Gli intermediari che aderiscono volontariamente a questo sistema ottengono dei benefici, come la riduzione dei rischi legali, il quale presuppone che l'intermediario stesso dovrà fornire, nel suo bilancio, una quota disponibile per sostenere i contenziosi che possono emergere.

Gli intermediari che aderiscono all'arbitro bancario finanziario adempiono nella maggior parte dei casi perché su di esse grava il rischio reputazionale. La loro inadempienza viene resa pubblica che comporta a un costo significativo, come la perdita della clientela attuale e potenziale, rispetto alla loro reputazione.

Qualora il cliente decida di ricorrere all'autorità giudiziaria per eventuale inadempienza dell'intermediario o perché non si ritiene del tutto soddisfatto della decisione dell'ABF, secondo Consolo il ricorrente può, pubblicamente, contemplare la decisione emessa dal collegio come una decisione autorevole.

Quindi, la decisione come giudizio prognostico, se accettata dalle parti, elude le controversie che possono emergere e, pertanto, diminuire i ricorsi presentati dinanzi alla giurisdizione¹³⁷.

Consolo sostiene che quando la sentenza e la decisione dell'ABF coincidono tra loro, ossia hanno lo stesso responso, il giudizio prognostico varato dal Collegio ha la stessa valenza del giudizio civile.

¹³⁷ Si veda ordinanza N. 218 della Corte Costituzionale 21 luglio 2011

Quando questo si verifica, il giudice non ammette la ripetizione delle spese sostenute dal ricorrente, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e il rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo¹³⁸.

In questa prospettiva, la decisione espressa dall'arbitro bancario finanziario è privo di poteri decisorio e non causa effetti riferiti alla sfera giuridica delle parti coinvolti nella controversia. Inoltre, la decisione dell'ABF non implica neppure i caratteri tipici del provvedimento amministrativo, ma essa assume gli effetti di una sanzione reputazionale, assunta dalla Banca d'Italia nell'esercizio della sua attività di vigilanza e controllo dell'attività bancaria.

Quindi, a tal proposito la decisione dell'ABF assume i caratteri di un parere *pro veritate* essendo l'organo giudicante eletto dalla Banca d'Italia, con l'onere di pronunciare una valutazione della controversia in atto¹³⁹.

Come detto precedentemente, l'adesione al sistema è una prerogativa che l'intermediario deve possedere per poter svolgere l'attività bancaria.

¹³⁸ Qualora il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della decisione emessa dall'ABF, *“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. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente”*. Si veda art. 13 del d.lgs. 28/2010

¹³⁹ Si veda S. RUPERTO, *l'arbitro bancario finanziario*, Banca borsa tit. cred. 2010, 03, 325

Non vi è una relazione tra l'adesione al sistema da parte dell'intermediario e l'adesione al ricorso da parte del cliente, in quanto la decisione dell'organo decidente non risolve la controversia tra banca e cliente, potendola entrambi deferire la medesima o giudici o arbitri, o definirla a una conciliazione extragiudiziale.

L'inadempimento da parte dell'intermediario non ha nessun effetto giuridico, ma su esso grava una sanzione reputazionale.

Il prof S. Ruperto nell'elaborato sopracitato, afferma che la natura della decisione può essere interpretata solo se si esamina la procedura dell'arbitro bancario finanziario. In particolare, si rinviene che le parti non hanno alcun rapporto con l'organo giudicante, che emette la decisione, ma il cliente e l'intermediario avviano una relazione con la Banca d'Italia per quanto attiene la trattazione di determinati contenziosi sorte tra loro.

L'intermediario che aderisce al sistema, non attribuisce alla Banca d'Italia l'onere di ottenere la decisione dell'organo decidente e, quindi, gestire la controversia; ma legittima l'Autorità di vigilanza, mediante la partecipazione all'istituto, ad applicare la sanzione in caso di inadempienza o inesecuzione del responso emanato dall'organo decidente conforme alla regolamentazione in vigore.

