

Di Valerio Sangiovanni, Avvocato [1]

19 ottobre 2012

Si riproduce per gentile concessione dell'autore Valerio Sangiovanni e dell'editore Ipsoa Wolters Kluwer

In questo articolo esamineremo alcuni aspetti della disciplina dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF): ci soffermeremo, in particolare, sulle regole procedurali che il collegio è tenuto a rispettare nel decidere il ricorso nonché sulla natura e sugli effetti della decisione che assume. Il procedimento si caratterizza per essere documentale, senza audizione di parti e testimoni. La pronuncia dell'ABF ha però carattere decisorio (e non conciliativo), determinando chi abbia ragione e chi torto senza cercare il raggiungimento di un accordo fra le parti. Il punto debole della decisione assunta dall'ABF è che essa non può essere eseguita coattivamente nel merito, non potendo dunque - sotto questo profilo - essere equiparata a un lodo arbitrale.

Introduzione

Come è noto, con il d.lgs. n. 28/2010 è stata introdotta nel nostro ordinamento l'obbligatorietà della mediazione, per categorie significative di materie, fra cui i contratti bancari e finanziari[2]. L'obbligo non sussiste peraltro nelle materie non menzionate dalla legge nonché per alcuni procedimenti speciali (il comma 3 dell'art. 5 d.lgs. n. 28/2010 esclude i provvedimenti urgenti e cautelari, mentre il comma 4 esclude i procedimenti per ingiunzione).

Nel contesto dei contratti bancari, di cui ci occuperemo in questo articolo, l'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010 prevede segnatamente che il potenziale attore debba preliminarmente esperire il procedimento di mediazione disciplinato da tale decreto oppure, in alternativa, il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-bis t.u.b.[3].

Vi è da chiedersi per quale ragione il legislatore preveda per la materia bancaria un procedimento speciale, cosa che avviene - per il resto - solo per le materie rientranti nella competenza della Consob[4], e non in tutti gli altri numerosi settori menzionati dall'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010. La ragione in realtà è piuttosto semplice ed è di natura cronologica: la normativa speciale sulla "mediazione"[5] bancaria è stata emanata prima di

quella sulla mediazione in generale. Il legislatore del 2010 ha preferito non cancellare la precedente regolamentazione speciale, permettendo che conviva con il procedimento di tipo generale: si sarebbe dovuta smantellare un'organizzazione già funzionante (e che ora compete con qualsiasi altro organismo di conciliazione), eliminando inutilmente un sistema alternativo di risoluzione delle controversie caratterizzato dall'alto livello di specializzazione dell'organo decidente (composto di cinque esperti di diritto bancario) e dai costi contenuti (la presentazione del ricorso costa solo 20 euro).

È bene chiarire fin dall'inizio, a scanso di equivoci, che il cliente che desidera agire in giudizio contro la banca non è affatto obbligato ad avvalersi del procedimento speciale davanti all'Arbitro Bancario Finanziario (ABF), ma dispone di una facoltà di scelta, potendo attivare la procedura generale di mediazione presso un qualsiasi organismo a ciò preposto[6]. Addirittura in alcuni casi il ricorso all'ABF è escluso, sicché deve - per forza di cose - essere attivato un diverso procedimento di mediazione. Le due fattispecie principali in cui è vietato avvalersi dell'ABF, come vedremo in dettaglio nel prosieguo, sono il caso della banca che vuole agire in giudizio (e non è mera convenuta) e il caso della controversia il cui valore supera la soglia di 100.000 euro. Fatte salve queste ipotesi particolari (in cui non vi è concorrenza fra il procedimento generale di mediazione e quello speciale bancario, dovendosi necessariamente utilizzare il primo), per il resto si può affermare che l'ABF "compete" con gli altri sistemi alternativi di risoluzione delle controversie.

La deliberazione CICR e l'ambito di applicazione della disciplina

La legge prevede che i soggetti di cui all'art. 115 t.u.b.[7] aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela (art. 128-bis, comma 1, t.u.b.). Questa disposizione si limita in sostanza a statuire un obbligo degli intermediari di aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie. La legge prevede poi che, con deliberazione del CICR, su proposta della Banca d'Italia, sono determinati i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie. Le procedure devono in ogni caso assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela (art. 128-bis, comma 2, t.u.b.).

Il CICR è intervenuto in materia con la deliberazione n. 275/2008, la quale determina anzitutto l'ambito di applicazione soggettivo (quali possono essere le parti del procedimento davanti all'ABF) e oggettivo (quali controversie possono essere rimesse alla sua cognizione)[8].

Dal punto di vista soggettivo, si deve trattare di controversie fra un "cliente" e un "intermediario".

Per "cliente" si intende il soggetto che ha o ha avuto con un intermediario un rapporto contrattuale avente ad oggetto la prestazione di servizi bancari e finanziari (art. 1, lett. a, delib. CICR n. 275/2008). L'espressione "soggetto" è generica e atta a comprendere nel novero dei legittimati a ricorrere all'ABF sia le persone fisiche sia quelle giuridiche. Inoltre è interessante osservare come il testo del regolamento usi tanto il presente ("ha" un rapporto contrattuale) quanto il passato ("ha avuto" un rapporto contrattuale). In questo modo si vuole indicare che il fatto che il rapporto contrattuale fra le parti non sia più sussistente non impedisce al cliente di attivare la procedura nei confronti della banca (ferma restando l'eventuale prescrizione del diritto fatto valere). Il cliente coincide normalmente con un consumatore. Non ponendo tuttavia la deliberazione CICR particolari limitazioni, può trattarsi anche di un professionista. Il regolamento specifica che non rientrano nella definizione di cliente i soggetti che svolgono in via professionale l'attività di intermediazione nei settori bancario, finanziario, assicurativo e previdenziale. In una prospettiva di riforma della normativa si potrebbe peraltro pensare di estendere il campo di operatività dell'ABF anche a questi ultimi soggetti: con la generale previsione dell'obbligatorietà della mediazione in materia bancaria, ormai tutte le relative controversie devono essere oggetto dell'esperimento di una qualche procedura di mediazione (se non presso l'ABF presso un comune organismo di mediazione); proprio per questa ragione si potrebbe pensare di estendere la competenza dell'ABF, altrimenti penalizzato "soggettivamente" rispetto agli ordinari organismi di mediazione.

Sempre in un'ottica soggettiva, il sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie bancarie in esame concerne gli "intermediari", ossia le banche, gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco di cui all'art. 106 t.u.b. che operano nei confronti del pubblico, gli istituti di moneta elettronica, Poste Italiane S.p.A. in relazione all'attività di bancoposta, le banche e gli intermediari esteri che svolgono in Italia nei confronti del pubblico operazioni e servizi disciplinati dal titolo VI del t.u.b.

Dal punto di vista oggettivo (definizione delle liti che possono essere rimesse al procedimento davanti all'ABF) si prevede che per controversia si intende qualsiasi contestazione relativa a operazioni e servizi bancari e finanziari, con l'esclusione di quelli non assoggettati al titolo VI t.u.b. ai sensi dell'art. 23, comma 4, t.u.f. (art. 1, lett. b, delib. CICR n. 275/2008). Questa previsione della deliberazione CICR consente, seppure con qualche difficoltà interpretativa^[9], di distinguere fra i contratti "bancari" in senso stretto, i contratti "d'intermediazione finanziaria" e i contratti "finanziari emessi da imprese di assicurazione".

Con riferimento alla distinzione fra contratti "bancari" e contratti "d'intermediazione

finanziaria"[10], la terminologia usata nella deliberazione CICR può risultare fuorviante: in tale sede si distingue difatti, letteralmente, fra servizi "bancari" e "finanziari". Mentre non sussistono particolari problemi in ordine all'individuazione dei servizi di tipo bancario, più complessa appare l'esatta definizione dei servizi "finanziari". Il termine "finanziario" può in effetti fare riferimento sia a fattispecie di finanziamento in senso stretto come avviene ad esempio nel contratto di mutuo (situazioni caratteristiche del diritto bancario) sia a rapporti d'intermediazione finanziaria. In quest'ultimo ambito esiste tuttavia un apposito e separato procedimento di conciliazione davanti alla Consob. L'art. 23, comma 4, t.u.f. opera come disposizione-cardine nella distinzione fra i contratti bancari e quelli d'intermediazione finanziaria: essa consente di distinguere fra le controversie assoggettate al procedimento davanti all'ABF e quelle escluse (e pertanto rientranti in altre tipologie di alternative dispute resolution, ADR, di natura generale oppure concernenti l'intermediazione finanziaria davanti alla Consob). Il suo contenuto precettivo consiste nell'affermazione che le disposizioni del titolo VI t.u.b. non si applicano ai servizi e attività d'investimento. In definitiva l'area dei contratti d'intermediazione finanziaria rimane esclusa dall'ambito di operatività dell'ABF.

