
L'Arbitro Bancario Finanziario: la particolare configurazione della risoluzione stragiudiziale delle controversie bancarie

Roberto Caratozzolo

Ricercatore di Diritto dell'economia nell'Università di Messina

SOMMARIO: 1. Le ragioni giustificative della disciplina sulle ADR nel sistema bancario e gli obiettivi connessi. - 2. Lineamenti procedurali dell'Arbitro Bancario Finanziario. - 3. La pronuncia dell'Organo Decidente e la risoluzione della controversia. - 4. Conclusioni.

1. Le ragioni giustificative della disciplina sulle ADR nel sistema bancario e gli obiettivi connessi

L'esperienza tratta dalla recente crisi economico-finanziaria e dalle connesse conseguenze recessive, ha fatto emergere, tra l'altro, il convincimento della necessità di individuare una serie di misure volte a restituire ai risparmiatori la fiducia persa nei confronti del sistema finanziario. La diffusione di pratiche degenerative, fondate su inadeguate operazioni di collocamento di prodotti indecifrabili ed eccessivamente rischiosi che hanno indebitamente riversato su soggetti inesperti ed ignari gli effetti di operazioni altamente speculative, ha profondamente incrinato il rapporto fiduciario che lega intermediari e clienti⁽¹⁾, facendo crollare la reputazione dell'intero comparto fino a dubitare della bontà dell'azione delle istituzioni bancarie e del ruolo, storicamente riconosciuto, di principale baluardo per la sicurezza e l'affidabilità della conservazione e dell'impiego dei risparmi delle famiglie. Tali fenomeni, peraltro, hanno comportato una contrazione della raccolta del risparmio dovuta ad una generale ritrosia nell'utilizzo di risorse economiche, oltre ad un peg-

(1) È noto che i clienti, ove non posseggano specifiche e sufficienti conoscenze tecniche per valutare appieno i prodotti offerti sul mercato, si affidano all'esperienza dell'intermediario, con il quale instaurano un rapporto di fiducia. In tal senso M. CANNAVÒ, *Le forme di tutela giudiziale e stragiudiziale del consumatore di servizi finanziari in Europa*, in *Il «Diritto Privato Europeo» dal mercato interno alla cittadinanza europea*, a cura di F.P. Traisci, Napoli, 2010, p. 317 ss.

gioramento della qualità dell'attivo e della domanda dei servizi offerti dagli intermediari⁽²⁾. A causa di ciò, la tutela del risparmiatore ha assunto rinnovato interesse, rappresentando un fattore irrinunciabile per il mantenimento della propensione all'investimento su livelli adeguati a garantire la circolazione di sufficienti flussi di ricchezza nel sistema⁽³⁾.

Per la soluzione di siffatte anomalie, il legislatore ha predisposto un articolato sistema disciplinare, fondato su previsioni dirette a dare piena attuazione ai principi fondamentali di efficienza e stabilità del sistema finanziario, oltre che di correttezza e trasparenza dei rapporti instaurati, di comprensibilità dei servizi e dei prodotti offerti e, conseguentemente, di piena e completa consapevolezza delle scelte effettuate dai clienti. In questa scia si pongono i più recenti provvedimenti normativi che, con tecniche di intervento assolutamente innovative che si affiancano a quelle tradizionalmente applicate al settore bancario, si propongono di offrire nuove soluzioni capaci di realizzare i delineati obiettivi. Così, accanto all'azione preventiva - caratterizzata dall'imposizione sugli intermediari di stringenti obblighi comportamentali, informativi ed organizzativi capaci di garantire lo svolgimento di rapporti corretti e trasparenti - ed a quella di vigilanza - volta a verificare la concreta attuazione delle regole previste ed a reprimere eventuali condotte illecite - il legislatore speciale si è fatto carico di intervenire in quella fase del rapporto negoziale, precedentemente priva di regolamentazione. La normativa dettata in materia di sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie si propone, per l'appunto, di offrire alle parti una serie di strumenti per la composizione di una patologia del rapporto instaurato, con modalità, alternative alle tecniche rimediali civilistiche e processuali, maggiormente compatibili con le loro rispettive esigenze ed indipendenti dalle procedure giudiziali tradizionali⁽⁴⁾.

(2) Come sottolineato da A.M. TARANTOLA, *La Trasparenza sostanziale nei rapporti tra banche e clienti: la visione della Banca d'Italia*, intervento al 7° Convegno *Compliance Aicom-Dexia Crediop Spa «La trasparenza: tutela formale o reale del cliente?»* reperibile sul sito istituzionale della Banca d'Italia, non è un caso che gli intermediari che hanno saputo costruire nel tempo una solida base di raccolta al dettaglio hanno retto alla crisi meglio di altri, proprio grazie alla fiducia che hanno saputo conquistarsi attraverso relazioni corrette e trasparenti con la clientela.

(3) Secondo G. BOCCUZZI e A. VALSECCHI, *Tutela della clientela e regolamentazione bancaria e finanziaria*, in *Quaderni di ricerca giuridica* della Consulenza Legale della Banca d'Italia, n. 68, Roma, 2010, p. 13, «la fiducia del cliente è una componente fondamentale per il buon funzionamento del circuito virtuoso che, convogliando il risparmio verso il sistema finanziario, consente l'immissione dello stesso nel ciclo produttivo, alimentando la crescita economica».

(4) Per F. MAIMERI, *L'Arbitro Bancario Finanziario: dall'iniziativa degli operatori*

Questi nuovi sistemi, infatti, sono stati ritenuti pienamente compatibili con i tipici criteri informativi del mercato finanziario, per le ricadute positive che essi possono comportare non soltanto in capo agli intermediari, in relazione al contenimento dei rischi legali, reputazionali e di liquidità nonché per l'incentivazione del rispetto dei principi di trasparenza e correttezza nello svolgimento della propria attività e per il miglioramento dei rapporti con la clientela, ma anche in favore degli interessi dei clienti, in quanto capaci di fornire, in tempi ristretti, quelle soluzioni concrete che la giustizia ordinaria, purtroppo, non sembra riuscire a dare⁽⁵⁾.

Più in generale, il ricorso a tali nuove tecniche - che, per loro stessa natura, sono dirette a mantenere o a ricucire il rapporto già esistente tra le parti (*c.d. mending justice*), prescindendo da una pronuncia giudiziale spesso incurante dello stesso se non, addirittura, concausa della sua definitiva interruzione - è stato considerato particolarmente utile, nel settore che ci occupa, dal momento che la stabilità e la solidità del rapporto tra cliente e intermediario, oltre a mantenere integra la fiducia sottostante e a garantire correttezza dei comportamenti, può influire su ulteriori aspetti che, travalicando quelli prettamente contrattualistici, possono essere in grado di influire sull'efficienza, e sul buon funzionamento dell'assetto complessivo del mercato finanziario. Relazioni non conflittuali, trasparenti e durature incrementano la fiducia del cliente nell'operato dell'intermediario e mantengono inalterata la sua propensione all'utilizzo dei prodotti e servizi offerti, attenuando, così, le ripercussioni negative sull'economia reale⁽⁶⁾.

all'imperio legislativo, in *Scritti in Onore di Francesco Capriglione*, Padova, 2010, p. 405 ss, l'affidamento delle nuove procedure espressamente disciplinate alla Banca d'Italia costituisce una scelta di politica legislativa generalizzata, in quanto ripetuta anche per quelle attribuite alla Consob.