Si tratta di un'autorizzazione o di un consenso "avente diritto" prettamente giuridica. Questo consenso viene comunicato tramite l'adesione, la quale impedisce

alla Banca d'Italia di qualificare come fatto illecito il provvedimento di pubblicazione della notizia dell'inadempimento¹⁴⁰.

L'intermediario può revocare in qualsiasi momento la sua autorizzazione, ma tale deroga andrebbe ad eludere il requisito primario previsto dalla legislazione per lo svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria.

Quindi, in questa prospettiva, la decisione emanata dall'istituto ha una natura *pro veritate*. La Banca d'Italia, sulla base di un contratto d'opera intellettuale, delega l'organo a formulare una decisione, di diritto, per la risoluzione della controversia, dove l'Autorità di vigilanza, in caso di inadempienza dell'intermediario, in corrispondenza di questa decisione autorevole *pro veritate*, è legittimata ad applicare una sanzione reputazionale.

Il responso dell'ABF non ha effetti giuridici. Esso non costituisce, non cambia e non annulla il rapporto tra il cliente e l'intermediario; inoltre, la decisione non può comprendere una sanzione e non può essere vagliata dal giudice per spiegare la sua sentenza o valerla come prova.

Se il ricorso viene accolto e l'intermediario ne somministra l'attuazione, vuol dire che vi è il riconoscimento della richiesta, fatta valere in sede di reclamo, da parte del cliente. Ne consegue, che quest'ultimo deve accogliere la prestazione dell'intermediario in funzione della decisione emessa dall'ABF; dove, così facendo

¹⁴⁰ In questo caso, l'atto della pubblicazione diviene un atto *iure*, ossia improduttivo di un danno risarcibile. Si veda S. RUPERTO, *l'arbitro bancario finanziario*, Banca borsa tit. cred. 2010, 03, 325

si avrebbe un atto transattivo del contenzioso. Tale atto può essere fatto valere, anche in giudizio ordinario, come *exceptio rei transactae*¹⁴¹ qualora una delle due parti decida di rivolgersi all'autorità giudiziaria.

Se l'intermediario soddisfa il contenuto della decisione, la prestazione non può essere replicato; se, invece l'intermediario, una volta accettata la decisione, non si uniforma ad essa, allora quest'ultima può istituire oggetto di un giudizio di accertamento e diventare coercibile.

Un'altra tematica importante è formulata dall'autore Auletta, il quale afferma che la delibera espressa dall'ABF è “*un parere sopra i rapporti in atto tra l'intermediario bancario-finanziario e il cliente, una dichiarazione di giudizio relativa e successiva ad accertamenti tecnici complessi*”¹⁴².

L'autore indaga sulla natura e sulla duplicità del rapporto che si innalza in seguito alle controversie.

In particolare, dinanzi all'arbitro bancario finanziario si instaura un rapporto privatistico tra i clienti e gli intermediari, che però si sovrappone al rapporto tra la Banca d'Italia e gli intermediari in ambito bancario e finanziario.

L'art 5 del T.U.B. disciplina le finalità e le funzioni di vigilanza della Banca d'Italia.

¹⁴¹ Eccezione di giudicato, ossia opponibile nei confronti di chi propone la domanda giudiziale in vista di un rapporto contenzioso posto già in giudizio.

¹⁴² Si veda Auletta, *Arbitro bancario finanziario e risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Le società* 2011, p. 87

Nel primo comma del medesimo articolo si afferma che le Autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza ad essi conferiti, secondo una sana e prudente gestione dei soggetti vigilati volti alla stabilità, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario, nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia.

Le funzioni di vigilanza contemplano anche l'osservanza delle norme per quanto attiene la trasparenza nelle condizioni contrattuali, atte a curare i rapporti con la clientela.