Con riguardo alla distinzione fra contratti "bancari" e contratti "finanziari emessi da imprese di assicurazione" vale un ragionamento simile a quello appena fatto. Le imprese di assicurazione hanno sviluppato e ampiamente collocato prodotti formalmente definiti come assicurazioni sulla vita, ma - in realtà - di contenuto spiccatamente finanziario. Tale polizze, c.d. "linked" (in quanto il valore del capitale riconosciuto all'assicurato, alla cessazione del rapporto assicurativo, dipende dall'andamento degli indici finanziari sottostanti), sono state oggetto di numerosi interventi giurisprudenziali, tendenti a riqualificarle - almeno in alcuni casi - da contratti di assicurazione in contratti d'intermediazione finanziaria[11]. Infine è intervenuto il legislatore con l'introduzione dell'art. 25-bis t.u.f. che disciplina appositamente questo tipo di contratti, assoggettandoli alla regolamentazione del t.u.f. Si tratta di contratti, come quelli d'intermediazione finanziaria, esclusi dal campo di applicazione dell'arbitrato bancario finanziario.

Le disposizioni generali sull'ABF

Il regolatore secondario ha deciso di fissare un limite quantitativo al valore delle liti che possono essere sottoposte all'ABF, prevedendo che possano essere sottoposte alla cognizione di tale organo le controversie che vertono sull'accertamento di diritti, obblighi, facoltà, purché l'eventuale somma oggetto di contestazione fra le parti non sia superiore a 100.000 euro (art. 2, comma 4, delib. CICR n. 275/2008). Dalla disposizione in esame si ricava dunque una delle limitazioni più significative all'operatività dell'arbitrato bancario finanziario: l'impossibilità di

utilizzarlo per questioni importanti dal punto di vista economico. Fermo restando l'obbligo ex lege di un meccanismo alternativo di risoluzione della controversia in materia di contratti bancari prima di potersi rivolgere all'autorità giudiziaria, la scelta fra il ricorso alla mediazione generale di cui al d.lgs. n. 28/2010 e all'ABF non è dunque del tutto libera: il cliente che fosse parte di una controversia d'ingente valore non potrebbe attivare il procedimento previsto dalla delib. CICR n. 275/2008, ma dovrebbe avvalersi della procedura prevista dal d.lgs. n. 28/2010.

La scelta operata dal regolatore secondario è stata dunque nel senso di distinguere fra le controversie di basso-medio valore e quelle d'ingente valore: solo nel primo caso ci si può rivolgere all'ABF. La ratio della disposizione risiede nell'esigenza di aiutare il soggetto che, litigando con la banca per un piccolo importo, non ha interesse a rivolgersi ai giudici, in quanto i tempi, i costi e le fatiche di un procedimento giudiziario non sono giustificati dalla scarsa importanza della vicenda che lo interessa. Nel caso di questioni veramente bagatellari (ad esempio del valore di decine o poche centinaia di euro), i clienti potrebbero essere portati a evitare un confronto giudiziario; così facendo, però, i comportamenti scorretti degli intermediari non verrebbero in alcun modo redarguiti e tenderebbero a perpetuarsi.

Si potrebbe obiettare che la scelta effettuata dal regolatore secondario di fissare una soglia di valore per la cognizione dell'ABF non ha più ragion d'essere, dopo che la mediazione in ambito bancario è divenuta obbligatoria. In effetti il legislatore, nell'art. 128-bis t.u.f., non menziona alcun limite di valore^[12]. Quando l'ABF è stato introdotto (nel luglio 2008) non vi era la normativa in materia di mediazione obbligatoria: siccome non sussisteva ancora la necessità di rimettere tutte le controversie in materia bancaria a un procedimento preliminare e alternativo di risoluzione delle liti, la scelta effettuata fu quella di devolvere le piccole-medie controversie (e solo le piccole-medie) alla possibile cognizione dell'ABF. La situazione è però ora mutata: considerando la necessità di un preventivo procedimento di ADR in ambito bancario (presso un qualsiasi organismo di mediazione oppure presso l'ABF) non si vede la ragione per cui le controversie del valore di oltre 100.000 euro non debbano poter essere rimesse alla cognizione dell'ABF. Il vantaggio principale dell'ABF è che l'organo competente a dirimere la controversia è specializzato e competente. Tale competenza può risultare vantaggiosa anche, e a maggior ragione, nelle controversie d'ingente valore. Si dovrebbe pertanto riflettere sulla opportunità di eliminare qualsiasi soglia di valore ai fini dell'instaurazione del procedimento davanti all'ABF.

Allo scopo di definire compiutamente la potestà decisoria dell'ABF si deve poi porre attenzione al disposto dell'art. 2, comma 5, delib. CICR n. 275/2008, secondo cui sono esclusi dalla cognizione dell'organo decidente i danni che non siano conseguenza immediata e diretta

dell'inadempimento o della violazione dell'intermediario, nonché le questioni relative a beni materiali o a servizi diversi da quelli bancari e finanziari oggetto del contratto fra il cliente e l'intermediario ovvero di contratti a esso collegati. Il primo aspetto impone al cliente, nella formulazione del ricorso all'organo decidente, d'indicare i danni che ritiene di avere patito e di specificare per quale ragione essi sono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento dell'intermediario. La disposizione appare in realtà tutto sommato superflua non aggiungendo nulla di significativo rispetto a quanto prevede il codice civile. Non ci si deve dimenticare che la decisione dell'ABF deve essere presa secondo diritto e il richiamo alle "previsioni di legge" non può che intendersi a tutte le leggi del nostro ordinamento, comprese quelle parti del codice civile che regolano il risarcimento del danno: l'art. 1223 c.c. individua il nocuoimento risarcibile nella perdita subita dal creditore e nel mancato guadagno, in quanto siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento. Il secondo profilo trattato nella disposizione in commento consiste nell'affermazione che l'ABF non si può occupare delle questioni relative a beni o servizi diversi da quelli bancari e finanziari. Il caso tipico potrebbe essere quello di un contratto di leasing finalizzato all'acquisto di un bene. Le contestazioni relative al bene compravenduto non sono questioni di tipo bancario e, conseguentemente, l'ABF non può occuparsene.

Il principio di economia processuale vuole che della risoluzione della medesima questione non siano investiti contemporaneamente più soggetti. Anche la deliberazione CICR si occupa di questo aspetto, prevedendo che non possono essere proposti ricorsi inerenti a controversie già sottoposte all'autorità giudiziaria, rimesse a decisione arbitrale ovvero per le quali sia pendente un tentativo di conciliazione ai sensi di norme di legge (art. 2, comma 6, delib. CICR n. 275/2008). Distinguendo in dettaglio si nota che la disposizione regola tre diversi casi. La prima fattispecie è quella della pendenza di un processo civile: se della questione si occupa già l'autorità giudiziaria, non sarà possibile rivolgersi all'ABF. Bisogna peraltro dire che, ai sensi del d.lgs. n. 28/2010, il ricorso all'autorità giudiziaria può avvenire legittimamente solo quando sia stato esperito un tentativo di conciliazione (salvi i casi dei provvedimenti cautelari e urgenti e dei procedimenti d'ingiunzione; cfr. il testo dei commi 3 e 4 dell'art. 5 d.lgs. n. 28/2010). L'ipotesi applicativa - peraltro piuttosto inverosimile nella prassi - è dunque quella di un iniziale procedimento di mediazione secondo il d.lgs. n. 28/2010 (fallito), del successivo inizio dell'azione giudiziaria e infine del ricorso all'ABF[13]. La seconda fattispecie affrontata dalla disposizione è quella in cui la controversia è stata rimessa ad arbitri: il procedimento arbitrale, che termina con una decisione vincolante fra le parti, prevale rispetto alla procedura davanti all'ABF che termina sì con una decisione, ma che non può essere eseguita coattivamente nel merito in caso di rifiuto. Si può poi verificare il terzo caso, quello in cui è già pendente un altro tentativo di conciliazione (si tratterà di una procedura instaurata in via generale ai sensi del

d.lgs. n. 28/2010): nuovamente, per ragioni di economia processuale, si evita di raddoppiare gli sforzi, utilizzando il criterio della precedenza temporale.

Affinché il cliente possa agevolmente accedere al procedimento davanti all'ABF, bisogna che sia previamente informato di tale possibilità. A questo fine si prevede che gli intermediari forniscano alla clientela adeguata informativa in merito alle procedure di ricorso (art. 2, comma 7, delib. CICR n. 275/2008). La deliberazione CICR prevede inoltre che il diritto di ricorrere ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie non può formare oggetto di rinuncia da parte del cliente (art. 2, comma 8, delib. CICR n. 275/2008). Si afferma così un vero e proprio diritto del cliente ad avvalersi del procedimento davanti all'ABF: una rinuncia a tale facoltà (come pure un accordo in senso derogatorio eventualmente contenuto nel contratto bancario) sarebbe priva di effetto. Come abbiamo però già notato, l'utente bancario non è obbligato ad avvalersi della procedura prevista dall'art. 128-bis t.u.f.; può, in alternativa, servirsi della mediazione generale prevista dal d.lgs. n. 28/2010.