(5) È interessante richiamare, a tal proposito, la ricostruzione, fondata su presupposti diametralmente opposti, operata da quanti ritengono che il ricorso alla giustizia alternativa non può essere giustificato dalle carenze tipiche che affliggono quella ordinaria ma, al contrario, è direttamente proporzionale all'efficienza di questa. In tal senso C. CONSOLO e M. STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, in *Analisi giur. econ.*, 2011, n. 1, p. 128, per i quali «la giustizia ADR, in quanto giustizia alternativa, funziona bene proprio quando la giustizia ordinaria funziona, almeno un poco e dunque quale temibile deterrente. Ché solo allora la parte che ha torto teme il giudizio perché sa essere ridotte le sue chances di restare impunita, e sarà così indotta a percorrere la via conciliativa, che le risparmi una sicura soccombenza e quanto ne consegue».

(6) In tal senso espressamente A.M. TARANTOLA, *La Banca d'Italia e la tutela del consumatore nei servizi bancari e finanziari*, in *La riforma del codice del consumo: la tutela del consumatore-cliente nei servizi bancari e finanziari*, intervento al Ventennale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato reperibile sul sito istituzionale della Banca d'Italia.

Su queste linee direttive si sviluppa, all'interno delle disposizioni relative alla trasparenza bancaria, la disciplina dell'Arbitro Bancario Finanziario che, inserendosi nel più ampio e variegato panorama delle *Alternative Dispute Resolution*, si caratterizza per la presenza di una serie di elementi del tutto peculiari che ne determinano una configurazione assolutamente particolare⁽⁷⁾.

La sua introduzione è dovuta alla l. 28 dicembre 2005, n. 262 sulla tutela del risparmio, il cui art. 29, successivamente modificato dal d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303⁽⁸⁾, ha aggiunto l'art.128 *bis* al Testo unico bancario. La disciplina primaria viene completata dalle previsioni secondarie, contenute nella delibera del Cibr 29 luglio 2008, n. 275, nelle successive disposizioni di attuazione della Banca d'Italia del 18 giugno 2009, del 12 dicembre 2011 e del 13 novembre 2012 e, da ultimo, nel regolamento per il funzionamento dell'organo decidente, adottato dallo stesso ABF.

La presente breve indagine si propone di individuare alcuni elementi salienti che connotano tale nuovo istituto ed i tratti distintivi che ne comportano una configurazione assolutamente particolare, nell'ambito della più vasta categoria degli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie, al fine di sottolinearne le potenzialità e, di contro, gli aspetti di criticità dovuti all'inquadramento delle nuove disposizioni nel complessivo quadro regolamentare finanziario.

2. Lineamenti procedurali dell'Arbitro Bancario Finanziario

Le richiamate disposizioni individuano nella rapidità, economicità ed effettività della tutela apprestata al cliente i principi fondamentali dei nuovi strumenti di risoluzione stragiudiziale. L'Arbitro Bancario Finanziario, infatti, ha lo scopo di dirimere in modo imparziale, rapido, efficace e pienamente autonomo le controversie insorte tra clienti ed intermediari.

La normativa secondaria provvede a dare attuazione a detti principi. Primo tra essi quello di indipendenza ed autonomia dell'organo

(7) Per una attenta ricostruzione sistematica del fenomeno delle ADR nel nostro ordinamento bancario si veda M. PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2007, *passim*; ID, *Sistemi di ADR in ambito bancario e finanziario*, in *ABF e supervisione bancaria*, a cura di F. Capriglione e M. Pellegrini, Padova, 2011, p. 23 ss., ove vengono sottolineati il ruolo e le funzioni particolari che simili procedure svolgono nel settore di riferimento.

(8) L'originaria formulazione dell'art. 29 prevedeva l'adesione a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con i consumatori. Il citato decreto correttivo ha modificato tale riferimento con il termine clientela, ampliando, nei fatti, l'operatività di tali strumenti.

decidente, in relazione al quale vengono disciplinate le modalità per la nomina dei componenti, da parte della Banca d'Italia, volte ad assicurare neutralità, professionalità e rappresentanza di tutte le categorie di soggetti coinvolte in un'operazione bancaria. A tal fine, è previsto che il presidente e due membri vengano scelti dalla Banca d'Italia e gli altri due designati rispettivamente dagli intermediari e dalle associazioni rappresentative dei clienti⁽⁹⁾. Tutti i componenti dovranno possedere specifici requisiti di esperienza, professionalità in materia bancaria, finanziaria e di tutela dei consumatori, integrità⁽¹⁰⁾ e indipendenza e, per garantire la loro imparzialità, non dovranno aver svolto, nel biennio precedente la nomina, alcun tipo di attività in favore di intermediari ovvero di associazioni di consumatori⁽¹¹⁾.

La presenza di tali requisiti dovrebbe limitare possibili interferenze tra le varie funzioni attribuite alla medesima autorità di vigilanza e garantire autonomia decisionale ed indipendenza dell'attività svolta⁽¹²⁾. Essi, infatti, nelle intenzioni del legislatore, rappresentano una sorta di presidio protettivo del cliente, fondato su elevati livelli di professionalità tecnica e di imparzialità, strumentali al buon funzionamento ed alla regolarità della procedura.

(9) Per N. SOLDATI, *L'Arbitro Bancario Finanziario della Banca d'Italia (ABF)*, in *Contratti*, 2009, p. 858, l'affidamento della scelta della maggioranza dei componenti alla Banca d'Italia dovrebbe garantire che l'organo decidente non sia sede di conflitto tra interessi contrapposti, ma arbitro equidistante a garanzia di un giudizio indipendente nei confronti di entrambe le parti in lite.

(10) Ai sensi dell'art. 3 della Delibera Cicr, non possono essere nominati componenti dell'organo decidente coloro i quali: *a)* siano stati condannati per uno dei reati previsti dalle norme che disciplinano l'attività bancaria, finanziaria, mobiliare, assicurativa, dalle norme in materia di mercati e valori mobiliari e di strumenti di pagamento, ovvero per i reati di riciclaggio e di usura; *b)* abbiano riportato condanne definitive per altri delitti non colposi o a pena detentiva, anche per contravvenzione; *c)* abbiano riportato condanne a pena detentiva, applicata su richiesta delle parti, non inferiore a sei mesi; *d)* siano incorsi nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici; *e)* siano stati sottoposti a misure di prevenzione o di sicurezza.

(11) Ai fini della valutazione di tale competenza sono considerate le esperienze nel settore finanziario (esponenti aziendali, componenti gli organi delle procedure di crisi, dipendenti delle autorità di vigilanza, revisori contabili, consulenti) e quelle maturate in generale nel campo dell'arbitrato o della conciliazione, nonché l'attività di docenza e le pubblicazioni in discipline giuridiche ed economiche.