Vista la funzione pubblica della funzione di vigilanza, l'art 4, comma 3 del T.U.B. disciplina il procedimento amministrativo, da parte di un'Autorità amministrativa indipendente. A tale procedura si applicano le disposizioni della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Il cliente che attiva il procedimento dinanzi all'arbitro bancario finanziario, sollecita l'esercizio del potere di vigilanza della Banca d'Italia, che ha il compito di provvedere al ricorso, in seguito a una cattiva condotta da parte dell'intermediario. Una volta accolto il ricorso e quindi provata l'inosservanza dell'intermediario, si apre la fase istruttoria della procedura innanzi all'ABF, che termina con una decisione emessa dall'organo decidente, relativo alla controversia tra intermediario e cliente.

Se non si verifica quanto disposto, la Segreteria tecnica avvisa il collegio, il quale svolge un'attività valutativa, accertandosi che la condotta sia conforme alla pronuncia adottata.

Se l'inadempimento dell'intermediario è stato accertato, la Banca d'Italia effettua una valutazione dello stesso, per stabilire se applicare la sanzione reputazionale.

Quindi, la legittimità della sanzione è volta a un corretto esercizio della Banca d'Italia del suo potere di vigilanza.

La procedura dell'arbitro bancario finanziario è da contemplare in un procedimento amministrativo più ampio, che svolge una funzione specificativo dilatoria, in quanto il potere di vigilanza della Banca d'Italia potrebbe svolgersi anche in mancanza del ricorso all'ABF, permettendo all'intermediario di conformarsi alla delibera emessa dal collegio, e quindi evitare l'intervento della Banca d'Italia.

Inoltre, la funzione di vigilanza della Banca d'Italia ha anche un effetto costitutivo, in quanto si accerta che l'intermediario si sia allineato alla delibera dell'arbitro bancario finanziario e, se necessario, ne attribuisce la sanzione reputazionale.

Lo stesso Auletta afferma che, se di ricorre a un giudizio ordinario, l'atto costituisce una "allegazione difensiva", ossia la parte interessata può richiederne la valutazione dal giudice, o valerla come prova scritta¹⁴³.

¹⁴³ AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *le società* 2011/1

La delibera emessa dall'arbitro bancario finanziario non ha effetti giuridici nei confronti delle parti coinvolti nella controversia; pertanto, essi non possono contrariarsi all'atto rivolgersi alla giurisdizione, né l'intermediario è obbligato ad adempiere alla decisione del Collegio né il cliente potrà richiederlo.

È ammissibile il ricorso all'autorità giudiziaria, solo, quando la Banca d'Italia ha vagliato la sanzione reputazionale in capo all'intermediario. Quest'ultimo può richiedere la revoca del provvedimento applicativo della sanzione e, quindi, le misure cautelari atte a garantire gli effetti della decisione finale.

Il cliente può rivolgersi al giudice amministrativo quando il collegio dell'arbitro bancario finanziario si sia espresso favorevole al ricorrente, ma la Banca d'Italia non ha adottato la sanzione reputazionale.

Resta irrinunciabile il potere delle parti, coinvolti nel rapporto tra intermediario cliente e Banca d'Italia, di rivolgersi alla giustizia ordinaria e far valere dinanzi all'autorità la richiesta sottoposta alla competenza dell'arbitro bancario finanziario.

19. L'art. 128-bis T.U.B. è stato introdotto dall'ordinamento giuridico dall'art. 29 della legge n. 262 del 28 dicembre 2005, che ha segnato il passaggio da un sistema di gestione delle controversie in materia bancario finanziario, a un sistema etero regolamentato.

L'art. 128-bis T.U.B. non regola la disciplina dell'organo e della procedura, ma definisce gli intermediari che possono aderire al sistema stragiudiziale di risoluzione delle controversie.

Analizzando la normativa dell'arbitro bancario finanziario si evidenziano una molteplicità di funzioni che sono state attribuite all'istituto.

La dottrina individua tre funzioni svolte dall'arbitro bancario finanziario.

La prima funzione, è una funzione diretta a formulare una decisione, secondo diritto, per la risoluzione delle controversie che emergono tra i clienti ed intermediari; la seconda funzione è stata definita "sistemica di decantazione e ricomposizione" del rapporto che coinvolgono le due parti; la terza funzione, invece, è indiretta, ossia finalizzata alla funzione di vigilanza.