Con riferimento ai costi, si prevede che il ricorso sia gratuito per i clienti, salvo il versamento di un importo pari a 20 euro per contributo alle spese di procedura, che viene rimborsato dall'intermediario qualora il ricorso sia accolto in tutto o in parte (art. 2, comma 10, delib. CICR n. 275/2008). Con queste modalità il regolatore secondario attua l'indicazione del regolatore primario (art. 128-bis, comma 2, t.u.b.), secondo la quale le procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie devono assicurare "economicità". È chiaro l'obiettivo perseguito con la disposizione: incentivare il ricorso all'ABF mediante la riduzione al minimo dei suoi costi. Laddove il costo di accesso alla procedura fosse elevato, numerosi clienti potrebbe essere portati a rinunciarvi, non disponendo delle necessarie risorse oppure valutando come troppo alto il rischio di soccombenza rispetto al contributo dovuto per accedervi. La necessità di pagare un contributo (per quanto minimo) svolge una funzione di (minima) deterrenza: serve a evitare ricorsi privi di qualsiasi fondatezza. D'altro canto il diritto a ottenere la restituzione del contributo versato incentiva chi ritiene di avere effettivamente ragione: nel caso di accoglimento del ricorso e conseguente restituzione dei 20 euro il cliente non ha dovuto affrontare alcuna spesa per ottenere una pronuncia dell'ABF a sé favorevole.

Le decisioni dell'ABF vengono pubblicate sul suo sito (www.arbitrobancariofinanziario.it). Esse costituiscono pertanto un'enorme banca-dati, aperta a tutti in quanto pubblica e gratuita, sulla sua prassi decisoria. Siccome l'ABF decide secondo diritto, le sue decisioni possono influenzare la successiva giurisprudenza di merito e perfino di legittimità in materia bancaria. A sua volta, l'enorme mole d'informazioni a disposizione del pubblico può produrre un effetto deterrente rispetto all'instaurazione di giudizi civili. Mi riferisco al fatto che il cliente avveduto nonché

l'avvocato avveduto farebbero bene a consultare preventivamente le decisioni dell'ABF e, laddove la pretesa che si intende avanzare appare chiaramente infondata, si dovrebbe desistere dall'instaurare un giudizio destinato all'insuccesso. Sotto un altro profilo, però, siccome il costo dell'accesso all'ABF è decisamente contenuto, ciò potrebbe spingere il cliente ad avvalersi di tale rimedio in sostituzione di un parere pro veritate reso dal suo avvocato di fiducia: difficilmente un parere su una questione di diritto bancario, anche se reso solo oralmente, può costare meno dell'importo di 20 euro di cui stiamo discutendo.

Il reclamo all'intermediario e l'avvio del procedimento

Sarebbe contrario a una ragionevole economia processuale attivare l'ABF quando non ve ne è realmente bisogno. Per evitare questo possibile risultato, la deliberazione CICR prevede che il ricorso è preceduto da un reclamo all'intermediario (art. 4, comma 1, delib. CICR n. 275/2008). L'obiettivo perseguito dal meccanismo del reclamo è - auspicabilmente - che la banca lo accolga, evitando così che si dia seguito alla controversia. Dunque, prima dell'attivazione di un organo terzo come l'ABF, vi deve essere un tentativo di soluzione della controversia direttamente fra le parti, nella forma di un reclamo presentato dal cliente rispetto al quale la banca è tenuta a prendere posizione[14].

Dal punto di vista della tempistica si prevede che l'intermediario si pronunci entro 30 giorni dalla ricezione del reclamo e indichi, in caso di accoglimento, i tempi previsti per l'adempimento (art. 4, comma 3, delib. CICR n. 275/2008). A fronte del reclamo del cliente, la risposta della banca può consistere in un rigetto oppure in un accoglimento. Nel primo caso il cliente può senz'altro ricorrere all'ABF. La banca potrebbe peraltro cercare di eludere il reclamo del cliente limitandosi a omettere qualsiasi risposta. Per evitare un esito del genere la deliberazione CICR fissa un termine entro cui la banca deve rispondere: decorso tale termine sarà comunque possibile per il cliente dare avvio al procedimento davanti all'ABF. Nel diverso caso dell'accoglimento del reclamo, è importante che la banca dia pronta esecuzione alla richiesta che le è stata rivolta. L'intermediario non può pertanto limitarsi ad accogliere genericamente il reclamo, ma - nella sua presa di posizione - deve anche indicare i termini per l'adempimento.

L'art. 5 delib. CICR n. 275/2008 disciplina l'avvio del procedimento.

La disciplina regolamentare prevede anzitutto che il cliente rimasto insoddisfatto o il cui reclamo non abbia avuto esito nel termine di trenta giorni può presentare il ricorso, dandone tempestiva comunicazione all'intermediario, purché non siano trascorsi più di 12 mesi dalla presentazione del reclamo (art. 5, comma 1, delib. n. 275/2008).

Come si può notare la possibilità di rivolgersi all'ABF è riservata al cliente, con esclusione della legittimazione attiva della banca. Nei fatti può però certamente capitare che sia l'intermediario a voler agire in giudizio. In questi casi, essendo precluso l'accesso all'ABF, la banca dovrà esperire una procedura di mediazione diversa, presso un organismo che le consenta di assumere il ruolo di attore. La circostanza che solo il cliente possa ricorrere all'ABF ha riflessi anche sull'ampiezza del thema decidendum rimesso all'organo decidente. Al riguardo si può sostenere la tesi che la banca non può presentare domande riconvenzionali all'ABF: il fatto che l'intermediario non possa rivolgersi all'ABF gli impedisce anche di estendere, per via riconvenzionale, l'ambito della decisione che deve essere assunta da tale organo. L'ABF pertanto si limita a esaminare la fondatezza della pretesa fatta valere dal cliente e le eccezioni in senso tecnico al riguardo sollevate dall'intermediario, senza possibilità di decidere in merito a eventuali separate pretese fatte valere dalla banca[15].

Opportunamente la disciplina regolamentare prevede che il ricorso all'ABF possa essere presentato non solo nel caso in cui l'intermediario risponda negativamente al reclamo. Il ricorso all'ABF può invece essere presentato anche in caso d'inerzia, quando sia decorso il termine di 30 giorni dalla ricezione del reclamo: in questo modo si impedisce alle banche di assumere atteggiamenti dilatori e ostruzionistici finalizzati a rendere più difficile la realizzazione della pretesa del cliente. Decorso il termine, il cliente ha il diritto di rivolgersi all'ABF. A sua volta il cliente deve presentare il ricorso entro un termine ragionevole (che viene identificato in 12 mesi) dalla presentazione del reclamo. Se al reclamo non fa seguito il ricorso in tempi relativamente brevi, si può concludere che il cliente abbia perso interesse ad agire nei confronti della banca. La decadenza dal ricorso non significa peraltro affatto che sia venuto meno il diritto sostanziale che l'utente bancario intende far valere: l'unica conseguenza è che il cliente dovrà presentare un nuovo reclamo (e attendere la decisione sul medesimo o il decorso del termine) prima di attivare l'ABF.

Si prevede che il ricorso è indirizzato al collegio nella cui zona di competenza territoriale il cliente ha la propria sede o residenza presso la relativa segreteria tecnica, utilizzando la modulistica preventivamente pubblicata a tal fine; il ricorso può inoltre essere presentato presso ogni filiale della Banca d'Italia, che provvede a inoltrarlo al collegio competente (art. 5, comma 2, delib. CICR n. 275/2008). La disposizione è certamente favorevole al ricorrente, prevedendo alcune facilitazioni. Da un lato vi è la determinazione della competenza territoriale nelle vicinanze del luogo in cui si trova il ricorrente. L'ABF opera su tre sedi: Milano, Roma e Napoli, competenti rispettivamente per il Nord, il Centro e il Sud Italia. La vicinanza fisica al luogo in cui operano i rispettivi collegi non è peraltro decisiva, se si riflette sulla circostanza che il ricorso può essere spedito (e non deve essere depositato fisicamente) e sul fatto che non

è prevista l'audizione delle parti e di testimoni, cosicché non è necessario recarsi di persona dove il collegio si riunisce. Ad ogni buon conto la disposizione prevede che sia possibile presentare il ricorso anche presso ogni filiale della Banca d'Italia, che sono diffuse abbastanza capillarmente sul territorio. Da un altro lato la presentazione del ricorso è facilitata dal fatto che si deve utilizzare la modulistica che è pubblicata sul sito dell'ABF. Si tratta di un modulo dalla struttura piuttosto semplice, che consente di raccogliere le informazioni più importanti da parte di chi presenta il ricorso nonché di garantire uniformità fra i vari ricorsi che vengono presentati.