(12) Critico sulla tecnica legislativa è F. MAIMERI, *op. cit.*, p. 414, secondo cui «la vera novità della normativa in esame consiste nell'aver attribuito il ruolo di solutore delle controversie e di tutela della clientela alla medesima Autorità che vigila sugli intermediari, che mal si concilia con le altre competenze ad essa attribuite generando inevitabili conflitti di interesse, che rimedi formali appaiono in grado di superare più nella forma che nella sostanza».

Tutti gli intermediari, di cui al citato art. 115 t.u.b., sono tenuti ad aderire all'ABF⁽¹³⁾. Tale circostanza costituisce una condizione per lo svolgimento dell'attività bancaria e per la prestazione dei servizi di pagamento, sottoposta a controllo e valutazione da parte della Banca d'Italia. Sebbene le disposizioni di attuazione indichino l'adesione al sistema come un obbligo, il cui inadempimento può essere sanzionato dalla Banca d'Italia, la dottrina specialistica è divisa sulla sua esatta configurazione, potendosi individuare un orientamento legato alla lettera della norma che ritiene trattarsi di vero e proprio obbligo, giuridicamente rilevante⁽¹⁴⁾, ed una diversa ricostruzione che lo ritiene un onere, la cui attuazione è prevista nello specifico interesse dell'intermediario⁽¹⁵⁾.

In effetti, è da sottolineare come l'adesione al sistema di composizione in esame se, per un verso, integra i requisiti che la legge richiede per l'ottenimento dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività dell'intermediario, per altro, tenuto conto del più ampio disegno delineato dalle nuove disposizioni, si rivela indispensabile anche per la realizzazione dei propri interessi, per i diversi aspetti evidenziati. Da ciò sembra più confacente, tenuto conto dell'impianto legislativo complessivo, configurare l'adesione alla stregua di un onere, il cui adempimento, tuttavia, non comporta per l'intermediario alcun formale obbligo né di partecipazione alla procedura né, come sarà esaminato di seguito, di adeguamento alla decisione assunta dall'Organo.

(13) Ai sensi delle disposizioni contenute nella Sezione II delle Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari emanate dalla Banca d'Italia, sono esclusi da tale obbligo di adesione gli intermediari aventi sede in un altro Stato membro dell'Unione Europea che operano in Italia in regime di libera prestazione di servizi, a condizione che aderiscano o siano sottoposti a un sistema di composizione stragiudiziale delle controversie estero partecipante alla rete Fin.Net promossa dalla Commissione Europea. A tali fini questi intermediari comunicano alla Banca d'Italia il sistema stragiudiziale al quale aderiscono.

(14) In tal senso F. AULETTA, *Arbitro Bancario Finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, in *Società*, 2011, p. 83 ss., per il quale gli intermediari sono obbligati ad aderire al sistema ma non anche assoggettati alle determinazioni sulla controversia. Tale obbligo si sostanzia in un *pati* dell'esposizione al procedimento amministrato dell'ABF. In senso conforme anche F. MAIMERI, *op. cit.*, p. 405 ss.; F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 261 ss.

(15) A tal proposito S. RUPERTO, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 325 ss., afferma che la norma di cui all'art. 128 bis è integrativa di un requisito previsto nell'interesse dello stesso soggetto onerato e non configurativa di un dovere il cui assolvimento dovrebbe tutelare un interesse altrui. In senso conforme anche M. PELLEGRINI, *Sistemi alternativi di composizione delle controversie bancarie*, in *L'ordinamento finanziario italiano*², a cura di F. Capriglione, Padova, 2010, p. 859 ss, M.R. LA TORRE, *Intermediari finanziari e soggetti operanti nel settore finanziario*, in *Trattato del diritto dell'economia*, a cura di E. Picozza e E. Gabrielli, Padova, 2010, p. 263 ss.

Per il cliente, invece, la scelta di sottoporre la controversia alla cognizione dell'ABF è assolutamente libera, ferma restando la irrinunciabilità del relativo diritto, che va espressamente indicato nel contratto a pena di impugnabilità⁽¹⁶⁾. Sarà, pertanto, ammesso il ricorso ad altri sistemi disciplinati dall'ordinamento ed aventi le medesime finalità, tenuto conto anche del disposto dell'art. 5 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, che configura una competenza alternativa e concorrente tra le procedure di mediazione e conciliazione, da un lato, e quelle disciplinate rispettivamente dall'art.128-*bis* t.u.b. e dal d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 dall'altro⁽¹⁷⁾. Da ciò deriva una sostanziale equiparazione tra le diverse procedure, non potendosi rintracciare alcuna riserva esclusiva in favore di una o delle altre, al di fuori di quelle attribuite rispettivamente per materia.

L'art. 1 della delibera CICR definisce la figura di cliente, individuandolo nel soggetto che ha o ha avuto, con un intermediario, un rapporto contrattuale inteso ad ottenere la prestazione di servizi bancari e finanziari e che non svolge in via professionale l'attività di intermediazione nei settori bancario, finanziario, assicurativo e previdenziale. Ne deriva che l'operatività del nuovo sistema è rivolta ai così detti clienti al dettaglio o *retail*, quali soggetti che non possiedono le conoscenze specifiche adeguate e il grado di esperienza tecnica necessaria a comprendere appieno la portata del contratto ed i rischi connessi, con esclusione, di contro, di quelli professionali, capaci di effettuare autonomamente le proprie scelte negoziali.

Gli intermediari obbligati ad aderire a tali procedure sono le banche, gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco di cui all'art. 106 t.u.b. che operano nei confronti del pubblico⁽¹⁸⁾, i confidi iscritti nell'elenco di cui

(16) A tal fine le banche e gli intermediari finanziari devono informare i propri clienti dell'esistenza di simile diritto e delle procedure di ricorso presso l'ABF, attraverso la Guida pratica messa a loro disposizione presso le varie dipendenze, il Documento contenente i principali diritti del cliente ed i Fogli informativi dei singoli servizi e prodotti offerti.

(17) Secondo l'art. 5, co. 1, «Chi intende esercitare in giudizio un'azione (...) è tenuto preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-*bis* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate».

(18) Le Disposizioni di attuazione della Banca d'Italia prevedono che le società veicolo (SPV) costituite nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione, anche qualora cessionarie di rapporti disciplinati ai sensi del titolo VI t.u.b. (es. mutui ipotecari, finanziamenti *revolving*), possono non aderire all'ABF qualora vi aderisca il soggetto incaricato dell'attività di *servicing*, purché quest'ultimo: a) sia contrattualmente incaricato di gestire il contenzioso relativo ai crediti ceduti per conto dell'SPV; b) abbia la facoltà di dare attuazione alle decisioni dell'ABF, fermo restando che le misure previste dalla sez. VI, par. 5, riguarderanno il soggetto incaricato dell'attività di *servicing*.

all'art. 112 t.u.b., 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 t.u.b.

La delimitazione della competenza oggettiva è prevista dal medesimo art. 1, per il quale la controversia deve riguardare le operazioni ed i servizi bancari e finanziari, con l'esclusione di quelli non assoggettati al titolo VI del Testo unico bancario, ai sensi dell'articolo 23, co. 4, t.u.f.⁽¹⁹⁾.