Le funzioni sopracitate, sono atte a tutelare interessi pubblici¹⁴⁴, in quanto si va a salvaguardare la parte più debole, ossia il cliente. Questa forma di protezione si realizza mediante le decisioni emanate dall'ABF, dove gli intermediari sono tenuti a conformarsi a quest'ultima.

Se l'ente creditizio non si attiene a comportamenti corretti, si verifica una disfunzione del sistema, sulle quali si focalizzerà l'attenzione della Banca d'Italia, che provvederà a tutelare la parte più debole eliminando le asimmetrie informative

¹⁴⁴ AMOROSINO, *Profili pubblicitici e funzioni di interesse pubblico dell'ABF, in ABF e supervisione bancaria*, Cedam, 2011;

garantendo, così, un rapporto più equo e trasparente con gli intermediari, che contribuisce a realizzare un mercato efficiente, competitivo e stabile.

Lo scopo dell'arbitro bancario finanziario, demandato dall'Autorità creditizia, è quello di esercitare una funzione di vigilanza nei confronti degli intermediari, per quanto attiene alla trasparenza delle condizioni contrattuali nei rapporti con la clientela¹⁴⁵.

La delibera CICR non è stata introdotta solo per attuare l'art 128-bis T.U.B., sulla base dell'art. 53 T.U.B. e gli arti 107 comma 2, art. 114 quater, allora vigenti, dove la delibera nel preambolo recita che *“l'adesione degli intermediari ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie è un utile strumento per migliorare i rapporti con la clientela e la fiducia del pubblico nei prestatori dei servizi bancari e finanziari, con effetti positivi anche sul piano del contenimento dei rischi legali e reputazionali”*, quindi la disciplina dell'arbitro bancario finanziario non era visto solo come uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie.

Nella premessa delle Disposizioni della Banca d'Italia si dichiara che *“i sistemi di risoluzione stragiudiziale assumono rilievo per le finalità di vigilanza e più in generale per l'efficienza del sistema finanziario”* inoltre *“meccanismi efficaci di risoluzione delle controversie incentivano il rispetto dei principi di trasparenza e correttezza nelle relazioni con la clientela tutto ciò a beneficio delle relazioni banca*

¹⁴⁵ FINOCCHIARO, *L'arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e vigilanza*, Giuffrè, 2012;

e cliente nonché della stabilità degli intermediari e del sistema finanziario nel suo complesso”.

Ai fini della vigilanza nella normativa regolamentare, è possibile stabilire una connessione tra i sistemi alternativi di risoluzione delle controversie e le sue funzionalità, senza escludere l’ampliamento delle finalità della vigilanza bancaria come disciplinato dall’art. 5 T.U.B. e art. 127 T.U.B.

Ne consegue, che con le modifiche sottoposte art. 127 T.U.B. si è ampliato il campo di applicazione della disciplina. In particolare il d.lgs. n.141 del 13 agosto 2010, comma 1, statuisce che gli intermediari oltre a esercitare i poteri previsti dal Titolo VI, devono attenersi anche alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con i clienti.

Con la modifica si è resa nota la riconducibilità dell’area di vigilanza, del rispetto della normativa in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali e correttezza nei rapporti con i clienti, predisponendo l’organismo dell’ABF come supervisore di tale normativa, mediante l’attuazione dei suoi interventi.

Visto che la normativa è stata pronunciata per tutelare il cliente, la parte debole del rapporto contrattuale; si potrebbe pensare che tale normativa si attua a definire il rapporto tra intermediario e cliente, quindi un rapporto privatistico; ma in realtà, la

direttiva costituisce uno strumento valido per garantire l'efficienza e la stabilità dei mercati concorrenziali.