Entro trenta giorni dalla ricezione della comunicazione gli intermediari trasmettono le proprie controdeduzioni, unitamente a tutta la documentazione relativa al reclamo, alla segreteria tecnica (art. 5, comma 3, delib. CICR. n. 275/2008). Questa disposizione assicura il dovuto contraddittorio nel procedimento davanti all'ABF. Alla banca viene data la possibilità di esprimersi e dunque di esporre le circostanze in fatto e in diritto che militano contro l'accoglimento del ricorso. La norma rappresenta certamente una facoltà dell'intermediario; risulta invece più difficile stabilire se si tratti di un vero e proprio obbligo. L'espressione "trasmettono" è neutrale e non pare in sé indicare la sussistenza di un dovere della banca: l'obbligo degli intermediari è quello di aderire al sistema dell'ABF nel suo complesso, non di partecipare a ogni singolo procedimento. Peraltra nella prassi è del tutto usuale che vengano presentate controdeduzioni dalla banca, la quale ha un interesse contrario all'accoglimento del ricorso e comunque ha già studiato (o avrebbe già dovuto studiare) la questione in sede di reclamo. Bisogna tuttavia rilevare che dalla prassi operativa emerge che, in alcuni casi, gli intermediari non partecipano al procedimento.

Il procedimento dinanzi al collegio

Il collegio si pronuncia entro 60 giorni dal momento in cui ha ricevuto le controdeduzioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine per la presentazione di queste ultime da parte dell'intermediario (art. 6, comma 1, delib. CICR n. 275/2008). Questa disposizione mira ad assicurare la celerità del procedimento. Il termine previsto è piuttosto breve, anche in considerazione del fatto che - durante tale termine - la segreteria tecnica deve procedere all'attività istruttoria. Non si può poi dimenticare che l'arbitrato bancario finanziario è un meccanismo preliminare all'eventuale azione in giudizio: al fine di comprimere il meno possibile il diritto del cliente di agire in giudizio, è necessario che il termine per la decisione sia ragionevolmente breve. Il termine decorre dal momento in cui giungono le controdeduzioni oppure dall'ultimo momento utile in cui esse sarebbero dovute giungere, cioè alla scadenza del termine per la loro presentazione. Indirettamente questa norma legittima il comportamento

della banca che non partecipa attivamente al procedimento: senza svolgere difese, però, l'istituto di credito aumenta il rischio che il ricorso venga accolto.

La deliberazione CICR prevede altresì che la segreteria tecnica svolge un'istruttoria preliminare diretta a valutare la sussistenza dei presupposti per la sottoposizione del ricorso al collegio. Nella prassi l'istruttoria svolge in realtà più funzioni. Sotto un primo profilo si tratta effettivamente di vagliare se sussistono i presupposti per una decisione dell'ABF. Si tenga presente che talvolta i ricorsi sono inammissibili o improcedibili: ciò avviene tipicamente quando la materia non rientra fra quelle oggetto della competenza dell'ABF (trattandosi, ad esempio, di questioni assicurative o d'intermediazione finanziaria) oppure quando è superata la soglia di valore consentita (100.000 euro) oppure quando non è stato preventivamente presentato reclamo all'intermediario. Sotto un secondo profilo la segreteria tecnica svolge però tutto un lavoro aggiuntivo di studio del caso sottoposto al vaglio dell'ABF. La relazione istruttoria illustra i fatti, così come rappresentati dal cliente e dall'intermediario, individua le domande che sono state proposte, seleziona le disposizioni che paiono essere applicabili al caso di specie, oltre a fare una rassegna dei principali orientamenti giurisprudenziali. In questo modo i componenti del collegio vengono messi nelle condizioni di disporre di tutte le informazioni necessarie per deliberare in merito al ricorso.

La deliberazione prevede altresì che il collegio è regolarmente costituito con la presenza di tutti e cinque i suoi componenti e che la decisione sul ricorso è assunta a maggioranza (art. 6, comma 2, delib. CICR n. 275/2008). Il collegio si compone di un numero elevato di soggetti. Da un lato tale composizione dovrebbe assicurare una particolare riflessione sulle decisioni che vengono assunte; verosimilmente tuttavia, soprattutto per questioni bagatellari sulle quali si è formata una giurisprudenza interna all'ABF, la presenza di cinque membri può apparire addirittura eccessiva. Si noti altresì che, quando i componenti effettivi non possono partecipare alle riunioni del collegio, subentrano i componenti supplenti. Non solleva particolari problemi il fatto che si preveda che la decisione debba essere assunta a maggioranza. D'altra parte non si vede con quale altro criterio possa deliberare un organo collegiale. L'alternativa sarebbe quella di prescrivere l'unanimità, con il rischio però di non riuscire a decidere per l'opposizione di un componente o due. Giova segnalare che, nella prassi, è del tutto comune che la decisione venga assunta all'unanimità, anche se - talvolta - è preceduta da approfondite discussioni.

I componenti del collegio che si trovino in situazioni di conflitto d'interessi rispetto alle parti o alle questioni oggetto della controversia si astengono, previa segnalazione al collegio, dalla decisione sul ricorso; in luogo dei componenti astenuti, subentrano i rispettivi supplenti (art. 6,

comma 3, delib. CICR. n. 275/2008). Può capitare che un membro del collegio versi in una situazione di conflitto d'interessi: il caso tipico è quello del componente che svolge la professione di avvocato e che ha avuto occasione di assistere una delle parti. In un caso del genere il componente deve astenersi, dandone comunicazione al collegio. Nella prassi la segretaria tecnica invia - alcuni giorni prima della data fissata per la riunione - la convocazione del collegio, con indicazione delle parti e della materia del contendere, e chiede ai componenti se versino in qualche situazione di conflitto. In caso affermativo è dovere del membro avvertire di tale situazione, di modo che si proceda alla nomina di un supplente al suo posto.

In alcuni casi il procedimento può essere interrotto oppure può estinguersi (art. 6, comma 4, delib. CICR n. 275/2008). Il collegio, d'ufficio o su istanza di parte, dichiara l'interruzione del procedimento qualora consti l'avvio di un tentativo di conciliazione ai sensi di legge; se la conciliazione non riesce, il ricorso può essere riproposto senza necessità di un nuovo reclamo all'intermediario. Bisogna partire dalla considerazione che il meccanismo dell'arbitrato bancario finanziario è un sistema "aggiudicativo" (o "decisorio"), non di conciliazione: l'organo decidente non cerca di avvicinare le parti e di condurle alla conclusione di un accordo, ma assume una vera e propria decisione che dà ragione all'una oppure all'altra parte. La disposizione in esame pare riconoscere la superiorità del meccanismo conciliativo rispetto a quello aggiudicativo: laddove venga iniziata una conciliazione, il procedimento viene interrotto. Nel contesto dei metodi alternativi di soluzione delle controversie, il sistema conciliativo offre il vantaggio - rispetto al sistema decisorio - di rispettare la volontà delle parti (per quanto in un'ottica di compromesso fra le loro posizioni). Dal momento tuttavia che il tentativo di conciliazione può anche fallire, si prevede che il procedimento davanti all'ABF possa essere ripreso senza la necessità della presentazione di un nuovo reclamo. Un nuovo reclamo non è necessario in quanto quello originario è già agli atti. Occorrerà che il cliente comunichi all'ABF il fallimento del tentativo di conciliazione chiedendo che continui il procedimento.

Con riferimento all'estinzione del procedimento pendente davanti all'ABF si prevede che, qualora la controversia sia sottoposta all'autorità giudiziaria ovvero a giudizio arbitrale nel corso del procedimento, il collegio - verificato l'interesse del ricorrente alla conclusione di quest'ultimo - può dichiararne l'estinzione. Non è semplice comprendere la ratio di questa disposizione. La sua ragion d'essere era intuitiva prima dell'introduzione dell'obbligatorietà della mediazione: essendo facoltativa la mediazione, ciascuna parte poteva interrompere in qualsiasi momento il tentativo di conciliazione per rivolgersi direttamente all'autorità giudiziaria. Con la riforma del 2010 sussiste invece un generalizzato obbligo di mediazione in materia di contratti bancari, con la conseguenza che il giudizio civile che dovesse essere

avviato senza previo esperimento di un procedimento di mediazione risulterebbe improcedibile[16]. A queste condizioni la dichiarazione di estinzione del procedimento non giova alle parti (e soprattutto all'attore), le quali si troverebbero nell'impossibilità di adire la giustizia ordinaria: il giudizio civile non potrebbe comunque procedere fino al completo esperimento di un altro tentativo di mediazione.