Potranno essere, pertanto, sottoposti al vaglio dell'ABF, indipendentemente dal valore del rapporto al quale si riferiscono, le controversie concernenti la materia tipicamente bancaria, come quelle relative a conti correnti, finanziamenti, mutui, carte di credito, carte di debito, *factoring*, con esclusione, al contrario, di quelle in materia di servizi e attività di investimento, di collocamento di prodotti finanziari⁽²⁰⁾, che rientrano nella competenza della Camera di Conciliazione ed Arbitrato istituita presso la Consob.

Ai fini dell'avvio della procedura, non sarà necessaria l'effettiva conclusione di un contratto con l'intermediario, essendo sufficiente anche la presenza di comportamenti tenuti durante la fase precontrattuale o in occasione di contatti di carattere professionale, instaurati tra clienti e intermediari.

Se la richiesta del ricorrente ha per oggetto la corresponsione di una somma di denaro a qualunque titolo, la controversia rientra nella cognizione dell'ABF, a condizione che l'importo richiesto non sia superiore a 100.000 euro⁽²¹⁾. Sono escluse le richieste di risarcimento per i danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione dell'intermediario, così come quelle relative a beni materiali

(19) L'art. 23, co. 4, t.u.f. esclude l'applicazione del titolo VI t.u.b. ai servizi e alle attività di investimento, al collocamento di prodotti finanziari nonché alle operazioni e ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell'art. 25-bis ovvero della parte IV, titolo II, capo I, del medesimo decreto legislativo. In ogni caso, alle operazioni di credito al consumo si applicano le pertinenti disposizioni del titolo VI t.u.b.

(20) In proposito, il Regolamento Consob del 29 dicembre 2008, disciplinante le procedure di conciliazione e arbitrato in materia di servizi di investimento e gestione collettiva del risparmio previste dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n.179, rimette a un protocollo di intesa tra la Camera di conciliazione e arbitrato istituita presso la Consob e il sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie di cui all'articolo 128-bis t.u.b. la risoluzione delle questioni relative all'ambito delle reciproche competenze.

(21) Per F. AULETTA, *op. cit.*, p. 85, tale limite non è funzionale alla determinazione della competenza dell'ABF, ma segna un limite alla forma di tutela erogabile, inibendo la dichiarazione di condanna al pagamento di somme eccedenti. Per S. RUPERTO, *op. cit.*, p. 341, tale limite si riconnette ad una competenza per valore dell'Organo.

o a servizi diversi da quelli bancari e finanziari, oggetto del contratto tra il cliente e l'intermediario ovvero di contratti ad esso collegati⁽²²⁾.

Anche l'articolazione territoriale in cui viene suddiviso l'Organo decidente, sembra essere volta ad agevolare la clientela. Essa, tuttavia, è stata criticata da quanti hanno sottolineato possibili rischi di disomogeneità delle decisioni assunte, in assenza di criteri uniformi di valutazione cui riferirsi⁽²³⁾. Tale eventualità, benché fondata, non appare oltremodo rilevante, per il fatto che simili criteri non vengono garantiti in nessun campo del nostro ordinamento, sia giudiziale che stragiudiziale va sottolineato che, sul punto, comunque, sono intervenute le disposizioni più recenti della Banca d'Italia, prevedendo che il collegio competente, nel caso in cui rilevi che la questione sottoposta al suo esame abbia dato ovvero possa dar luogo a orientamenti non uniformi tra i singoli collegi, può disporre che il ricorso venga esaminato e deciso da una particolare composizione dell'ABF, denominata collegio di coordinamento. In tal modo si è introdotto un elemento di assoluta novità, volto a garantire una tendenziale uniformità degli indirizzi assunti, confermato dal fatto che qualora i singoli collegi intendano discostarsi da una decisione del collegio di coordinamento, devono esplicitarne le ragioni.

In ottemperanza al principio di economicità, è previsto che il clienterisorrente debba versare un importo esiguo, a titolo di contributo per le spese di procedura, che dovrà essergli rimborsato dall'intermediario in caso di esito positivo della stessa.

L'attivazione del procedimento è sottoposta al ricorrere di due condizioni, costituite dalla mancata attivazione di un ricorso innanzi all'A.G.O. ovvero di altre procedure di conciliazione, avviate anche su iniziativa dell'intermediario a cui l'investitore abbia aderito⁽²⁴⁾ e dalla necessaria

(22) 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*.

(23) Così F. MAIMERI, *op. cit.*, p. 418, M. PELLEGRINI, *op. ult. cit.*, p. 878, secondo i quali l'articolazione territoriale dell'Organo decidente fa emergere il rischio di possibili conflitti di giudicati a fronte di ricorsi con identico contenuto presentati in diverse sedi.

(24) Ai sensi dell'art. 6, co. 4, della Delibera Cicr, 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 norme di legge. Se la conciliazione non riesce, il ricorso può essere riproposto senza necessità di un nuovo reclamo all'intermediario. 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. Parte della dottrina, N. SOLDATI, *Le procedure di conciliazione e di arbitrato nella legge sul risparmio*, in *Tratt. di dir. comm. e di dir. pubbl. econ.*, diretto da F. Galgano, *Le nuove regole del mercato finanziario*, LII, Padova, 2009, p. 539, ritiene questa condizione come un'applicazione del principio processuale del *ne bis in idem*, attraverso la

presentazione di un preventivo reclamo⁽²⁵⁾, presso l'ufficio appositamente organizzato dall'intermediario, che non abbia fornito adeguata risposta al cliente⁽²⁶⁾. Tale procedimento, che costituisce un ulteriore rimedio apprestato dall'ordinamento bancario in favore della clientela, è anch'esso caratterizzato da economicità, informalità e celerità e può fornire una prima immediata risposta alle doglianze del cliente. Un'adeguata gestione, anche di questa fase, può agevolare la conservazione del rapporto instaurato, assicurando massima attenzione fin dal verificarsi dei primi segnali del conflitto.

Solo qualora il cliente sia rimasto insoddisfatto ovvero nel caso in cui il reclamo non abbia avuto esito nei termini stabiliti, si potrà presentare ricorso all'ABF sulle medesime contestazioni, dando tempestiva comunicazione all'intermediario, entro il termine di dodici mesi dalla presentazione dello stesso. Il ricorso sarà indirizzato alla segreteria tecnica del collegio competente territorialmente, utilizzando la modulistica predisposta, e potrà essere presentato anche presso ogni Filiale della Banca d'Italia che provvederà, successivamente, ad inoltrarlo al collegio competente.

3. La pronuncia dell'Organo Decidente e la risoluzione della controversia

Elementi di assoluto interesse possono trarsi dall'analisi della disciplina sulla pronuncia dell'Organo Decidente e sugli effetti ad essa ricon-

quale si evita che le parti possano essere invitate più volte a partecipare ad un tentativo di conciliazione vertente sulla medesima controversia.

(25) Per reclamo si intende ogni atto con cui un cliente chiaramente identificabile contesta in forma scritta (es. lettera, fax, e-mail) all'intermediario un suo comportamento o un'omissione.