La pluralità delle decisioni emesse, secondo diritto, dall'arbitro bancario finanziario hanno evidenziato, da parte degli intermediari, comportamenti non conformi alla normativa che causano disfunzioni del sistema, per il quale è doveroso l'intervento dell'Autorità di vigilanza.

Qualora il sistema alternativo di risoluzione delle controversie funzioni bene, l'arbitro bancario finanziario, mediante le sue decisioni, dovrebbe indirizzare la condotta degli intermediari ad attenersi a comportamenti validi evitando così, il ricorso in giudizio e quindi eludere le sanzioni legali e reputazionali che esso comporta.

L'attività dell'arbitro bancario finanziario a quella di vigilanza, consentono di parlare di *complementarietà ad esterno*, ossia esse collaborano con l'attività della Banca d'Italia volte a correggere comportamenti non conformi al diritto, che possono causare delle conseguenze del sistema.

20. L'art 395 c.p.c. disciplina le sentenze revocabili e i motivi per la quale è possibile ricorrere a questo strumento di impugnazione, definita come un'impugnazione limitata a critica vincolata¹⁴⁶.

¹⁴⁶ G. LIACE, *l'arbitro bancario finanziario*, G. Giappichelli Editore, 2018, p. 129

I motivi della revocazioni sono riconducibili a errori di giudizio sulla validità della domanda e sulla natura viziata della decisione.

Il testo dell'art. 395 c.p.c. è rigoroso, ossia non sono ammesse altre eventualità da quelle espressamente previste dalla normativa.

Nei comma 1, 2, 3, e 6 della sopraccitata norma si applicano i termini di revocazione straordinaria, ossia possono essere validi anche dopo il giudizio formale della sentenza; mentre, per il comma 4 e 5 il termine di revocazione è ordinaria, ossia li stessi termini temporali previsti per le impugnazioni ordinarie.

In determinati casi, è anche prevista la revoca della sentenza da parte del pubblico ministero, che costituisce una soluzione processuale ed attuabile.

È opportuno ricordare che, in linea generale, la procedura che rappresenta una soluzione non è concessa una funzione giurisdizionale o paragiudiziale, perciò non è applicabile un rimedio processuale.

Tuttavia, la delibera emessa dal collegio non è vincolabile e non produce effetti giuridici per le parti, quindi non si capisce la logica della revoca del responso.

L'art 395 c.p.c. pone l'accento sulla sentenza, quindi la sanzione influisce sui diritti del cliente e dell'intermediario coinvolti nel processo.

Secondo le Disposizioni della Banca d'Italia se l'intermediario è inadempiente e nei casi incerti, la Segreteria tecnica informa il Collegio”.

In questo caso, la procedura si suddivide in due fasi. La prima fase è quella decisoria e, successivamente, qualora fosse necessario dalla fase valutativa, dove il Collegio

formula un giudizio riguardo al comportamento assunto dall'intermediario in seguito alla decisione emanata dall'arbitro bancario finanziario. Il responso emesso in questa fase non può essere contestata.

Il cliente che ricorre all'ABF attiva, seppur indirettamente, una procedura di vigilanza della Banca d'Italia. Si discende, che la vincolatività della decisione emessa dal collegio, per l'Autorità indipendente non riguardano i fatti viziati, ma il contenuto del responso dell'arbitro bancario finanziario. Solo in questo caso la Banca d'Italia può non adottare la decisione e non applicare la sanzione che grava sull'intermediario, *“altrimenti potrebbe incorrere in un eccesso di potere tale da rendere annullabile la sanzione innanzi al giudice amministrativo”*¹⁴⁷.

In seguito all'emanazione della decisione da parte dell'arbitro bancario finanziario, vi è una fase discrezionale, dove la Banca d'Italia valuta se il comportamento tenuto dall'intermediario è coerente con il responso dell'istituto o se, in caso di inosservanza della disciplina, l'Autorità deve attuare una sanzione.

Quindi, il “parere” dell'arbitro bancario finanziario segna la fine della fase decisoria, ma non è detto che segni anche la fine del procedimento di vigilanza.