Bisogna peraltro rilevare che la disposizione non fissa un obbligo del collegio di dichiarare l'estinzione del procedimento, ma gli concede una mera facoltà di decidere in tal senso. Nella prassi è auspicabile che il procedimento non venga dichiarato estinto proprio per le ragioni che si sono esposte, ossia per l'inutilità della dichiarazione di estinzione a fronte di un procedimento civile o arbitrale che - seppur avviato - risulta improcedibile. La norma pone l'accento sull'interesse del ricorrente, prevedendo che l'estinzione possa essere dichiarata quando è nell'interesse del ricorrente. Nella disciplina dell'ABF, il ricorrente è sempre il cliente e - dunque - in linea di principio, trattandosi del soggetto che vanta una pretesa nei confronti della banca, è sempre interessato a iniziare un giudizio. Non può tuttavia essere nel suo interesse l'estinzione del procedimento davanti all'ABF in quanto, in questo caso, non viene previamente soddisfatto il requisito di procedibilità. Potrebbe capitare che, pendente il procedimento davanti all'ABF, il giudizio venga avviato dall'intermediario. Tale azione sarebbe peraltro improcedibile, con correlato interesse del cliente bancario alla prosecuzione del procedimento davanti all'ABF. In definitiva non si riescono a individuare casi lineari in cui vi sia un reale interesse del ricorrente all'estinzione del procedimento dinanzi all'ABF a fronte dell'avvio di un giudizio civile o arbitrale.

Le caratteristiche e la natura della decisione dell'ABF

In assenza di audizione delle parti e di eventuali testimoni, il procedimento dinanzi al collegio si caratterizza per la sua semplicità: una volta raccolte le controdeduzioni dell'intermediario, la segreteria tecnica prepara la relazione istruttoria e la controversia è pronta per la decisione.

La decisione sul ricorso è motivata e comunicata alle parti entro 30 giorni dalla pronuncia; essa è assunta sulla base della documentazione raccolta e delle previsioni di legge e regolamentari in materia, nonché dei codici di condotta cui l'intermediario aderisca (art. 6, comma 5, delib. CICR n. 275/2008). Si tratta di una disposizione articolata che contiene almeno tre precetti importanti: la decisione va presa secondo diritto, deve essere motivata e si basa solo sulla documentazione raccolta.

La regola per cui la decisione deve essere assunta secondo diritto esclude il possibile ricorso all'equità nella decisione sulla pretesa fatta valere dal cliente bancario. La decisione secondo

diritto consente di “prevedere” quella che sarà la futura decisione di un giudice investito della medesima controversia. La regola è infatti quella che, nel pronunciare sulla causa, il giudice deve seguire le norme del diritto (art. 113, comma 1, c.p.c.), mentre il ricorso all'equità è consentito nei pochi casi previsti dall'art. 113, comma 2, e 114 c.p.c.[17]. Sotto questo profilo, la decisione secondo diritto assunta dall'ABF assicura un maggiore grado di osservanza spontanea in capo alle parti: se l'ABF ha identificato la “giusta” soluzione del caso di specie, le parti sono incentivate a darvi seguito in quanto la successiva azione in giudizio si concluderebbe probabilmente come indicato dall'ABF.

L'obbligo di motivazione della decisione è strettamente legato al fatto che essa deve essere assunta sulla base di leggi e regolamenti: il collegio deve insomma “spiegare” la propria decisione, chiarendo come essa sia stata assunta in conformità a legge e regolamento. Nulla di diverso avviene, del resto, per quanto riguarda le sentenze pronunciate dai giudici civili (l'art. 132, comma 2, c.p.c. indica che la sentenza deve contenere “la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione”[18]) e per i lodi emessi dagli arbitri (l'art. 823, comma 2, c.p.c. prevede che il lodo deve contenere “l'esposizione sommaria dei motivi”[19]). Sia per le sentenze che per i lodi è sufficiente una “concisa” o “sommaria” motivazione. Il requisito della brevità non può non valere, a maggior ragione, per la decisione assunta dall'ABF, la cui vincolatività è certamente inferiore a quella di sentenze e lodi. L'esame delle decisioni assunte dall'ABF mostra peraltro che, almeno in alcuni casi, l'ampiezza della motivazione non è inferiore a quella usuale in sentenze e lodi.

Con riferimento alla valutazione dei fatti, che ovviamente deve precedere la decisione in diritto dall'ABF e ne costituisce il fondamento, la deliberazione CICR prevede che la decisione di tale autorità vada assunta sulla base della documentazione raccolta. Nella prassi è la segreteria tecnica a illustrare nella relazione istruttoria, a beneficio dei componenti del collegio, i fatti che sono accaduti. L'accertamento dei fatti è solo documentale: non si tiene dunque alcuna udienza in cui possano intervenire le parti oppure gli eventuali testimoni. Questa scelta si giustifica - almeno in parte - con la considerazione che il procedimento davanti all'ABF non ha natura conciliativa, ma decisoria. Nel caso di procedure conciliative in senso stretto, l'incontro personale fra le parti (o almeno fra i suoi rappresentanti) è una condizione di fatto che facilita senz'altro il raggiungimento di un accordo. Si tenga però presente che l'intervento delle parti allungherebbe i tempi di decisione e implicherebbe dei costi aggiuntivi (ad esempio quelli del viaggio presso una delle sedi in cui operano i collegi). Non essendoci udienza davanti al collegio dell'ABF, il cliente deve porre grande cura nella preparazione del ricorso: questo deve contenere con chiarezza l'esposizione dei fatti, le argomentazioni di diritto e la pretesa che si vanta nei confronti della banca. Nella prassi ciò non avviene sempre, in quanto frequentemente

i clienti sono persone fisiche - consumatori che non sono dotati di particolari competenze in materia bancaria. Ovviamente una maggiore cura nella predisposizione del ricorso si riscontra quando i ricorrenti sono assistiti da avvocati.

La decisione assunta dall'ABF deve infine essere comunicata alle parti, affinché queste possano riflettere sul contenuto della medesima e reagire come ritengono più appropriato. Nell'ipotesi di una condanna dell'intermediario, questi dovrà ottemperare alla stessa. Rimane altrimenti ferma la possibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria, dal momento che l'esperimento del procedimento davanti all'ABF soddisfa il requisito di procedibilità previsto dalla legge.

La normativa regolamentare prevede che il ricorso può essere accolto, in tutto o in parte, oppure essere totalmente respinto. In caso di accoglimento totale o parziale del ricorso, l'intermediario adempie alla decisione entro 30 giorni dalla comunicazione della pronuncia, ovvero nel diverso termine previsto dalla medesima (art. 6, comma 6, delib. CICR n. 275/2008). La disposizione stabilisce l'obbligo dell'intermediario soccombente di adempiere velocemente alla decisione dell'ABF. A leggere questa norma la decisione assunta dal collegio parrebbe dunque vincolante per l'intermediario. In realtà la decisione non può reputarsi realmente vincolante nel merito, in quanto non può essere oggetto di esecuzione forzata.

Più precisamente si prevede che nei casi d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento della decisione ovvero nei casi di mancata cooperazione dell'intermediario, l'inadempienza è resa pubblica secondo le modalità stabilite dalla Banca d'Italia (art. 6, comma 7, delib. CICR n. 275/2008). La disposizione distingue fra inadempimento vero e proprio, ritardo nell'adempimento e mancata cooperazione dell'intermediario. L'inadempimento può essere totale oppure parziale e la sanzione della pubblicazione trova applicazione anche in questo secondo caso. Altre volte non si avrà inadempimento definitivo, ma mero ritardo nell'adempimento: dal momento che la deliberazione CICR prevede un breve termine di 30 giorni, basterà accertare che tale termine è decorso inutilmente. Infine la disposizione sanziona, in generale, la mancata cooperazione dell'intermediario.

La disposizione più singolare dell'intera costruzione normativa dell'ABF è proprio quella in esame, che indica come unica sanzione prevista in caso d'inadempimento la pubblicità del comportamento scorretto dell'intermediario. L'idea sottostante è che la cattiva reputazione che ne deriva sia idonea a spingere gli intermediari a comportamenti virtuosi, consistenti nell'adempimento spontaneo (anche in casi futuri). I dati statistici confermano il quasi totale adempimento spontaneo delle banche. Sul sito dell'ABF è pubblicato l'elenco degli intermediari

inadempienti: a fronte di alcune migliaia di decisioni rese dall'ABF, risulta che vi siano stati solo tre intermediari inadempienti[20]. Il risultato è decisamente positivo e segnala un livello estremamente elevato di adeguamento alle decisioni dell'ABF.

La disciplina CICR specifica che resta ferma la facoltà per entrambe le parti di ricorrere all'autorità giudiziaria (art. 6, comma 8, delib. CICR n. 275/2008). Questa disposizione si limita ad affermare una circostanza ovvia: sarebbe ben difficile anche solo ipotizzare che l'esperimento del procedimento presso l'ABF possa far venir meno il diritto di ricorrere all'autorità giudiziaria, diritto costituzionalmente garantito. La norma va peraltro letta in modo coordinato con quanto prevede l'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010: l'obbligo di mediazione, una volta pronunciato l'ABF, si può considerare come esperito e sarà possibile rivolgersi all'autorità giudiziaria senza timore di essere esposti all'eccezione d'improcedibilità.