(26) Le Disposizioni di attuazione della Banca d'Italia stabiliscono, a tal proposito, che gli intermediari sono tenuti a dotarsi di adeguate strutture organizzative e procedure interne, istituendo un ufficio reclami o individuando un responsabile della funzione di gestione dei reclami della clientela. A tali fini gli intermediari applicano le disposizioni relative ai reclami contenute nella disciplina di trasparenza dei servizi bancari e finanziari. Le procedure interne adottate dall'intermediario assicurano, inoltre, che l'ufficio o il responsabile della gestione dei reclami: a) si mantenga costantemente aggiornato in merito agli orientamenti seguiti dall'organo decidente, attraverso la consultazione dell'archivio elettronico delle decisioni dei collegi pubblicato su internet ai sensi della sez. IV, par. 2; b) valuti i reclami pervenuti anche alla luce dei predetti orientamenti, verificando se la questione sottoposta dal cliente rientri in fattispecie analoghe a quelle già decise dai collegi e considerando le soluzioni adottate in tali casi. L'intermediario si pronuncia sul reclamo entro 30 giorni dalla ricezione del medesimo e indica, in caso di accoglimento, i tempi previsti per l'adempimento.

ducibili, in quanto rivelatori della singolarità del nuovo istituto delineato dal legislatore speciale e delle profonde differenze che lo connotano rispetto alle altre procedure di composizione stragiudiziale, riconducibili alla medesima categoria.

Nonostante l'eterogeneità delle forme, le tecniche di risoluzione alternativa delle controversie vengono tradizionalmente suddivise in due grandi categorie, a seconda del risultato che esse mirano ad ottenere e delle modalità di raggiungimento: da un lato vengono ricompresi quegli istituti riconducibili ai così detti modelli valutativi, caratterizzati dalla presenza di una pronuncia proveniente da un terzo e, dall'altro, quelli rientranti tra i così detti modelli conciliativi, nei quali le parti, appositamente coadiuvate, vengono facilitate nell'individuazione di una soluzione della lite insorta. Tutti i procedimenti sono caratterizzati dall'intervento di un soggetto, terzo rispetto ai contendenti, che, tuttavia, assume competenze e svolge funzioni rispettivamente diverse. Nei primi, il cui archetipo è costituito dall'arbitrato, il terzo pone termine alla controversia mediante una decisione autoritativa, riconducibile alla figura della sentenza, mentre, nei secondi, la cui principale figura di riferimento è rappresentata dalla mediazione, egli favorisce un dialogo tra le parti onde farle addivenire ad un accordo, gestito e scelto esclusivamente dalle medesime. L'ABF si inserisce nella più ampia categoria dei procedimenti valutativi, per la presenza di un terzo soggetto, che nella specifica ipotesi è l'organo decidente, cui le parti demandano la risoluzione della controversia insorta. Tuttavia esso si discosta dall'archetipo di tali metodologie, poiché presenta specifici aspetti, che ne configurano, in maniera peculiare, la struttura portante.

Avviato il procedimento, con le modalità sopra evidenziate, in attuazione del principio di immediatezza, l'organo decidente si pronuncerà nel termine di sessanta giorni dal momento in cui ha ricevuto le controdeduzioni dell'intermediario ovvero, in mancanza, dalla scadenza del termine per la loro presentazione.

Se la decisione accoglie il ricorso, totalmente o parzialmente, l'intermediario vi adempierà entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della comunicazione della pronuncia, ovvero nel diverso termine previsto dalla medesima. L'eventuale inadempimento alle prescrizioni della decisione, così come il ritardo nell'adempimento da parte dell'intermediario, verrà reso pubblico, attraverso l'inserimento di un'espressa comunicazione sul sito istituzionale dell'ABF e su due quotidiani ad ampia diffusione nazionale, a spese dello stesso soggetto inadempiente.

A ben vedere, proprio in questo momento, emerge una delle maggiori novità dell'ABF, data dal fatto che la decisione assunta dall'organo, a differenza degli altri modelli similari, è del tutto priva di valore precettivo,

non potendo produrre alcun effetto giuridico né nei confronti dell'intermediario né per il cliente⁽²⁷⁾. Mentre il primo, infatti, non è obbligato *ex lege* a dare esecuzione a quanto disposto dalla decisione, al secondo non è riconosciuto alcun diritto alla pretesa né alcuna titolarità di azioni coattive. Se ne deduce che, nonostante la lettera della norma adotti il termine di decisione o di giudizio, in effetti la pronuncia dell'organo difetta degli elementi costitutivi e della tipica efficacia che caratterizzano tali figure in quanto, non potendo incidere sulle posizioni giuridiche delle parti, non può fare stato tra esse, come previsto dal nostro ordinamento. L'unico effetto riconosciuto dalla disciplina, in caso di mancata conformazione dell'intermediario alle determinazioni dell'organo decidente, consiste nell'irrogazione di una "sanzione reputazionale", direttamente connessa alla pubblicità della sua inottemperanza. La *shame culture* su cui si fonda il sistema, ovvero il timore di far conoscere al mercato situazioni di inadempimento ai propri obblighi di comportamento così come eventuali disallineamenti dagli indirizzi individuati da un organo dotato di particolare qualificazione e professionalità, da cui possono derivare rischi di sviamento della clientela e di diffusa diffidenza, può favorire la conformazione dell'intermediario, il cui comportamento viene indirizzato attraverso una tecnica che richiama la *moral suasion* tipica dell'attività di vigilanza.

Per tali ragioni appare giustificato ritenere che l'eventuale soccombenza pronunciata dall'organo decidente sia soltanto virtuale, mentre la definizione concreta della controversia necessiti di un ulteriore elemento. Come è stato puntualmente rilevato in dottrina⁽²⁸⁾, la risoluzione

(27) In tali termini si pone l'orientamento maggioritario in dottrina: *ex multis* F. CAPRIGLIONE, *op. cit.*, p. 261 ss.; A. ANTONUCCI, *ABF e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2011, II, p. 117 ss.; M. SEPE, *Brevi note sulla natura delle decisioni dell'ABF*, in *ABF e supervisione bancaria*, cit., p. 119 ss. Conforme quello giurisprudenziale, rappresentato dalla ben nota ordinanza n. 218 del 4 luglio 2011 con la quale la Corte Costituzionale ha affermato che «la decisione dell'ABF, pur se assunta in base a diritto, è priva di valore cogente, tale non potendo essere ritenuto il meccanismo sanzionatorio reputazionale conseguente all'inottemperanza dell'intermediario».