L'ABF, su delega della Banca d'Italia, svolge in completa autonomia le proprie funzioni, sostenute dalla segreteria tecnica che ne verifica la validità della

¹⁴⁷ G. LIACE, *l'arbitro bancario finanziario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, p 130

documentazione presentata richiedendo, se necessario, eventuali integrazioni a supporto della stessa.

Questa funzione svolta dalla segretaria tecnica è riconducibile a un controllo formale di ammissibilità e ricevibilità del ricorso, in quanto ad essa non è consentito fare delle considerazioni per quanto attiene la controversia.

21. Ai sensi dell'art 81 c.p.c., se non si è agito in primo grado il giudice, che attesti l'inosservanza dei requisiti, può rigettare la richiesta anche in udienza preliminare.

Se le scadenze previste dall'arbitro bancario finanziario sono state rispettate, *“l'impedimento alla presentazione del ricorso derivante dalla pendenza del procedimento in sede penale verrebbe meno”*¹⁴⁸.

Se, invece, la procedura penale è stata attivata dall'imputato e/o dal pubblico ministero, allora viene approvata la decisione emessa dall'arbitro bancario finanziario. Nel caso in cui si giunga a un patteggiamento, allora, il risarcimento del danno è ammesso anche dinanzi all'arbitro bancario finanziario, anche se vi è stata una costituzione di parte civile¹⁴⁹.

¹⁴⁸ G. LIACE, *l'arbitro bancario finanziario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, p 132

¹⁴⁹ Al contempo, se un giudizio civile di accertamento termina con un giudicato, un'ulteriore domanda per l'adempimento dell'obbligazione accertata può essere ammessa dinanzi all'ABF. Si veda G. LIACE, *l'arbitro bancario finanziario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, p 132 ss

Se la controversia è stata assoggettata dinanzi alla cognizione della giurisdizione penale, si esclude l'ammissibilità del ricorso dinanzi all'arbitro bancario finanziario anche se si verifica la costituzione di parte civile. Quindi, non è il processo penale che ostacola il ricorso all'istituto, ma che quest'ultima sia stata sottoposta alla giurisdizione.

In conclusione, possiamo affermare che la controversia posta dinanzi alla competenza della giustizia ordinaria, non è da ricondursi a una controversia già definita con una sentenza immodificabile, ma è da considerarsi una controversia pendente¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Collegio di coordinamento, responso n. 3961 del 23 novembre 2012.

CONCLUSIONI

Alla luce dell'elaborato, si evidenzia come l'arbitro bancario finanziario, a differenza di altri sistemi di risoluzione delle controversie, come la mediazione, sia più efficiente. Oltre ad agevolare economicamente i consumatori, l'ABF ottimizza le tempistiche tipiche della giustizia ordinaria, salvaguardando il tempo, riconosciuto dalla legge come bene giuridico.

Tuttavia, l'arbitro bancario finanziario non è uno strumento volto solo alla risoluzione delle controversie, ma comporta altre conseguenze indirette. La funzione più evidente è quella di sanare il rapporto conflittuale creatosi tra le due parti: l'azione dell'ABF permette di consolidare nuovamente la fiducia persa durante la controversia, in modo da ricomporre la stabilità della rete delle interrelazioni che corrono tra i vari protagonisti del mondo bancario finanziario.

Una secondo fine indiretto della funzione dell'arbitro bancario finanziario è l'attività di vigilanza del mercato disciplinato dalla Banca d'Italia, che sollecita l'intermediario, seppur implicitamente, ad attenersi a una condotta trasparente e corretta anche nelle relazioni con la clientela.

La duplice valenza della ricomposizione del rapporto e di strumento di vigilanza assunta dall'ABF, garantisce il corretto funzionamento del mercato concorrenziale. Infine, il punto cardine di questo istituto è il potere e la natura della decisione emessa dal Collegio. Il responso, infatti, non è vincolante per la parte inadempiente,

ma è comunque forte il suo potere persuasivo, poiché induce la parte soccombente ad attenersi alla decisione dell'arbitro bancario finanziario, altrimenti grava su di essa la sanzione reputazionale.