Sulla natura del procedimento davanti all'ABF e della sua decisione

Le disposizioni che abbiamo appena illustrato dimostrano, ad avviso di chi scrive, che il procedimento davanti all'ABF non può considerarsi come una vera e propria procedura arbitrale. Questa specificazione è necessaria in quanto il sistema creato dall'art. 128-bis t.u.b. è denominato "Arbitro" Bancario Finanziario e tale terminologia può certamente indurre in errore. In realtà non si può parlare di arbitrato per alcune importanti ragioni, che cercheremo di esporre qui di seguito.

La prima delle ragioni che ostano alla qualificazione del procedimento davanti all'ABF come arbitrato è che non vi è alcun accordo fra le parti di devolvere la controversia a tale organo. Da un lato non esiste alcuna pattuizione prima della controversia che possa in qualche modo equipararsi a una clausola compromissoria. Esiste un accordo fra le parti (l'ABF si occupa di rapporti "contrattuali", come risulta dalla definizione di cliente di cui all'art. 1, lett. a, delib. CICR n. 275/2008). Tale contratto (ad esempio di conto corrente o di mutuo) non contiene però necessariamente una clausola compromissoria. Da un altro lato non esiste nemmeno alcun accordo successivo alla lite che possa equipararsi a un compromesso[21]: del resto è altamente improbabile che le parti che già litigano siano disponibili ad accordarsi al fine di devolvere la controversia a giudizio arbitrale. Non vi è alcun accordo fra le parti, in quanto il cliente bancario che ricorre all'ABF "costringe" l'intermediario a subire tale procedimento anche nel caso quest'ultimo non intenda farlo. La banca può anche non partecipare alla procedura (ad esempio non presentando le controdeduzioni), rimanendo - per così dire - contumace, ma sarà comunque assoggettata alla decisione assunta dall'ABF.

Sotto un secondo profilo si deve poi rilevare che, nella concezione classica di arbitrato,

ambidue i contraenti hanno la possibilità di attivare il procedimento arbitrale. Ciò avviene quantomeno nel caso dell'arbitrato comune regolato dal codice di procedura civile. Davanti all'ABF, invece, solo il cliente (e non l'intermediario) può attivare la relativa procedura.

La terza ragione che mi fa propendere per la non equiparabilità del procedimento davanti all'ABF con il procedimento arbitrale nella sua nozione classica è la circostanza che la decisione del collegio è sì vincolante per le parti, ma non può essere eseguita coattivamente nel merito. La decisione dell'ABF, per certi aspetti, si avvicina a un lodo: mi riferisco alla differenziazione formale fra parte in fatto, parte in diritto e dispositivo finale. Tuttavia, e questo è il punto essenziale, la decisione dell'ABF non può essere eseguita coattivamente nel merito. Il lodo invece ha, dalla data della sua ultima sottoscrizione, gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria (art. 824-bis c.p.c.). Per questa ragione il procedimento davanti all'ABF non può sostituire il procedimento arbitrale, anzi ne costituisce - semmai - un mero presupposto.

L'ABF rientra senz'altro nel novero dei meccanismi "alternativi" di risoluzione delle controversie. L'alternatività risiede nel fatto che, quando la procedura ha successo nel senso che l'intermediario adempie volontariamente alla decisione dell'ABF, come avviene quasi sempre nella prassi applicativa dell'ABF, si evita il ricorso all'autorità giudiziaria: la lite dunque "si risolve" definitivamente senza giungere alla giustizia ordinaria. Come è noto, i sistemi alternativi di risoluzione delle controversie possono però presentare caratteristiche profondamente diverse gli uni dagli altri. Come abbiamo già indicato sopra, essi si lasciano in particolare differenziare in meccanismi "conciliativi" e "aggiudicativi" (o "decisori"): i primi prevedono come obiettivo il raggiungimento di un accordo fra le parti, che pone fine alla controversia; i secondi prevedono l'emissione di una decisione che, anche se non vi è accordo fra le parti, pone ugualmente fine alla controversia.

Il problema dell'efficacia delle decisioni assunte dall'ABF si riverbera anche sulla possibilità o meno per tale organo di sollevare questioni di legittimità costituzionale, laddove si deve dare applicazione a norme di legge di dubbia costituzionalità. Il Collegio di Napoli dell'ABF, trovatosi in una situazione del genere, ha affermato che l'ABF può sollevare questione di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale qualora una questione sorta nel corso del relativo procedimento sia pregiudiziale alla sua espressione di giudizio, oltre che non manifestamente infondata: l'organo svolge, difatti, in posizione super partes funzioni di oggettiva applicazione della legge, allo scopo di fornire la corretta interpretazione delle norme cui gli intermediari debbono attenersi nei rapporti con i clienti[22].

Bisogna peraltro dire che la Corte costituzionale ha preso posizione sul punto stabilendo che difetta in capo all'ABF il potere di sollevare questioni di legittimità costituzionale, attesa la non decisorietà dei suoi provvedimenti e, pertanto, l'assenza di ogni contiguità funzionale con gli arbitri rituali, i quali - a differenza del primo - nell'esercizio di attività autenticamente giurisdizionale rendono pronunce idonee a fare stato fra le parti[23].

Volendo fare un altro parallelismo, si può notare come la decisione dell'ABF sia meno efficace non solo di un lodo, ma anche del verbale di accordo che chiude un comune procedimento di mediazione[24]. Ben più pregnante è difatti l'efficacia dell'accordo conciliativo: la legge stabilisce che il verbale costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione d'ipoteca giudiziale (art. 12, comma 2, d.lgs. n. 28/2010)[25].

In dottrina vi è chi ha sottolineato come il procedimento davanti all'ABF (e la decisione assunta da tale organo) vada, in sostanza, inquadrato nello svolgimento di un'attività amministrativa[26]. Auletta rileva come alla Banca d'Italia viene assegnato dalla legge il compito di vigilanza in materia bancaria (art. 5 t.u.b.) e che il cliente che si rivolge all'ABF non fa altro che sollecitare l'esercizio di tale attività di vigilanza nel contesto dei rapporti fra banche e clienti. Ad avviso di chi scrive la decisione dell'ABF può essere considerata poco più di una sorta di parere pro veritate, reso da un gruppo di esperti, sulla fondatezza della pretesa avanzata dal ricorrente[27]. Scrivo "poco più" in quanto la decisione dell'ABF determina in ogni caso l'importante effetto di soddisfare il requisito di procedibilità dell'azione civile davanti al giudice ordinario e implica inoltre, in capo alle parti, il pagamento delle spese del procedimento (20 euro per il cliente soccombente e 200 euro per l'intermediario soccombente). Per certi versi si può equiparare la decisione dell'ABF alla proposta di conciliazione prevista dall'art. 11, comma 1, d.lgs. n. 28/2010, con la differenza che la decisione dell'ABF non è propedeutica ad alcun - auspicabile - accordo fra le parti, ma configura una decisione che le parti devono rispettare (anche se la pronuncia è munita di una sanzione poco efficace per il caso d'inadempimento, consistente nella mera pubblicazione sul sito della notizia dell'inadempimento dell'intermediario). Ciò che consegue alla decisione dell'ABF non è un "accordo" delle parti, ma un "adempimento". Non mi pare che si possa parificare tale "adempimento" a un "accordo": l'intermediario adempie, così come si adempie a una condanna civilistica, non perché si è d'accordo con il suo contenuto, ma perché un'autorità impone di farlo.

A scanso di equivoci va infine chiarito che la decisione dell'ABF non è vincolante per l'autorità giudiziaria, che dovesse essere adita successivamente. L'esperienza pratica mostra che gli

intermediari adempiono nella quasi totalità dei casi alle decisioni dell'ABF. Non sono però disponibili studi statistici sul caso inverso: quale percentuale di clienti la cui domanda sia stata rigettata si rivolga al giudice per ottenere soddisfazione. L'autorità giudiziaria successivamente adita può ovviamente decidere diversamente rispetto all'ABF. Tuttavia è lecito assumere che in non pochi casi i giudici si adegueranno alle sue indicazioni. Si è già rinvenuta una prima decisione della magistratura civile in cui si fa riferimento alla giurisprudenza dell'ABF (e alla quale il giudice si è adeguato)[28], ma il numero di provvedimenti giudiziari così impostati è destinato - a mio avviso - a aumentare. La competenza dei soggetti che compongono l'organo decidente dell'ABF, il fatto che si tratti di un collegio numeroso (cinque membri) e l'esperienza che questi maturano nel diritto bancario sono tutti elementi che inducono ad assegnare una certa autorevolezza alle decisioni assunte dall'ABF.

[1] Su nomina di Banca d'Italia l'autore è membro dell'organo decidente dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) nel collegio di Milano. Si segnala che le opinioni espresse in questo articolo hanno carattere personale e non necessariamente coincidono con quelle dell'organo di appartenenza. In nessun caso le opinioni qui espresse possono considerarsi vincolanti per l'ABF.