(28) S. RUPERTO, *op. cit.*, p. 325 ss., il quale, testualmente, ritiene che il consenso espresso dall'intermediario con l'adesione all'ABF non ha la medesima natura di quello posto a fondamento degli altri strumenti di risoluzione alternativa, poiché ad esso non consegue, neppure indirettamente, l'effetto di comporre la controversia. Mentre nei primi, infatti, gli effetti della procedura, vincolanti per le parti, sono direttamente riconducibili al consenso manifestato dagli interessati verso la stessa, donde la natura tipicamente contrattuale di tali procedure, nell'ABF la decisione dell'organo non compone la controversia. Per tale motivo, lo stesso autore ritiene che la formulazione normativa dell'art. 128-bis t.u.b. appare descrittiva ed atecnica stante che la pronuncia dell'Organo non porta a definizione la lite tra banca e cliente e non costituisce, pertanto, atto con funzione transattiva.

definitiva della controversia non consegue direttamente alla conclusione della procedura innanzi all'ABF, in specie all'assunzione del pronunciamento, ma richiede il compimento di un ulteriore atto, costituito dall'adeguamento da parte dell'intermediario che, spontaneamente, da esecuzione alle previsioni ivi contenute. Solo a seguito di questa ulteriore fase, la lite potrà essere considerata risolta; al contrario, essa rimarrà inalterata e potrà, eventualmente, essere sottoposta alla cognizione di altra procedura, giudiziale o stragiudiziale.

Ne deriva che la conformazione dell'intermediario può essere ritenuta un atto di riconoscimento dell'originaria pretesa del cliente e, nel caso in cui venga da questi accettata, avrà funzione risolutiva e transattiva⁽²⁹⁾, favorendo il buon esito dell'intera procedura.

Alla luce di tali considerazioni, è stato ritenuto che la decisione dell'organo abbia la natura giuridica tipica di un parere *pro veritate*⁽³⁰⁾, emesso in esecuzione di un incarico di prestazione di un'opera intellettuale, dal momento che con essa viene espressa una valutazione sulla controversia insorta, priva di rilievo giuridico. La Banca d'Italia, sulla scorta del richiesto parere e nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, sarà legittimata ad irrogare la sanzione, previo giudizio discrezionale che verifichi l'inerzia rispetto ai comportamenti indicati come necessari⁽³¹⁾.

La natura reputazionale della sanzione irrogabile dall'ABF è stata considerata come un limite del nuovo sistema di risoluzione alternativa⁽³²⁾,

(29) Per F. CAPRIGLIONE, *op. cit.*, p. 261 ss., la decisione di accoglimento del ricorso quando accetta dal cliente è vincolante per l'intermediario.

(30) In tal senso S. RUPERTO, *op. cit.*, p. 335. Conforme anche F. AULETTA, *op. cit.*, p. 88, per il quale la decisione dell'ABF si sostanzia in una determinazione conformativa di un procedimento amministrativo di vigilanza, interno a questo procedimento e di per sé non lesivo della sfera dell'intermediario. *Contra* C. CONSOLO e M. STELLA, *op. cit.*, p. 125 ss., che ritengono che la pronuncia dell'ABF consiste in una valutazione di tipo prognostico sull'esito finale di una lite (ancora potenziale) tra cliente ed intermediario. Essa, avrebbe la finalità di prevenire l'insorgenza di una lite facendo conoscere immediatamente alle parti il probabile esito di una futura controversia giudiziale avente ad oggetto medesime doglianze.

(31) Conforme F. AULETTA, *op. cit.* p. 88, secondo cui tutto il procedimento *ex art. 128-bis t.u.b.* può farsi rientrare in un procedimento amministrativo di vigilanza della Banca d'Italia. *Contra* S. RUPERTO, *op. cit.* p. 330, per il quale questa forma di pubblicità negativa trova legittimazione e giustificazione nell'atto di adesione dell'intermediario al sistema stragiudiziale, con il quale si consente all'Autorità di vigilanza l'irrogazione di tale tipologia sanzionatoria che, al contrario, potrebbe configurare gli estremi di una condotta *ex art. 2043 c.c.*

(32) Per D. SICLARI, *Le ADR nel settore bancario e finanziario: stato dell'evoluzione e problematiche attuali*, relazione al convegno su «La nuova disciplina sulla trasparenza bancaria», Milano 3-4 settembre 2009, la sanzione reputazionale è un punto dolente della procedura innanzi all'ABF; conforme anche M. PELLEGRINI, *op. ult. cit.*, p. 879.

la cui principale novità sarebbe costituita dallo svolgimento del procedimento non più su base volontaristica, come avviene per le altre forme di ADR, ma pubblicistica, stante la presenza di nuovi obblighi in capo agli intermediari imposti dal legislatore. Essa potrebbe essere considerata anche inconciliabile con il principio di effettività della tutela del cliente, cui il nuovo sistema si ispira, poiché non sembra poter garantire una soluzione concretamente e facilmente raggiungibile senza la necessaria cooperazione dell'intermediario.

È da rilevare, tuttavia, anche sulla scorta delle risultanze dell'attività fin qui svolta dal nuovo organismo, come la realtà fattuale sembra smentire le rilevate perplessità, dal momento che, rispetto alla mole di ricorsi pervenuti ed esaminati, si registrano rari casi di inadempimento alle decisioni assunte dall'ABF. Da questo punto di vista, la presenza di un sistema di *enforcement* risulta coerente con il principio di effettività della tutela, sancito dall'art. 128-bis t.u.b., ed è volto ad assicurare efficacia al sistema stragiudiziale per favorire una soluzione concreta della controversia. Ciò, con tutta evidenza, mostra come la sanzione reputazionale, malgrado i rilevati limiti giuridici, sia in grado di conseguire quegli effetti indicati dal legislatore, potendo indirizzare il comportamento degli intermediari ed incentivare la loro collaborazione al corretto funzionamento del sistema⁽³³⁾.

D'altronde tutti i sistemi alternativi richiedono e presuppongono la cooperazione effettiva delle parti, per la definizione della controversia, sebbene manifestata con modalità diverse, tra le quali assume rilevanza quella configurata dalla fattispecie in esame. La collaborazione dell'intermediario, attuata con la sua conformazione alla decisione resa, fa riemergere, in maniera diversa la natura conciliativa ed il carattere tipicamente privatistico di tali metodologie, nonostante la possibile interferenza esterna di opposta natura, manifestantesi nel concreto potere di indirizzo svolto sugli intermediari. In particolare va sottolineato un aspetto, per certi versi criticabile, consistente nel riconoscimento di forme di condizionamento dell'autonomia privata da parte di soggetti, esterni al rapporto contrattuale instaurato, che operano sulla base di criteri diversi. Come è stato, a tal proposito, puntualmente rilevato in dottrina, la particolare tecnica adottata dal legislatore per la configurazione dei sistemi alternativi di composizione delle controversie bancarie, tenuto conto della sostanzia-

(33) A tal proposito, M. SEPE, *op. cit.*, p. 124, ritiene che nei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, l'effettività della tutela è il portato di regole procedurali uniformi e, più in generale, di una serie di incentivi e di disincentivi che induce ad una volontaria adesione ed esecuzione della pronuncia resa. Proprio la probabilità che le parti aderiscano spontaneamente alla pronuncia dell'organo, garantisce il carattere effettivo della tutela.

le sovrapposizione tra gli obiettivi tipici dell'intervento delle Autorità di settore e quelli propri delle nuove fattispecie in esame, rischia di essere utilizzata a scopi diversi da quelli originariamente prefissati, in maniera da realizzare una «funzionalizzazione» dell'attività svolta per finalità, diverse dal bisogno di giustizia del cliente, inquadrabili tra quelle tipicamente collegate all'attività di vigilanza⁽³⁴⁾.