La sanzione reputazionale grava sulla parte inadempiente qualora essa non adempia alla decisione dell'ABF, poiché la loro trasgressione viene resa pubblica sulla gazzetta e ciò comporta una perdita di reputazione agli occhi dei clienti attuali e potenziali, quindi di fatto gli intermediari accettano quasi sempre le decisioni imposte dall'arbitro bancario finanziario.

In conclusione, alla luce di questo studio, possiamo affermare che tutti i protagonisti del mercato bancario finanziario, e lo stesso mercato nel suo insieme, non possono che beneficiare della presenza di questo istituto.

Bibliografia

- Amorosino. (2011). *profili pubblicistici e funzioni di interesse pubblico dell'ABF*. Cedam.
- Antonucci, A. (2011). *ABF e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*. riv. Trim. dir. Econ.
- Auletta. (2011). *arbitro bancario finanziario e risoluzione stragiudiziale delle controversie*. Le società .
- Capriglione, F. (2010). *la giustizia nei rapporti bancari e finanziari*. rivista di dottrina e giurisprudenza.
- Carriero, G. L. (marzo, 2017). *l'arbitro bancario finanziario* . questione giustizia.
- Cosi, G. (2007). *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*. Milano: Giuffrè.
- Ferretti, D. (2010). *l'arbitro e l'ADR nel settore bancario*. Padova.
- Finocchiaro, G. (2012). *l'arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e vigilanza*. Giuffrè.
- Liace, G. (2018). *l'arbitro bancario finanziario*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- M. Bianco, S. G. (Settembre, 2007). *la durata (eccessiva) dei procedimenti civili in Italia: offerta, domanda o rito?* in rivista di politica economica.
- Minervini, E. (2014). *l'arbitro bancario finanziario. una nuova forma di ADR*. Edizioni Scientifiche.
- Rossano, D. (2012). *mediazione, camera di conciliazione, arbitro bancario finanziario*. Napoli: scientifica.
- Ruperto, S. (2010). *l'arbitro bancario finanziario* . Banca borsa tit. cred. .
- Santi, M. D. (2003). *La conciliazione. Profili teorici e ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*. Milano: Giuffrè.
- Santi, M. D. (2003). *la conciliazione. Profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*. Milano: Giuffrè.
- Sepe. (2011). *brevi note sulla natura delle decisioi dell'ABF*. Cedam.

Tavormina, G. (2011). *l'arbitro bancario finanziario*. Corr. Giur.

Troisi, C. (2007). *autonomia privata e gestione dei conflitti. la mediazione come tecnica di risoluzione alternativa delle controversie*. Napoli: Edizioni scientifiche Italiane.

SITOGRAFIA

www.irpa.eu

<http://www.judicium.it/>

www.iusexplorer.it

www.bancaditalia.it

www.arbitrobancariofinanziario.it

<http://www.comparazioneDirittocivile.it/>

www.altalex.com

<http://www.mef.gov.it/ministero/comitati/CICR/>

<https://www.conciliamocisrl.com/arbitrato/>

<http://www.dirittobancario.it/rivista/alternative-dispute-resolution/arbitro-bancario-finanziario-abf-sistema-stragiudiziale-risoluzione-liti>

https://www.movimentoconsumatori.it/media/uploads/allegati/3/cm_2018_05.pdf

<http://www.giurcost.org/decisioni/2001/0376s-01.html>

[https://www.iusexplorer.it/Dejure/Dottrina/Una_nuova_\(ma_non_condivisibile\)_configurazione_dell_Arbitro_bancario_finanziario_/?idDocMaster=4685328&idDataBanks=99&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&pagina=1](https://www.iusexplorer.it/Dejure/Dottrina/Una_nuova_(ma_non_condivisibile)_configurazione_dell_Arbitro_bancario_finanziario_/?idDocMaster=4685328&idDataBanks=99&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&pagina=1)