[2] La dottrina sulla mediazione, pubblicata a seguito dell'emanazione del d.lgs. n. 28/2010, è già molto ampia. A titolo esemplificativo cfr. i volumi di AA.VV., *La mediazione delle controversie*, a cura di M. Martello / C. Vaccà, Milano, 2010; AA.VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, a cura di P. L. Amerio, Milano, 2011; AA.VV., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di M. Bove, Padova, 2011; AA.VV., *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, a cura di B. Sassani / F. Santagada, Roma, 2011; F. Cuomo Ulloa, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011; R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011. V. inoltre E. M. Appiano, *Contributo al dibattito sulla mediazione civile e commerciale*, in *Contr. impr. / Eur.*, 2011, 97 ss.; C. Corbi, *La mediazione civile e i sospetti di illegittimità costituzionale per eccesso di delega*, in *Riv. arb.*, 2011, 102 ss.; I. Pagni, *La mediazione nelle controversie commerciali*, in *Analisi giur. econ.*, 2011, I, 17 ss.; S. Viotti, *Le questioni di legittimità costituzionale sulla mediazione civile e commerciale*, in *Giur. mer.*, 2011, 1944 ss.

[3] Sulla disciplina dell'ABF cfr. F. Auletta, *Arbitro bancario finanziario e "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie"*, in *Società*, 2011, 83 ss.; E. Capobianco, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in *Contr. impr. / Eur.*, 2011, 134 ss.; C. Consolo / M. Stella, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitro, del nuovo*

ABF, "scrutatore" di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria, in *Corr. giur.*, 2011, 1653 ss.; G. Costantino, L'Arbitro bancario finanziario, in *Foro it.*, 2010, V, 278 ss.; M. S. Desario, Profili d'impatto delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario sugli intermediari, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, 492 ss.; F. R. Fantetti, L'arbitro bancario finanziario quale sistema di risoluzione alternativa delle controversie tra investitore e intermediario, in *Resp. civ.*, 2010, 855 ss.; A. V. Guccione / C. A. Russo, L'arbitro bancario finanziario, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 475 ss.; G. Guizzi, L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF, in *Società*, 2011, 1216 ss.; M. Maione, Forma e sostanza nelle delibere dell'Arbitro Bancario Finanziario, in *Società*, 2012, 437 ss.; M. Maione, Profili ricostruttivi di una (eventuale) legittimazione a quo dei Collegi dell'Arbitro Bancario Finanziario, in *Riv. arb.*, 2010, 709 ss.; V. Petrella, L'arbitrato bancario finanziario, in *AA.VV.*, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, a cura di C. Punzi, 2a ed., 3° vol., Padova, 2012, 287 ss.; A. Pierucci, L'Arbitro Bancario e Finanziario, in *AA.VV.*, *Arbitrato*, a cura di Bonelli Errede Pappalardo Studio Legale, Milano, 2012, 341 ss.; S. Ruperto, L'"arbitro bancario finanziario", in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, 325 ss.; V. Tavormina, L'Arbitro Bancario Finanziario (un altro episodio de "I nuovi mostri"), in *Corr. giur.*, 2011, 1021 ss.; G. Vecchio, L'arbitro bancario e finanziario si confronta con i "danni punitivi", in *Vita not.*, 2010, I, 1341 ss.

[4] In materia d'intermediazione finanziaria l'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010 stabilisce che il potenziale attore debba esperire il procedimento di mediazione disciplinato da tale decreto oppure, in alternativa, il procedimento previsto dal d.lgs. n. 179/2007. Sulla procedura di conciliazione in materia di servizi d'investimento istituita presso la Consob sia consentito il rinvio a V. Sangiovanni, La conciliazione stragiudiziale presso la Consob, in *Riv. arb.*, 2010, 213 ss.

[5] Nel corso di questo articolo vedremo in dettaglio come la procedura davanti all'ABF non possa essere equiparata a un vero e proprio procedimento arbitrale, soprattutto per la considerazione che la decisione assunta nel merito dal collegio non è equiparabile al lodo, non potendo essere oggetto di esecuzione forzata. Ma anche l'espressione di "mediazione", per designare la procedura che si svolge innanzi all'ABF, va usata con una certa cautela. Dal punto di vista dell'analisi del testo normativo si può segnalare come la legge (art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010) si esprima con le seguenti espressioni: "procedimento di mediazione" per quanto riguarda quello previsto in via generale dal d.lgs. n. 28/2010; "procedimento di conciliazione" per quello istituito in seno alla Consob; semplice "procedimento" per quello che si svolge davanti all'ABF. Nel prosieguo tenderemo pertanto a evitare il termine "mediazione" con riferimento all'ABF, privilegiando la terminologia generica di sistema di "risoluzione alternativa delle controversie".

[6] Si badi altresì che, mentre gli organismi di mediazione hanno in genere una competenza non limitata per quanto riguarda l'oggetto, nel senso che possono conoscere di controversie su tutte le materie elencate nell'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010, esiste un altro organismo di mediazione, il Conciliatore Bancario Finanziario, che dispone di una competenza limitata per materia. Segnatamente il Conciliatore Bancario Finanziario può occuparsi di controversie in materia bancaria, finanziaria e societaria (così, letteralmente, l'art. 2 del suo regolamento di procedura per la mediazione). La sua attività si estende pertanto alle stesse materie di cui può occuparsi l'ABF (bancaria) e la Camera di conciliazione presso la Consob (finanziaria), cui va però ad aggiungersi quella societaria. Come la Consob, il Conciliatore Bancario Finanziario offre non solo un servizio di conciliazione, ma anche di arbitrato. Ulteriori informazioni sulla composizione e il funzionamento del Conciliatore Bancario Finanziario possono essere reperite sul sito del medesimo (www.conciliatorebancario.it).

[7] I soggetti indicati dall'art. 115 t.u.b. sono le banche e gli intermediari finanziari.

[8] In aggiunta alla legge e alla delibera CICR vanno ricordate anche le regole attuative emanate dalla Banca d'Italia. Al riguardo fra i documenti più recenti si possono menzionare le "Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari", 12 dicembre 2011, in www.arbitrobancariofinanziario.it, che sono state adottate anche per gli opportuni adattamenti resi necessari dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 28/2010 sulla mediazione.

[9] In materia sarebbe certamente utile un protocollo d'intesa fra Banca d'Italia e Consob, o qualche altro simile strumento interpretativo, che tracci con precisione i differenti ambiti di competenza.

[10] In materia di contratti d'intermediazione finanziaria cfr. M. G. Baratella, La forma scritta e i c.d. contratti di intermediazione finanziaria nella ricostruzione giurisprudenziale, in *Resp. civ.*, 2010, 688 ss.; S. Guadagno, Mancato adeguamento del contratto quadro tra "nullità sopravvenuta parziale" e inefficacia, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 610 ss.; E. Guerinoni, Le controversie in tema di contratti di investimento: forma, informazione, ripensamento e operatore qualificato, in *Corr. giur.*, 2011, 35 ss.; R. Maragno, La nullità del contratto di intermediazione di valori mobiliari per difetto di sottoscrizione dell'intermediario, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 932 ss.; V. Sangiovanni, Il contratto d'intermediazione finanziaria, in *Obbl. contr.*, 2011, 770 ss.

[11] Fra i contributi di dottrina che si occupano di polizze linked cfr. P. Gobio Casali, La pignorabilità delle somme dovute in relazione a polizze vita di natura prevalentemente

finanziaria, in *Giur. it.*, 2011, 1561 s.; A. Greco, *Violazione del principio di buona fede e tutela dei sottoscrittori di polizze vita index linked*, in *Obbl. contr.*, 2010, 584 ss.; S. Guadagno, *La natura delle polizze unit linked e la disciplina applicabile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 155 ss.; S. Landini, *Art. 1923 cod. civ. e polizze index e unit linked*, in *Riv. giur. sarda*, 2011, I, 394 ss.; C. Palmentola, *Sulla pignorabilità delle polizze index linked*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 190 ss.; V. Sangiovanni, *Le polizze linked come prodotti finanziari e la forma scritta del contratto*, in *Contratti*, 2012, 357 ss.; F. Schettino, *Impignorabilità delle polizze index linked: la funzione previdenziale delle polizze di assicurazione sulla vita*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, 712 ss.

[12] Si potrebbe allora arrivare perfino ad affermare che la deliberazione CICR contrasta con la legge, ponendo un limite all'ambito di applicazione di quest'ultima. In questo senso pare V. Tavormina, *op. cit.*, 1024.

[13] La disposizione in esame si riferisce inoltre al caso in cui la controversia è già stata decisa in via definitiva dall'autorità giudiziaria: in questa ipotesi non residuano margini per un intervento dell'ABF, in quanto è venuta meno la stessa lite, che è stata definita altrove.