Sotto questo aspetto, sembrano riproporsi, con modalità diverse ma con portata più ampia, i medesimi criteri che informano l'attività di vigilanza sul mercato bancario, nel momento in cui, per il perseguimento di obiettivi di carattere generale, connessi alla natura dell'attività degli enti creditizi ed ai prodotti offerti, vengono mantenuti incisivi poteri esterni, influenti sulla sfera privata delle parti, che, nonostante la formale affermazione di principi contrari, continuano a limitare la loro autoregolamentazione anche in settori, come quello della composizione della lite, istituzionalmente estranei a tali interventi⁽³⁵⁾. Tale conclusione sembra confermata, peraltro, dalla circostanza per cui la decisione sul ricorso può contenere una serie di indicazioni volta a fornire agli intermediari, con valore di indirizzo, dei suggerimenti di *best practices* per favorire l'impostazione di relazioni con i clienti informate a criteri omogenei, ritenuti adeguati ai fini prefissati. In tal modo gli intermediari possono ricavare elementi importanti per valutare la correttezza delle prassi operative, anche ai fini della quantificazione del rischio legale e reputazionale e, contemporaneamente, le autorità di vigilanza possono influenzare i loro futuri comportamenti⁽³⁶⁾.

(34) Per F. CAPRIGLIONE, *op. cit.*, p. 272, tale conclusione è desumibile dallo schema legislativo da cui emerge l'intento di correlare l'esercizio della funzione decisoria a scopi di vigilanza. Peraltro, la stessa normativa secondaria ritiene che i sistemi stragiudiziali assumono rilievo per le finalità di vigilanza, e, più in generale, per l'efficienza del sistema finanziario. Id., *Il ruolo dell'ABF tra funzione giustiziale e supervisione, in ABF e supervisione bancaria*, cit., p. 7 ss.

(35) A tal proposito, F. MAIMERI, *op. cit.*, p. 414, afferma che l'invasione del campo dei privati operata con tali interventi conferma il disfavore del legislatore verso queste forme di discipline organizzate e fruite dagli operatori.

(36) Sul punto, S. AMOROSINO, *Profili pubblicistici e funzioni di interesse pubblico dell'ABF in ABF e supervisione bancaria*, cit., p. 114-115, si sofferma, a prescindere dalla configurazione pubblica o privata della natura giuridica del nuovo istituto, sul ruolo effettivamente da esso svolto e sulle relative funzioni di interesse pubblico, quali la prevenzione e la deflazione delle controversie, l'indirizzo dei comportamenti degli intermediari verso prassi professionali corrette, il rafforzamento della tutela dei contraenti deboli. Da ciò l'ABF viene inquadrato come un ente privato, o anche a struttura mista, al quale il legislatore affida lo svolgimento di una determinata attività strettamente legata ad interessi di portata generale.

4. Conclusioni

La tematica sulle *ADR* ha ormai assunto, nel nostro ordinamento, rilievo sempre maggiore, soprattutto in settori nuovi rispetto a quelli in cui, tradizionalmente, essa ha avuto origine. Come visto, il sistema bancario, che in realtà già da tempo conosceva simili forme, potendosi inquadrare intorno agli inizi degli anni novanta del novecento la prima esperienza con l'accordo interbancario sull'Ombudsman-giurì bancario e sull'ufficio reclami, sorto per volontà dell'ABI⁽³⁷⁾, ha manifestato rinnovato interesse, regolamentando nuovi istituti, inseriti nel più ampio sistema di riferimento. In quest'ambito, tuttavia, i criteri fondanti la disciplina sulle *ADR*, hanno assunto una specifica connotazione derivante dalla necessaria conformazione alla natura degli interessi coinvolti in un rapporto di natura bancaria. L'opportunità di risolvere in maniera rapida, economica ed efficace una situazione conflittuale, tra banca e cliente, infatti, può favorire la continuazione del rapporto, rafforzandone stabilità e correttezza, e concorrere, altresì, a limitare posizioni di diffidenza e di sfiducia che, esaltando i conflitti piuttosto che attutirli, possono avere ripercussioni negative sull'assetto complessivo del sistema economico e finanziario.

Per tali motivi, la correttezza dei rapporti con la clientela è, addirittura, assurta ad obiettivo istituzionale dell'attività delle autorità di settore, così come previsto dalla nuova formulazione dell'art. 127, co. 01, t.u.b., che la ricomprende, espressamente, tra le finalità del sistema di vigilanza sugli intermediari bancari. Rapporti corretti, trasparenti e duraturi concorrono a realizzare la sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, la tutela degli interessi dei clienti, la stabilità, l'efficienza e la competitività dell'intero sistema bancario-finanziario.

Il legislatore speciale, spinto, per un verso, dall'esigenza di attenuare le gravi conseguenze scaturenti dalla crisi e, per altro, dalla necessità di allinearsi agli orientamenti comunitari, in materia di gestione privata delle controversie, si è preoccupato di garantire che le regole di trasparenza e

(37) In forza della circolare ABI dell'1 febbraio 1993, le banche aderenti si impegnano a costituire al proprio interno un ufficio al quale il clienti possono presentare i propri reclami aventi ad oggetto contestazioni su contratti bancari e finanziari conclusi. In caso di risposta insoddisfacente il cliente potrà rivolgersi all'Ombudsman-giurì bancario che emette una propria decisione. Caratteristica di quest'ultima è che vincola la banca aderente, mentre lascia libero il cliente di adire l'ordinario procedimento giudiziario ovvero altre forme alternative di risoluzione. In caso di mancata conformazione della banca alla decisione, viene irrogata una sanzione reputazionale consistente nella pubblicazione dell'inadempimento a mezzo stampa ed a spese della stessa banca. Le funzioni dell'Ombudsman sono oggi ricomprese tra le attività prestate dal Conciliatore Bancario Finanziario, Associazione per la risoluzione delle controversie bancarie, finanziarie e societarie *ADR*, promossa dalla stessa ABI nel 2006.

di correttezza e, più in generale, quelle relative alla tutela della clientela, fossero percepite dagli intermediari non come un mero adempimento di obblighi normativi ma, al contrario, come fattori determinanti per assicurare gli obiettivi prefissati⁽³⁸⁾.

Per realizzare questo disegno, tuttavia, si è adottata una tecnica che se, per certi aspetti, è apparsa innovativa e confacente alle nuove esigenze, per altri, al contrario, ha continuato a mantenere inalterati caratteri e principi tipicamente radicati nel nostro ordinamento. In tal modo si è incoraggiata la diffusione di tali strumenti, facilitandone l'accesso, ma, contemporaneamente, si è creato un sistema di controllo e di indirizzo sulla loro operatività. In particolare, nonostante la presenza di stringenti requisiti di autonomia, professionalità ed indipendenza, in capo ai componenti l'organo decidente, si è appurato come la Banca d'Italia sia divenuta titolare di ampi poteri di valutazione di tutte le fasi in cui si articola la nuova procedura, da quella iniziale, con l'attribuzione delle funzioni istruttorie in capo alla segreteria tecnica dell'ABF, costituita da dipendenti della stessa autorità, a quella finale, con l'apprezzamento del comportamento dell'intermediario e l'irrogazione finale della sanzione reputazionale. Ne è risultato, in tal modo, un ulteriore incremento dei poteri di vigilanza dell'autorità, svolti anche in quella fase del rapporto negoziale che, in precedenza, veniva gestita esclusivamente dalle parti. Si è dato luogo, così, a quella figura, fortemente criticata, di «giudice-autorità», data la contemporanea presenza delle descritte funzioni in capo ad un unico soggetto, i cui tratti peculiari, del tutto distinti rispetto a quelli dei tradizionali organismi di gestione dei sistemi alternativi, dimostrano la sua preordinazione al rafforzamento dei relativi poteri⁽³⁹⁾.

Da questo punto di vista, la soluzione adottata dal legislatore appare contraddire i criteri ispiratori dei sistemi alternativi dato che, in ultima analisi, la composizione della controversia può essere indirizzata dalle autorità di vigilanza, piuttosto che essere lasciata alla libera determinazione delle parti ed eventualmente solo coadiuvata dall'esterno.

Il Testo unico bancario, che già sotto il vigore della precedente normativa sulla trasparenza delle condizioni contrattuali, aveva attribuito, alle autorità di vigilanza, ampi poteri di intervento per garantire la piena

(38) A.M. TARANTOLA, *La Trasparenza sostanziale nei rapporti tra banche e clienti*, cit.

(39) In tal senso espressamente F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, cit., p. 274, per il quale risultano poco attendibili le ragioni legislative che fanno leva sulla specificità tecnica della materia bancaria e finanziaria per giustificare una deroga ai comuni criteri di attribuzione della *iurisdictio*, ove sia realizzata con le modalità proprie dei provvedimenti in esame. In particolare possono addirittura apparire minati principi fondamentali del nostro ordinamento quali quello della terzietà del giudice.

conformità del comportamento dell'intermediario e del contenuto del contratto, proposto alla clientela, a criteri predeterminati⁽⁴⁰⁾, ha rafforzato il sistema, allargando la sfera di operatività delle medesime in forza del convincimento che lo squilibrio, che caratterizza la relazione contrattuale tra intermediario e cliente, trova tangibile espressione allorché, in presenza di una irregolarità o scorrettezza effettuata dal primo, il cliente non riesca ad ottenere giustizia, stante l'esiguo valore o le caratteristiche della controversia (c.d. *small claim*) scarsamente compatibili con i tempi e i costi di un procedimento ordinario. Si ripresenta, con caratteri ancor più accentuati, la questione, assai dibattuta nell'ambito della dottrina specialistica, sulla ricerca di una soddisfacente composizione tra gli interessi, di natura diversa, coinvolti in un'operazione bancaria. In questo sistema, le ADR possono rappresentare uno strumento idoneo a comporre adeguatamente la relazione fra tutela soggettiva del risparmio, attraverso il supporto e la facilitazione dell'azione dei singoli risparmiatori, lesi dalla scorretta condotta dell'intermediario, e tutela oggettiva dello stesso, quale bene di interesse collettivo e di rilevanza costituzionale.

Le particolari modalità con le quali tali nuove tecniche hanno ricevuto riconoscimento, nel settore bancario, non possono che confermare l'opinione di quanti, ancor prima dell'emanazione della disciplina esaminata, avevano ritenuto come tale sistema presenti forti profili di limitazione dell'autonomia contrattuale che, legittimati dalla preoccupazione di tutelare il cliente ed il suo ruolo nel sistema del mercato, si atteggiano con modalità effettive difficilmente conciliabili con il riconosciuto carattere privatistico dell'attività creditizia, con la forma e la struttura degli intermediari e con gli obiettivi che le stesse autorità di vigilanza, nei citati

(40) Per una più approfondita disamina sul punto mi sia consentito rinviare a R. CARATOZZOLO, *La responsabilità della banca per la violazione degli obblighi contrattuali*, Milano, 2007, p. 36 ss., ove viene sottolineato come al fine di realizzare un compiuto controllo sulla corretta attività degli intermediari bancari, al duplice dichiarato scopo di fornire, da un lato, adeguata protezione all'insieme dei clienti e alle loro aspettative, e, dall'altro, di garantire che l'esercizio dell'attività bancaria si svolga secondo criteri di efficienza, correttezza e buona fede, al Cicer e alla Banca d'Italia vengono, ancora oggi, riconosciuti ampi poteri volti a configurare un sistema disciplinare da applicare, in modo preciso, alle diverse fasi del rapporto negoziale. In tal modo il legislatore interviene direttamente sull'assetto delle obbligazioni contrattuali, potendone influenzare il concreto contenuto. L'esame della normativa in tema di trasparenza dimostra una certa effettiva limitazione dell'autonomia contrattuale a carico dell'intermediario bancario, il quale, se è vero che continua a prestare la sua attività mediante la predisposizione di moduli o formulari predeterminati, che "impone" ai clienti, tuttavia deve adeguare il loro contenuto alle disposizioni cogenti emanate dal legislatore ovvero, su apposita autorizzazione, dalle autorità amministrative, predisponendo, inoltre, forme di pubblicità e di informazioni preventive, che vincolano la successiva specificazione del regolamento contrattuale, determinando, pertanto, modalità, termini e forme dell'operazione da concludere.

provvedimenti, si sono preoccupate di rimarcare e, quantomeno a livello di definizione, di fare assurgere a criteri ispiratori dei conseguenti interventi⁽⁴¹⁾.

Nonostante tali rilievi critici, vanno comunque sottolineati gli aspetti positivi, che i nuovi strumenti possono avere sull'intero sistema, specie in considerazione proprio del particolare approccio professionale, qualificato e specializzato richiesto ai soggetti deputati alla loro gestione, capace di garantire contemporanea soddisfazione di tutti gli interessi coinvolti.

Abstract

In our banking system the regulations of Arbitro Bancario Finanziario is very interesting, because it can achieve the rights of the parties to the contract, retaining the same contract. That retains the underlying confidence between bank and customer; also achieving general objectives. This case, however, presents some problems, related to the control of public authorities: in fact, the decision of Organo Decidente doesn't constrain the parties, but it has significant importance, to indicate the principal guidelines for the bank's activities and to ensure all market reliability, efficiency, competition.

(41) In tal senso G. RESTUCCIA, *Obblighi di trasparenza e clausole abusive nei contratti bancari*, in *Violazioni del contratto: danni e rimedi*, a cura di E. Del Prato, Milano, 2003, p. 131 ss., secondo il quale «ancora oggi l'attività bancaria, pur presentando maggiori e più intensi aspetti privatistici, non sembra essersi discostata da un'ottica legislativa in cui l'ente bancario viene ancora considerato, come già nel recente passato, un soggetto esercente un'attività economica che presenta connotati di natura pubblica». Alla luce di tali considerazioni, «sembra più corretto ritenere che la qualificazione imprenditoriale dell'attività bancaria sia una mera enunciazione di principio dato che, sulla scorta della vigente disciplina, sarebbe più appropriato parlare di un regime amministrato dell'attività bancaria».