[14] Le disposizioni regolamentari prevedono, con una norma attinente all'organizzazione interna delle banche, che presso l'intermediario debba operare un ufficio reclami ovvero debba essere individuato il responsabile della relativa funzione (art. 4, comma 2, delib. CICR. n. 275/2008). L'ufficio reclami può pertanto consistere anche di una sola persona: l'importante è che vi sia almeno un soggetto preposto a esaminare e a rispondere alle lamentele provenienti dalla clientela.

[15] In questo senso pare esprimersi anche G. Guizzi, *op. cit.*, 1220, laddove segnala che il provvedimento dell'ABF è "una decisione il cui contenuto ... non può mai andare al di là dell'oggetto della domanda dell'istante".

[16] Con l'esclusione dei casi, cui abbiamo già accennato sopra, in cui è possibile rivolgersi immediatamente all'autorità giudiziaria: provvedimenti urgenti e cautelari nonché procedimenti d'ingiunzione (cfr. i commi 3 e 4 dell'art. 5 d.lgs. n. 28/2010).

[17] In materia di pronuncia secondo equità cfr. M. Bona, *Sezioni unite versus Sezioni unite: i contrasti sul regime risarcitorio di cui all'art. 113, comma 2, c.p.c. e sui pregiudizi non patrimoniali c.d. "bagatellari"*, in *Giur. it.*, 2009, 2642 ss.; B. Buttazzi, *La Corte di Cassazione sul risarcimento del danno non patrimoniale nel giudizio di equità necessaria*, in *Resp. civ.*, 2009, 960 ss.; F. Ferrari, *Ambito della pronuncia secondo equità ex art. 113, comma 2, c.p.c.*,

in Giudice di pace, 2010, 34 ss.; M. Maffuccini, Equità del giudice e potere arbitrario tra storia e attualità: riflessioni a margine di Corte cost. 6.7.2004, n. 206 e di Cass. 11.1.2005, n. 382, in Nuova giur. civ. comm., 2006, I, 56 ss.; R. Martino, Decisione equitativa e “principi informativi della materia”, in Riv. dir. proc., 2005, 1353 ss.

[18] In tema di obbligo di motivazione delle sentenze cfr. V. Carnevale, Il controllo sulla motivazione delle sentenze di merito: le costanti giurisprudenziali e le modifiche legislative, in Nuova giur. civ. comm., 2009, I, 94 ss.; S. Monaci, L'esperienza della motivazione nelle sentenze civili, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1999, 253 ss.; R. Rordorf, Nuove norme in tema di motivazione delle sentenze e di ricorso per cassazione, in Riv. dir. proc., 2010, 134 ss.; C. Scalinci, La motivazione per relationem e l'obbligo di allegare l'atto richiamato o di riprodurne il contenuto essenziale, in Giur. mer., 2011, 228 ss.

[19] Sulla motivazione del lodo v. A. Berlinguer, “Ius dicere” nell'arbitrato: note comparative sulla motivazione del lodo, in Riv. arb., 2000, 313 ss.; L. Laudisa, Omessa motivazione del lodo, impugnazione per nullità e ricorso per cassazione, in Riv. arb., 2000, 718 ss.; L. Paolini, Rilievi in tema di nullità del lodo arbitrale per vizi attinenti la motivazione, in Giur. it., 2001, 1615 s.; A. Villecco, Sulla nullità del lodo per vizi logici della motivazione e per violazione del contraddittorio nell'espletamento della consulenza tecnica, in Riv. arb., 2007, 64 ss.

[20] Più precisamente nel periodo dal 15 ottobre 2009 al 31 dicembre 2010 risulta che siano stati presentati 3.409 ricorsi all'ABF. Non si sono rinvenuti sul sito riferimenti a intermediari inadempienti a tali decisioni. I tre casi attualmente pubblicati sul sito dell'ABF riguardano decisioni assunte a partire dal gennaio 2011.

[21] Leggermente diversa appare la posizione espressa da G. Guizzi, op. cit., 1221 s., il quale pone l'accento sulla circostanza che le parti, perlomeno quando partecipano ambedue al procedimento, si assoggettano volontariamente alla procedura dell'ABF. Secondo l'autore, da tale adesione volontaria deriva la vincolatività della decisione resa dall'ABF e la sua sostanziale assimilabilità all'arbitrato, quantomeno a quello irrituale.

[22] ABF, Collegio di Napoli, 6 luglio 2010, in Riv. arb., 2010, 705 ss., con nota di M. Maione. Maione, nella sua nota, aderisce nella sostanza alla posizione assunta dall'ABF di Napoli. L'autrice rileva in particolare, alla pagina 725, che “solo riconoscendo all'organo giudicante dell'ABF il potere di rimessione degli incidenti di costituzionalità può realizzarsi nel settore della vigilanza sul credito la certezza del diritto e l'osservanza della Costituzione. Precludere invece l'accesso incidentale vorrebbe dire consentirgli di applicare leggi di dubbia costituzionalità nello svolgimento delle sue attribuzioni, con effetti pregiudizievoli sul sistema

finanziario”.

[23] Corte cost., 21 luglio 2011, n. 218, ord., in *Corr. giur.*, 2011, 1652 ss., con nota di C. Consolo / M. Stella.

[24] L'esito di un procedimento di mediazione (= verbale di accordo) non può essere definito come una “decisione”, in quanto il verbale non è determinato nel suo contenuto da un organo terzo, ma rappresenta solo il risultato dell'accordo intercorso fra le parti. La legge si limita a esigere che il contenuto di tale accordo non sia contrario all'ordine pubblico o a norme imperative (art. 12, comma 1, d.lgs. n. 28/2010), per il resto è rimesso alla volontà concorde dei soggetti interessati.

[25] Sull'efficacia del verbale di conciliazione cfr. E. D'Alessandro, Il conferimento dell'esecutività al verbale di conciliazione stragiudiziale e la sua circolazione all'interno dello spazio giudiziario europeo, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1157 ss.; G. Liguori, Il verbale di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali: nuovo titolo esecutivo, in *Vita not.*, 2011, I, 831 ss.; F. Petrolati, Controversia sull'usucapione: accesso alla mediazione e trascrivibilità del verbale di conciliazione, in *Giur. mer.*, 2011, 3126 ss.; A. Riccio, La natura contrattuale dei verbali di conciliazione giudiziale e la loro impugnabilità per illiceità della causa in concreto, in *Contr. impr.*, 2011, 56 ss.

[26] Mi riferisco ai ragionamenti svolti da F. Auletta, *op. cit.*, 87 ss.

[27] In questo senso in particolare S. Ruperto, *op. cit.*, 335, secondo cui “la decisione dell'Organo sembra allora ridursi a una sorta di parere pro veritate, essendo l'organo decidente sostanzialmente investito dalla Banca d'Italia dell'incarico di esprimere una valutazione sulla controversia in atto fra l'intermediario e il cliente: incarico per l'esecuzione di una prestazione intellettuale. L'organo svolge un'attività logica, di giudizio, consistente nel prendere posizione rispetto alla controversia attribuendo una ragione e un torto, ma solo in astratto, cioè senza che si producano effetti propriamente accertativi”. Su posizioni simili anche C. Consolo / M. Stella, *op. cit.*, 1655, secondo i quali gli scarni indici normativi fanno pensare “ad un procedimento sui generis la cui finalità precipua, lungi dall'esser quella di risolvere autoritativamente una controversia in essere fra le parti, sembra a noi piuttosto quella di prevenirne l'insorgenza (stroncando sul nascere il possibile suo approdo giudiziario), facendo vedere subito alle parti quale sarebbe l'esito verosimile della lite una volta che un (vero) giudice fosse investito della domanda giudiziale. È segnatamente questa possibilità di ottenere, in tempi celeri e senza soverchi costi per il ricorrente, una valutazione di tipo prognostico sull'esito finale di una lite (ancora potenziale) tra cliente ed intermediario la ratio

che secondo noi permea l'ABF".

[28] Mi riferisco in particolare a Trib. Rimini, 22 agosto 2011, ord., in www.ilcaso.it, provvedimento nel quale l'autorità giudiziaria riminese fa riferimento a una decisione dell'ABF (in materia di nozione di "giustificato motivo" per l'esercizio dello ius variandi) per fondare la propria decisione, in considerazione del fatto che non ha rinvenuto precedenti editi sul punto.

.

Related Posts

1. [Il controllo giudiziario sulla gestione delle società per azioni](#)
2. [La mediazione obbligatoria in materia di contratti bancari](#)
3. [Il commentario delle disposizioni penali del Testo unico delle leggi penali bancarie. Le disposizioni penali \(Artt. 130 - 143\)](#)
4. [La clausola "floor" nei contratti di finanziamento. Dai presupposti della sua applicabilità nelle pronunce dell'Arbitro Bancario e Finanziario alla sua eventuale nullità.](#)